

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

2020/1

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: 727.000.20/1)

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

2020/1

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.

April/avril/aprile 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 **2020/1**

A Tätigkeitsberichte
Rapports d'activité
Rapporti d'attività

A 1 **Wettbewerbskommission**
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

1. Jahresbericht 2019 der Wettbewerbskommission (WEKO) 1
2. Rapport annuel 2019 de la Commission de la concurrence (COMCO) 20
3. Rapporto annuale 2019 della Commissione della concorrenza (COMCO) 40
4. Annual Report 2019 of the Competition Commission 59

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

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

2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

1. KTB-Werke 78

3. Unternehmenszusammenschlüsse
Concentrations d'entreprises
Concentrazioni di imprese

1. Koç-Gruppe/Yapı/UniCredit/KFS 227
2. Swiss Re Ltd/Daimler AG 230
3. Admeira/Ringier 233
4. Groupe E/ENGIE/Swiss H2 Generation 238
5. Emmi AG/Leeb Biomilch GmbH und Hale GmbH 240
6. Emmi AG/Pasticceria Quadrifoglio S.r.l. 249
7. Medbase/Zur Rose 251
8. Daimler/Geely/smart Automobile 259
9. Capvis V L.P./Tertianum Gruppe AG 262

7. Stellungnahme
Préavis
Preavvisi

1. Stellungnahme der WEKO in der Vernehmlassung zum Gasversorgungsgesetz (GasVG) 264

B 3 **Bundesverwaltungsgericht**
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

1. Urteil des BVGer vom 25. Juni 2018 – Sanktionsverfügung – Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (Erne) 287
2. Urteil des BVGer vom 25. Juni 2018 – Sanktionsverfügung – Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (Cellere) 375
3. Urteil des BVGer vom 25. Juni 2018 – Sanktionsverfügung – Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (Granella) 378
4. Urteil des BVGer vom 25. Juni 2018 – Sanktionsverfügung – Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (Umbricht) 387

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) 397

Index (deutsch, français e italiano) 399

A Tätigkeitsberichte
Rapports d'activité
Prassi amministrativa

A 1 Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

A 1.	**1. Jahresbericht 2019 der Wettbewerbskommission (WEKO)**

Inhaltsverzeichnis

1 Vorwort des Präsidenten 2
2 Wichtigste Entscheide 2019 3
2.1 Entscheide der WEKO 3
2.2 Urteile der Gerichte 5
3 Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen 6
3.1 Bau 6
3.1.1 Submissionsabreden 6
3.1.2 Baustoffe und Deponien 6
3.1.3 Entsorgung 7
3.1.4 Sensibilisierung über Submissionsabreden 7
3.2 Dienstleistungen 7
3.2.1 Finanzdienstleistungen 7
3.2.2 Gesundheitswesen 8
3.2.3 Freiberufliche und andere Dienstleistungen 8
3.3 Infrastruktur 8
3.3.1 Telekommunikation 8
3.3.2 Medien 9
3.3.3 Energie 9
3.3.4 Verkehr 9
3.4 Produktemärkte 10
3.4.1 Schwerpunkt Vertikalabreden 10
3.4.2 Konsumgüterindustrie und Detailhandel 10
3.4.3 Uhrenindustrie 10
3.4.4 Automobilsektor 10
3.4.5 Landwirtschaft 11
3.4.6 Weitere Bereiche 11
3.5 Binnenmarkt 12
3.6 Ermittlungen 12
3.7 Internationales 13
3.8 Gesetzgebung 14
4 Organisation und Statistik 14
4.1 WEKO, Sekretariat und Statistik 14
4.2 Statistik 15
5 Spezialthema: Kartellrechtsverstösse und Schadenersatz 16
5.1 Ausgangslage 16
5.2 Stärkung des Kartellzivilrechts im geltenden Recht 17
5.2.1 Zielkonflikt 17
5.2.2 Zugang zu Informationen 18
5.2.3 Sanktionsreduktion infolge Schadenersatzzahlungen 18
5.3 Stärkung des Kartellzivilrechts durch Gesetzesrevision 19
5.4 Fazit 19

1 Vorwort des Präsidenten

Was wäre ein 4×100-m-Lauf wert, wenn vorgängig vereinbart würde, welches Team gewinnen wird? Was wäre die Course de l'Escalade, falls die Läuferinnen und Läufer vor dem Rennen abmachen, wer in welcher Zeit die Plätze 1 bis 3 belegen wird? Was wäre das Eidgenössische Schwing- und Älplerfest, wenn abgesprochen würde, welcher Rücken im Schlussgang frei von Sägemehl bleiben wird? Spitzenresultate würden ausbleiben und es wären keine echten Wettkämpfe zu erwarten. Gleiches gilt im Wirtschaftsleben. Unternehmen, die durch unzulässige Abreden die Konkurrenz untereinander beschränken oder gar ausschalten, indem sie etwa die Preise absprechen, erbringen keine Höchstleistungen. Dies wirkt sich negativ auf ihr Preis-Leistungs-Verhältnis und ihre Innovationsrate aus. Aus diesem Grund sehen verschiedene Schweizer Gesetze wie das Kartell- und Binnenmarktgesetz vor, den Wettbewerb in Märkten zu fördern und Wettbewerbsbeschränkungen zu unterbinden. Dieser Aufgabe widmete sich die Wettbewerbskommission (WEKO) auch im Jahre 2019.

Die WEKO fällte im Berichtszeitraum wichtige Entscheide in ganz unterschiedlichen Bereichen. Von Fahrlehrern zu Banken, von Traktoren zu Skis, von Leasingraten zu Harnstofflösung, von Abreden und Schutzgebühren im Beschaffungswesen zu Fusionen zwischen Telekommunikationsanbieterinnen, von Umschlagsplätzen zum Gesundheitsberufegesetz. Einige Fälle sind grösserer Natur, andere haben eine kleinere Tragweite. Manche Entscheide dienen eher öffentlichen Stellen und den Steuerzahlenden, andere eher den Konsumentinnen und Konsumenten. Alle Aktivitäten dienen der Förderung des Wettbewerbs in der Schweiz, welcher der Motor für den Erfolg des Wirtschaftsstandorts Schweiz ist. Hervorzuheben sind an dieser Stelle auch die zahlreichen Tätigkeiten, die weniger im Fokus der Öffentlichkeit stehen. So behandelten die WEKO und ihr Sekretariat im 2019 rund 500 Anfragen von Unternehmen und Bürgerinnen und Bürgern, sensibilisierten rund 500 Einkäuferinnen und Einkäufer in Bezug auf Submissionsabreden und beurteilten in Konsultationsverfahren über 200 Gesetzgebungsarbeiten wie etwa das Gasversorgungsgesetz.

In den letzten beiden Jahren häuften sich bei der WEKO zudem Anfragen von Unternehmen, Privatpersonen und öffentlichen Stellen zu Schadenersatzforderungen nach WEKO-Entscheiden über unzulässige Abreden. Besonders nach den letztjährigen Entscheiden über Abreden bezüglich Automobil-Leasing und über die Submissionsabreden im Kanton Graubünden flammten Diskussionen auf. Die WEKO hat das erste Mal die während eines laufenden Verfahrens vereinbarten Schadenersatzzahlungen sanktionsmindernd berücksichtigt, um Anreize für entsprechende Zahlungen an Geschädigte zu stärken.

Der Jahresbericht 2019 soll prägnant die Arbeiten der WEKO und ihres Sekretariats aufzeigen. Wir möchten damit einen Einblick in unsere Tätigkeit und unseren Einsatz für eine erfolgreiche Schweizer Wirtschaft geben.

Prof. Dr. Andreas Heinemann
Präsident WEKO

2 Wichtigste Entscheide 2019

2.1 Entscheide der WEKO

Im Berichtsjahr fällte die WEKO zwei Entscheide im Zusammenhang mit **vertikalen Abreden**:

Bucher Landtechnik verpflichtete ihre Händler vertraglich dazu, sämtliche Ersatzteile für Traktoren der Marke New Holland bei ihr zu beziehen. Zusätzlich zu dieser Bezugspflicht bestand ein Anreizsystem, welches die Bezugsmenge von Ersatzteilen mit den Rabattkonditionen für Traktoren der Marke New Holland verknüpfte. Die Bezugspflicht und das Anreizsystem schlossen Verkäufe von ausländischen Lieferanten an Händler von Bucher Landtechnik vertraglich aus und behinderten damit den Wettbewerb. Die WEKO entschied am 1. Juli 2019, dass diese von Juli 2016 bis April 2017 praktizierten Verhaltensweisen unzulässige Gebietsschutzabreden darstellen und büsste Bucher Landtechnik mit rund CHF 150'000. Bucher Landtechnik schloss mit der Wettbewerbsbehörde eine sanktionsmindernde einvernehmliche Regelung ab. Das Unternehmen verpflichtete sich, die Händler beim Vertrieb von Traktoren der Marke New Holland inskünftig nicht daran zu hindern, New Holland Ersatzteile bei einer Bezugsquelle ihrer freien Wahl zu beziehen. Der Import von Ersatzteilen und Traktoren der Marke New Holland sollte nun uneingeschränkt möglich sein.

Am 19. August 2019 schloss die WEKO eine einvernehmliche Regelung mit Stöckli Swiss Sports ab. Zwischen Stöckli und ihren Skihändlern bestanden zwischen Ende 2003 bis Ende 2018 unzulässige vertikale Preisabreden betreffend **Stöckli Skis**. Die Händler durften die Schweizer Verkaufspreise von Stöckli nicht unterbieten. Solche Vereinbarungen hemmen den Wettbewerb und verstossen gegen das Kartellgesetz. Die WEKO verhängte gegen Stöckli eine Sanktion von rund CHF 140'000. Das Unternehmen kooperierte mit den Wettbewerbsbehörden und verpflichtete sich, den Händlern keine Mindest- oder Festverkaufspreise vorzuschreiben. Einvernehmlich geregelt wurde auch der Umgang mit dem Online-Handel, Querlieferungen zwischen Stöckli Vertriebshändlern und dem Direkt- und Parallelimport von Stöckli Produkten. Die volle Kooperation von Stöckli wirkte sich deutlich sanktionsmildernd aus.

Folgende Entscheide ergingen 2019 zu **horizontalen Abreden**:

Basierend auf einer Meldung der Preisüberwachung eröffnete die WEKO im März 2018 eine Untersuchung gegen die **Fahrlehrer im Oberwallis**. Diese hatten Preisempfehlungen für den praktischen Fahrunterricht und die Theoriestunden vereinbart. Die an der Hausdurchsuchung gesammelten Informationen zeigten die Abreden zwischen den Fahrlehrern auf. Die WEKO hielt in ihrem Entscheid vom 25. Februar 2019 fest, dass diese Empfehlungen unzulässige Preisabreden darstellten. Gleichzeitig genehmigte sie die mit dem Fahrlehrerverband Oberwallis (FVO) abgeschlossene einvernehmliche Regelung. Der FVO und seine Aktivmitglieder verpflichteten sich dazu, künftig keine Preisempfehlungen mehr herauszugeben sowie jeden Informationsaustausch über Preise und Tarife zu unterlassen. Die WEKO sprach eine Sanktion von insgesamt CHF 50'000 aus.

Im Mai 2019 entschied die WEKO, die Untersuchung bezüglich mutmasslicher **Abreden im Handel mit Edelmetallen** einzustellen. Die Verdachtsmomente, welche zur Untersuchungseröffnung geführt hatten, hatten sich im Verlaufe der Untersuchung nicht erhärtet. Inhalt der Untersuchung waren mögliche Abreden der Banken Julius Bär, Barclays, Deutsche Bank, HSBC, Mitsui, Morgan Stanley und UBS im Handel mit Gold, Silber, Platin und Palladium.

Anfangs Juni 2019 schloss die WEKO zwei Untersuchungen im Zusammenhang mit Abreden im **Devisenkassahandel zwischen Banken (FOREX)** ab. Händler mehrerer international tätigen Banken hatten in zwei separaten Kartellen im Devisenkassahandel vereinzelt ihr Verhalten in Bezug auf bestimmte G10-Währungen koordiniert. Am Kartell «Three way banana split» waren zwischen 2007 und 2013 Händler von Barclays, Citigroup, JPMorgan, Royal Bank of Scotland (RBS) und UBS beteiligt. Am Kartell «Essex express» nahmen zwischen 2009 und 2012 Händler von Barclays, MUFG Bank, RBS und UBS teil. Die Koordination von bestimmten G10-Währungen fand in Chaträumen statt. Die genannten Banken verpflichteten sich einvernehmlich, künftig keine derartigen Abreden mehr zu treffen. Die WEKO büsste die Kartelle mit insgesamt rund CHF 90 Mio. Eine Untersuchung wird gegen Credit Suisse im ordentlichen Verfahren weitergeführt. Gegenüber Julius Bär sowie der Zürcher Kantonalbank wurde die Untersuchung eingestellt.

Im Februar 2012 hatte die WEKO eine Untersuchung gegen zahlreiche Banken und Broker wegen mutmasslichen Manipulationen von Referenzzinssätzen im Handel mit Zinsderivaten eröffnet. Dies betraf u.a. **Yen-Zinsderivate basierend auf Yen LIBOR und Euroyen TIBOR**. Bereits Ende 2016 wurde ein Teil dieser Untersuchungen mit einvernehmlichen Regelungen und Bussen abgeschlossen. Anfangs Juli 2019 genehmigte die Kammer für Teilverfügungen der WEKO eine weitere einvernehmliche Regelung mit den Banken Lloyds und Rabobank. Die Bussen betrugen insgesamt knapp CHF 700'000. Die Untersuchung betreffend Yen-Zinsderivate basierend auf Yen LIBOR und Euroyen TIBOR wird gegen die Banken UBS und HSBC sowie die Broker ICAP, RP Martin und Tullett Prebon weitergeführt.

Im Juli 2019 büsste die Kammer für Teilverfügungen der WEKO acht Finanzierungsunternehmen, welche **Leasing für Fahrzeuge** anbieten, mit Bussen in der Höhe von insgesamt CHF 30 Mio. Sie tauschten seit mehreren Jahren Informationen über Aktionen sowie über Elemente zur Berechnung der Leasingraten aus. Mit Ausnahme von Ford Credit Switzerland schlossen alle Untersuchungsadressatinnen mit der WEKO eine einvernehmliche Regelung ab und verpflichteten sich, künftig keine derartigen illegalen Abreden mehr zu treffen. Gegenüber dem Unternehmen, das als erstes eine Selbstanzeige eingereicht hatte, wurde die Sanktionen erlassen, gegenüber den weiteren Selbstanzeigerinnen wurde sie reduziert. Gegenüber dem Unternehmen, mit welchem

keine einvernehmliche Regelung zustande kam, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren weitergeführt.

Die WEKO schloss im Sommer 2019 die letzten beiden von insgesamt zehn Untersuchungen im **Kanton Graubünden** ab, «**Engadin II**» und «**Strassenbau**» (Bauleistungen Graubünden). Im Entscheid «**Engadin II**» hielt die WEKO fest, dass zwei bzw. in einem Fall drei Unternehmen im Hoch- und Tiefbau einzelne Bauprojekte im Oberengadin abgesprochen hatten. Von den zehn unzulässigen Abreden waren Hoch- und Tiefbaubauten privater und kommunaler Bauherrinnen betroffen. Die Bussen in diesem Fall betrugen knapp CHF 500'000. In der grösseren Untersuchung «**Strassenbau**» stellte die WEKO fest, dass zwölf Strassenbauunternehmen in Nord- und Südbünden von 2004 bis 2010 die kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte untereinander aufteilten und gleichzeitig die Offertpreise festlegten. Abgesprochen wurden mehrere hundert Projekte mit einem Beschaffungsvolumen von mindestens CHF 190 Mio. Von den Abreden betroffen waren der Kanton und Gemeinden. Für diese unzulässigen Submissionsabreden verfügte die WEKO am 19. August 2019 Bussen in der Höhe von insgesamt rund CHF 11 Mio. Neun der zwölf Strassenbauunternehmen hatten vor dem WEKO-Entscheid mit Kartellopfern Vergleichsvereinbarungen abgeschlossen. Sie verpflichteten sich darin, den Kanton und die betreffenden Bündner Gemeinden mit insgesamt rund CHF 6 Mio. zu entschädigen (vgl. Abschnitt 5.1). Die WEKO reduzierte die Sanktionen der neun Unternehmen deshalb um insgesamt rund CHF 3 Mio.

Im Dezember 2019 schloss die WEKO die Untersuchung gegen die Brenntag Schweizerhall und die Bucher Langenthal mit einer einvernehmlichen Regelung ab. Die beiden Unternehmen teilten von 2014 bis 2017 ihre Kundinnen und Kunden von **AdBlue** untereinander auf. AdBlue ist eine wässrige Harnstofflösung, die den Ausstoss von Stickoxiden bei Dieselmotoren reduziert. In der einvernehmlichen Regelung verpflichteten sich die beiden Unternehmen, künftig von einer Kundenaufteilung beim AdBlue-Vertrieb abzusehen. Die WEKO berücksichtigte in ihrem Entscheid den Umstand, dass Brenntag sowohl Lieferantin als auch Wettbewerberin von Bucher ist. Da die vertikale Lieferbeziehung zwischen Brenntag und Bucher im vorliegenden Fall im Vordergrund stand, sprach sie keine Sanktion aus.

Die WEKO prüfte im Berichtsjahr **zwei Zusammenschlüsse** vertieft:

SBB, Hupac und Rethmann wollen mit **Gateway Basel Nord** (GBN) eine Drehscheibe für den Import- und Exportverkehr sowie den alpenquerenden Transitverkehr von Gütern schaffen. Im Endausbau soll GBN nebst landseitigen (Strasse und Schiene) auch schiffseitige Güterumschlagsleistungen anbieten. Die WEKO prüfte dieses Vorhaben eingehend und erhob keine Einwände dagegen. Das Vorhaben vermag zwar den wirksamen Wettbewerb beim Umschlag von Containern, Wechselbehältern und Sattelaufliegern im Import- und Exportverkehr zu beseitigen. Dies betrifft namentlich den Umschlag auf der Schiene sowie den Umschlag vom Schiff auf die Schiene. Jedoch führt GBN auch zu substanziellen Kosten- und Zeiteinsparungen im kombinierten Verkehr. Mit Blick auf die gesetzlichen Vorgaben für einen diskriminierungsfreien Zugang zu GBN und die weiteren Auflagen des Bundesamts für Verkehr (BAV) geht die WEKO davon aus, dass sich dank GBN der Wettbewerb im Import- und Exportverkehr auf der Schiene zum Teil verbessert. Diese Vorteile überwiegen die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung von GBN im Bereich Umschlagsleistungen. Deshalb konnte der Zusammenschluss genehmigt werden. Im Oktober 2019 hiess das BVGer eine Beschwerde gegen den Finanzierungsentscheid des Bundes für den GBN gut, womit die CHF 83 Mio. an Bundesgeldern zurzeit nicht ans Projekt ausbezahlt werden, was die Umsetzung blockiert.

Die WEKO prüfte ausserdem das Zusammenschlussvorhaben von **Sunrise und Liberty Global** vertieft. Sunrise würde mit der Übernahme von UPC und deren Kabelnetzinfrastruktur zum zweitgrössten Telekommunikationsunternehmen in der Schweiz. Wie Swisscom wäre Sunrise damit in der Lage, Festnetz-, Breitbandinternet- und Mobilfunkleistungen sowie digitales Fernsehen auf der eigenen Infrastruktur in der Schweiz anzubieten. Die WEKO prüfte das Zusammenschlussvorhaben eingehend im Hinblick auf eine mögliche gemeinsame Marktbeherrschung mit Swisscom. Sie kam zum Ergebnis, dass keine kollektive Marktbeherrschung gegeben wäre und eine Koordination zwischen den beiden Unternehmen unwahrscheinlich wäre, weil die Zusammenschlussparteien und Swisscom unterschiedlich aufgestellt sind. Die WEKO war der Auffassung, dass der Zusammenschluss in keinem der analysierten Märkte zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen würde. Deshalb liess sie das Zusammenschlussvorhaben zu.

Die WEKO erliess im Berichtsjahr zwei **Empfehlungen nach Binnenmarktgesetz** (BGBM).

Das neue **Gesundheitsberufegesetz** regelt ab Anfang 2020 den Zugang von Gesundheitsfachpersonen in den Kantonen. Die Kantone erteilen dabei die Bewilligung für die Berufsausübung verschiedener Gesundheitsberufe wie Pflegefachpersonen, Physiotherapeuten/innen. Die WEKO empfiehlt den Kantonen, Berufsbewilligungen aus anderen Kantonen grundsätzlich ohne weitere Prüfung anzuerkennen. Gesundheitsfachpersonen soll somit allein gestützt auf deren Zulassung in ihrem Herkunftskanton eine Bewilligung für die Berufsausübung erteilt werden. Eine zusätzliche Überprüfung kann nur dann erfolgen, wenn konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass die Voraussetzungen der Bewilligungserteilung im Herkunftskanton nicht mehr erfüllt sind. Entscheide über die Zulassung von ausserkantonalen Gesundheitsfachpersonen müssen in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren erfolgen. Das Sekretariat erhielt im Nachgang zu diesen Empfehlungen von einem Verband und betroffenen Personen Anzeigen. Die Interventionen bei den Kantonen ermöglichten einen binnenmarktrechtskonformen Zugang, unter anderem für Hebammen.

Im Frühling erliess die WEKO die Empfehlung an die Kantone, dass sie auf die **Erhebung von «Schutzgebühren» bei öffentlichen Ausschreibungen** verzichten sollen. Es handelt sich um Gebühren, welche die kantonalen Vergabestellen in gewissen Fällen bei interessierten Anbieten unter anderem zur Wahrung von Ge-

schäftsgeheimnissen erheben, bevor diese die Ausschreibungsunterlagen erhalten. Die Gebühr beträgt oft mehrere Tausend Franken. Die WEKO hat die Zulässigkeit dieser Gebühren unter dem Blickwinkel des Binnenmarktgesetzes geprüft. Sie kommt zum Schluss, dass das Erheben von Schutzgebühren eine Marktzutrittsschranke darstellt und einen negativen Einfluss auf den Wettbewerb hat. Mögliche Anbieter könnten davon abgehalten werden, ein Angebot einzureichen. Eine Rechtfertigung gestützt auf das BGBM, beispielsweise zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, kommt grundsätzlich nicht in Frage. In der Regel stehen weniger einschneidende Mittel zur Verfügung, so zum Beispiel Geheimhaltungsvereinbarungen oder eine abgestufte Ausgabe von Ausschreibungsunterlagen. Die von der WEKO vorgeschlagene Lösung wurde für das revidierte Beschaffungsrecht übernommen.

2.2 Urteile der Gerichte

Mit Verfügung vom 6. Juni 2016 hatte die WEKO im Verfahren «**VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013**» eine einvernehmliche Regelung mit der AMAG getroffen. Zwei Garagen hatten diese Verfügung beim BVGer angefochten. Das BVGer entschied am 3. Mai 2018, mangels Beschwerdelegitimation nicht auf die Beschwerden der nicht an der einvernehmlichen Regelung beteiligten Unternehmen einzutreten. In den Urteilen vom 8. Mai 2019 bestätigte das BGer den Entscheid des BVGer. Bereits mit Verfügung vom 19. Oktober 2015 hatte die WEKO den vier Unternehmen, welche keine einvernehmliche Regelung abgeschlossen hatten, Sanktionen wegen Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede auferlegt. Drei der vier Unternehmen, darunter die zwei Beschwerdeführerinnen vor BGer, fochten die Sanktionsverfügung an; dieses Verfahren ist vor BVGer hängig.

Das BGer entschied am 24. Juni 2019 über die Beschwerdeberechtigung von Ticketcorner gegen das von der WEKO untersagte **Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner/Starticket**. Das BGer hob das Urteil des BVGer auf und wies das BVGer an, auf die Beschwerde einzutreten und einen Entscheid in der Sache zu fällen.

Das BGer wies mit Urteil vom 26. Juni 2019 die Beschwerde einer Verfahrenspartei gegen das Urteil des BVGer vom 24. Oktober 2017 (Publikationsverfügung) ab. Damit konnte die WEKO die Sanktionsverfügung vom 29. Juni 2015 in Sachen **Badezimmer (Sanitärgrosshandel)** vollumfänglich publizieren. Das Bundesgericht bestätigte mit dem Urteil seine Praxis aus dem Nikon-Urteil und folgte den Argumenten der WEKO.

Das BVGer erliess am 30. Januar 2019 einen Entscheid in Sachen **Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung**. Grundsätzlich schützte das BVGer die angefochtene Verfügung: Schlussberichte von Vorabklärungen stellen «Entscheide» im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG dar und dürfen publiziert werden (wenn wie vorliegend ein öffentliches Interesse an der Publikation besteht). In zwei Punkten folgte das BVGer der Beschwerdeführerin und wies die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die WEKO zurück: Einerseits musste der Schlussbericht anonymisiert werden (wobei die Beschwerdeführerin hinnehmen muss, dass sich ihre Identität aus den Umständen ergeben kann), andererseits qualifizierte das BVGer vereinzelte Stellen des Schlussberichts als Geschäftsgeheimnisse, die somit geschwärzt werden mussten. Die Beschwerdeführerin hat den Entscheid ans Bundesgericht weitergezogen.

Am 29. November 2010 hatte die WEKO die Firma **SIX** mit rund CHF 7 Mio. gebüsst, weil sie anderen Terminalanbietern den Zugang zur **DCC**-Funktion (Dynamic Currency Conversion) verweigert hatte. SIX Multipay hatte ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, um die Zahlkartenterminals ihrer Schwestergesellschaft SIX Card Solutions zu bevorzugen: Die von SIX Multipay im Jahr 2005 lancierte DCC-Funktion war nur auf den Terminals der Konzernschwester verfügbar, nicht jedoch auf denjenigen anderer Terminalanbieter. Bei der DCC handelte es sich um eine Fremdwährungsumrechnung am Zahlkartenterminal des Händlers. DCC erlaubte Inhabern einer ausländischen Kredit- oder Debitkarte direkt am Terminal zu wählen, ob sie den Kaufbetrag in Franken oder in ihrer Heimwährung begleichen wollten. SIX hatte gegen die Verfügung Beschwerde beim BVGer eingereicht. Im Mai 2019 veröffentlichte das BVGer seinen Entscheid, in dem es die Verfügung der WEKO mehrheitlich bestätigte. SIX hat diesen Entscheid beim BGer angefochten.

Am 24. Oktober 2019 entschied das BVGer, dass Nicht-Verfahrensbeteiligten **keine Einsicht in eine Selbstanzeige** gewährt werden muss. Während bisherige Rechtsmittelverfahren bezüglich Einsichtsgewährung stets von den Kartelltätern initiiert wurden, um damit eine Herausgabe zu verhindern, hat in vorliegendem Fall nun erstmals eine Beschaffungsstelle, der Kanton Graubünden, eine weitergehende Herausgabe verlangt. Hintergrund ist sein Einsichtsgesuch in die vollständigen Akten des rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens Münstertal. Die WEKO hatte dem Gesuchsteller ein eingeschränktes Einsichtsrecht gewährt und nahm insbesondere die Selbstanzeigen davon aus. Gleichzeitig beschränkte sie die Verwendung der herausgegebenen Dokumente. Das BVGer folgte der Auffassung der WEKO und gewichtete das öffentliche Interesse am Schutz des Instituts der Selbstanzeige höher als dasjenige der Beschaffungsstelle an der Einsicht. Der Kanton Graubünden hat beim BGer Beschwerde eingereicht.

Am 27. Mai 2013 hatte die WEKO gegen zehn in der Schweiz tätige **Vertriebspartner/Auslieferer von französischsprachigen Büchern** wegen der Behinderung von Parallelimporten Bussen in der Höhe von rund CHF 16,5 Mio. verhängt. Die Grosshändler hatten Vertriebssysteme aufgebaut, mit welchen sie den Wettbewerb auf dem Beschaffungsmarkt für französischsprachige Bücher eingeschränkt hatten. Aufgrund von Exklusivvereinbarungen konnten die Buchhändler während des Untersuchungszeitraums keine Bücher im Ausland beziehen. Entsprechend fanden zwischen 2005 und 2011 praktisch keine Parallelimporte statt, da die Versuche der Buchhändler, sich direkt aus dem Ausland zu billigeren Preisen beliefern zu lassen, scheiterten. Am 30. Oktober 2019 bestätigte das BVGer den Entscheid der WEKO, dass die Abreden unzulässig und deshalb zu sanktionieren sind, reduzierte allerdings in vier Fällen die gegen die Auslieferer/Vertriebspartner ausgesprochenen Sanktionen. Insgesamt beläuft sich der Sanktionsbetrag

auf rund CHF 14,5 Mio. Die Mehrheit der Parteien hat den Entscheid an das BGer weitergezogen.

Das BGer hat mit seinem Entscheid vom 9. Dezember 2019 die Beschwerde der Swisscom gegen den Entscheid des BVGer in Sachen **ADSL** abgewiesen und den Entscheid des BVGer inkl. der Sanktion von rund CHF 186 Mio. bestätigt. Die Entscheide der beiden Gerichte gehen auf einen WEKO-Entscheid vom 19. Oktober 2009 zurück. Die WEKO kam damals zum Schluss, dass Swisscom die Preise für Vorleistungsangebote im Bereich Breitbandinternet im Vergleich zu den von Swisscom im Markt angebotenen Endkundenangeboten so hoch angesetzt hat, dass für alternative Fernmeldedienstanbieter keine ausreichende Marge zur Verfügung stand, um im Markt bestehen zu können. Ein solches Verhalten wird als Kosten-Preis-Schere bezeichnet. Die WEKO-Sanktion belief sich auf rund CHF 220 Mio. Am 14. September 2015 bestätigte das BVGer den damaligen WEKO-Entscheid inhaltlich, senkte allerdings die Sanktion auf die vom BGer bestätigten rund CHF 186 Mio.

3 Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen

3.1 Bau

3.1.1 Submissionsabreden

Gegen die von der WEKO in Sachen **Submissionsabreden im Kanton Graubünden** erlassenen Verfügungen (vgl. Abschnitt 2.1) haben sieben der insgesamt zwölf Parteien Beschwerde beim BVGer eingereicht. Sieben Beschwerden betreffen den Entscheid «Strassenbau», eine jenen zu «Engadin II».

Im Zusammenhang mit der genannten Untersuchung «Strassenbau» ergab sich der Verdacht, dass Strassenbauunternehmen im Rahmen von sog. «**Dauer-Arbeitsgemeinschaften**» (nachfolgend: Dauer-ARGE) zusammenarbeiteten, um Strassenbauprojekte längerfristig untereinander aufzuteilen und gemeinsam die Höhe der Eingabesummen festzulegen. Die WEKO hat in der Vergangenheit wiederholt betont, dass ARGE aus kartellrechtlicher Sicht grundsätzlich wettbewerbsfördernd und damit kartellrechtlich zulässig sind. Eine Dauer-ARGE bzw. eine gemeinsame, projektübergreifende und andauernde Zuteilung von Bauprojekten und Marktteilung kann jedoch den Wettbewerb möglicherweise in unzulässiger Weise beschränken und damit kartellrechtswidrig sein, sie kann aber auch wettbewerbsfördernd sein. Das Sekretariat hat daher eine Vorabklärung eröffnet, um diesen Sachverhalt zu klären. Im Rahmen dieser Vorabklärung wird geprüft, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen oder nicht.

Die Beschwerden gegen den Entscheid der WEKO vom Juli 2016, dass acht Strassen- und Tiefbauunternehmen in den Bezirken **See-Gaster (SG) sowie March und Höfe (SZ)** zwischen 2002 und 2009 bei mehreren hundert Ausschreibungen in unzulässiger Weise die Preise abgesprochen und bestimmt hatten, wer den Zuschlag erhalten soll, sind weiterhin vor BVGer hängig. Ein Teil der Unternehmen stellte sich zudem auf den Standpunkt, dass der WEKO-Entscheid nicht publiziert werden dürfe. Gegen die zwei entsprechenden Publikationsverfügungen der WEKO vom Oktober 2017 erhob eine Partei Beschwerde. Mit Urteil vom 25. Juni 2019 wies das BVGer die Beschwerde im Wesentlichen ab. Eine Gutheissung erfolgte einzig in Bezug auf einzelne Textpassagen der Sanktionsverfügung, welche entgegen der WEKO-Publikationsverfügung zusätzlich abgedeckt werden sollten. Das BVGer entschied u.a., dass die Verfügung korrekt eröffnet worden sei, keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliege, kein Anspruch auf Anonymisierung bestehe und Bandbreiten korrekt gesetzt worden seien. Der Beschwerdeentscheid des BVGer in der Hauptsache steht noch aus.

Am 25. Mai 2018 hatte das BVGer die Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011 in **Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** mehrheitlich bestätigt, wonach siebzehn im Kanton Aargau tätige Bauunternehmungen Submissionsabreden getroffen hatten und deshalb von der WEKO gebüsst worden waren. Eines der Unternehmen zog dieses Urteil weiter ans BGer; diese Beschwerde ist hängig. Zwei **Beschaffungsstellen** aus dem Kanton Aargau stellten im gleichen Zusammenhang **Gesuche um Einsicht** in die ungeschwärzte Verfügung der WEKO und die entsprechenden Akten. Die WEKO hiess diese Einsichtsgesuche teilweise gut. Die von zwei Bauunternehmen dagegen erhobenen Beschwerden hiess das BVGer mit Urteil vom 23. Oktober 2018 gut und verweigerte damit eine auch nur teilweise Einsicht. Das WBF zog in Zusammenarbeit mit der WEKO die Entscheide betreffend die eine Beschaffungsstelle ans BGer weiter. Die Klärung der sich stellenden Frage ist von grundsätzlicher Bedeutung, geht es doch darum, inwiefern Dritten, insbesondere Kartellopfern, vor Eintritt der Rechtskraft einer Sanktionsverfügung Einsicht in die Akten zur Durchsetzung ihrer Schadenersatzansprüche gewährt werden kann. Bis zum Vorliegen dieses Entscheids des BGer hat die WEKO eine Reihe von weiteren Einsichtsgesuchen sistiert.

3.1.2 Baustoffe und Deponien

Die WEKO hatte im Januar 2015 eine Untersuchung gegen mehrere Unternehmen der Baustoff- und Deponiebranche im Raum Bern eröffnet. Nachdem die Untersuchung aus prozessökonomischen Gründen in zwei Verfahren («KTB-Werke» und «KAGA») aufgeteilt worden war, konnte das kleinere, **KTB-Werke**, am 10. Dezember 2018 mit einer Sanktionsverfügung der WEKO abgeschlossen werden. Die Kästli- und die Alluvia-Gruppe hatten sich im Beton- und Kiesbereich während mehreren Jahren über Preise und Preiselemente abgesprochen und sich das Gebiet im Raum der Stadt Bern und Umgebung aufgeteilt. Gegen den Entscheid erhoben beide Verfahrensbeteiligten Beschwerde beim BVGer. Das Verfahren ist hängig. Die grössere der beiden Untersuchungen, «**KAGA**», erwies sich sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht als aufwendiger und soll 2020 abgeschlossen werden.

Die WEKO eröffnete am 5. März 2019 eine Untersuchung gegen **zwei Belagswerke** im Kanton Bern sowie gegen die Aktionärinnen eines der beiden Belagswerke. Es lagen Anhaltspunkte vor, dass die beiden Belagswerke ihr Marktverhalten koordinierten. Gegenstand der Untersuchung ist ausserdem eine mutmassliche Vereinbarung unter den Aktionärinnen des einen Belagswerks,

das gemeinsam betriebene Belagswerk nicht zu konkurrenzzieren. Ausserdem existierten Indizien dafür, dass eines der Belagswerke über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese missbraucht hat. Konkret besteht der Verdacht, dass es seine Aktionärinnen bevorzugt behandelt und zum Nachteil anderer Belagswerke einen langanhaltenden Kundenbindungsmechanismus aufgebaut hat.

3.1.3 Entsorgung

Die Preisüberwachung stellte im Zusammenhang mit den Verbrennungspreisen für die Entsorgung von Siedlungsabfall der **Kehrichtverbrennungsanlage (KVA) Dietikon «Limeco»** einen Preismissbrauch fest, konnte aber mit dem betroffenen Unternehmen keine einvernehmliche Regelung erzielen. Um eine Verfügung zu erlassen, muss die Preisüberwachung die WEKO zur Frage der Marktmacht und des wirksamen Wettbewerbs konsultieren. Die WEKO hielt in ihrer Stellungnahme vom 15. Juli 2019 zuhanden der Preisüberwachung fest, dass Limeco auf dem relevanten Markt über Marktmacht verfüge und dass die Preise auf dem relevanten Markt nicht das Ergebnis wirksamen (Preis-)Wettbewerbs seien.

Die Schweizer Kehrichtverbrennungsanlagen (KVA) beabsichtigen den Bau und den Betrieb einer gemeinsamen **Aufbereitungsanlage für Hydroxidschlamm**, einen metallreichen Rückstand aus der Abfallverbrennung. Zur Planung dieser Anlage – der sogenannten SwissZinc-Anlage – wurde die SwissZinc AG gegründet. Die SwissZinc hat die WEKO um eine Einschätzung des Vorhabens gebeten und eine Meldung im Widerspruchsverfahren bei der WEKO eingereicht. Das Sekretariat eröffnete am 29. Oktober 2019 eine Vorabklärung. Das Resultat der Vorabklärung ist für das zweite Quartal 2020 vorgesehen.

3.1.4 Sensibilisierung über Submissionsabreden

Um Submissionsabreden nicht nur zu bekämpfen, sondern sie bereits im Keim zu ersticken, bedarf es informierter und ausgebildeter Beschaffungsstellen auf allen Ebenen. Ein frühes Erkennen von Anzeichen von Abreden ist zielführender als lediglich kartellrechtliche Verfahren zu führen. Nachdem bereits in den Jahren 2009 und 2014 in den **Deutschschweizer Kantonen Sensibilisierungsveranstaltungen zu Submissionsabreden** durchgeführt wurden, ging das Sekretariat der WEKO auch dieses Jahr wieder auf die Kantone zu. Zwischen Mai und Dezember 2019 fanden unter dem Titel «Submissionsabreden und Binnenmarktgesetz» insgesamt 22 Veranstaltungen in 17 Kantonen (teilweise gemeinsame Durchführung in Halbkantonen) statt; es nahmen rund 500 Personen daran teil.

Wie in früheren Veranstaltungen ging es darum, die Beschaffungsstellen über Submissionsabreden zu sensibilisieren und Einblick in die jüngere Praxis der WEKO zu geben. Ziel der Veranstaltungen war es, den Teilnehmenden Instrumente zur Verfügung zu stellen, um Submissionsabreden erkennen und verhindern zu können. Inhalt der Veranstaltungen bildeten auch relevante Aspekte des BGBM im Zusammenhang mit **Beschaffungen**. Insbesondere ging es um Definitionen, Verfahren, Mindeststandards und wie sie verletzt werden können.

Zusätzlich zu dieser Kampagne halten die WEKO und das Sekretariat Vorträge an Fachveranstaltungen bei Verbänden, Bundesbetrieben etc.

3.2 Dienstleistungen

3.2.1 Finanzdienstleistungen

Im Bereich der Finanzdienstleistungen wurden zwei Untersuchungen in Sachen Währungswechselkurse («**Forex**») mit einvernehmlichen Regelungen definitiv abgeschlossen. Es handelte sich dabei einerseits um das Kartell «Three way banana split», an dem Barclays, Citigroup, JPMorgan, Royal Bank of Scotland (RBS) und UBS beteiligt waren, und andererseits um das «Essex express»-Kartell, an welchem Barclays, MUFG Bank, RBS und UBS teilgenommen hatten. Insgesamt verhängte die WEKO Sanktionen von rund CHF 90 Mio. Eine Untersuchung wird gegen Credit Suisse im ordentlichen Verfahren weitergeführt. Gegen die Bank Julius Bär sowie die Zürcher Kantonalbank wurde die Untersuchung eingestellt (vgl. Abschnitt 2.1).

Die Untersuchung wegen möglicher Abreden zwischen Banken im Handel mit **Edelmetallen** (Precious Metals) wurde eingestellt. Die Verdachtsmomente, welche zur Untersuchungseröffnung geführt hatten, konnten im Verlaufe der Untersuchung nicht erhärtet werden.

Bei den IBOR-Untersuchungen konnte ein weiteres Etappenziel erreicht werden. Die Untersuchungen gegenüber den Banken Lloyds und Rabobank betreffend Yen-Zinsderivate basierend auf **Yen LIBOR** konnten mit einer einvernehmlichen Regelung und Bussen abgeschlossen werden. Gegen andere Parteien laufen die Untersuchungen Yen LIBOR / Euroyen TIBOR sowie EURIBOR weiter (vgl. Abschnitt 2.1).

In der Untersuchung **Automobil-Leasing** genehmigte die Kammer für Teilverfügungen bezüglich acht der neun Parteien eine einvernehmliche Regelung und sanktionierte sie mit rund CHF 30 Mio., weil sie Informationen über die Höhe von Leasingzinsen ausgetauscht hatten. Keine Einigung konnte mit Ford Credit Switzerland erzielt werden, weshalb gegen dieses Unternehmen die Untersuchung im ordentlichen Verfahren weiterläuft und durch eine Endverfügung der Gesamtkommission beendet werden wird. Eine Adressatin der Teilverfügung legte ein Rechtsmittel ein, weshalb das Verfahren derzeit nur gegenüber sieben Parteien rechtskräftig abgeschlossen ist (vgl. Abschnitt 2.1).

Die im letzten Jahr eröffnete Untersuchung in Sachen **Boykott Apple Pay** wurde im Berichtsjahr fortgeführt. Diverse der in diesem Verfahren durchgeführten Einvernahmen wurden angefochten. Uneinigkeit besteht zwischen den Parteien und der Behörde hauptsächlich bezüglich der Frage, welche der aktuellen und ehemaligen Mitarbeitenden eines Unternehmens als Zeuge und welche als Partei einzuvernehmen sind. Das BVGer hat in einem Urteil Anfang Dezember festgehalten, ehemalige Organe seien als Zeugen zu befragen, könnten aber die Aussage auf der Grundlage des Schweigerechts des Unternehmens (Nemo Tenetur Grundsatz) verweigern. Zur Klärung der Frage, ob ein derartiges aussergesetzli-

ches Zeugnisverweigerungsrecht besteht, wurde der Entscheid durch die Behörde an das BGer weitergezogen.

Einen Erfolg konnte das Sekretariat im Rechtsmittelverfahren in Sachen **DCC** verbuchen. Das BVGer bestätigte in seinem Urteil vom 18. Dezember 2018 die Sanktionsverfügung der WEKO vom 29. November 2010 gegen SIX Group und SIX Payment Services vollumfänglich. Das Urteil wurde allerdings durch die Beschwerdeführerinnen ans BGer weitergezogen.

Darüber hinaus wurden dem Sekretariat mehrere Beratungsanfragen im Bereich der Finanzdienstleistungen gestellt. Erwähnenswert ist dabei namentlich die Beratung des Sekretariates in Bezug auf die Ablösung der LIBOR-Referenzzinsätze durch den **SARON** (Swiss Average Rate Overnight). Das Sekretariat wurde von der Nationalen Arbeitsgruppe für Referenzzinsätze der Schweizerischen Nationalbank gebeten, die kartellrechtliche Zulässigkeit gewisser Empfehlungen im Bereich der auf dem SARON basierenden Kreditprodukte (z.B. Hypotheken) zu prüfen.

Schliesslich wurden im Bereich der Finanzdienstleistungen diverse **Unternehmenszusammenschlüsse** geprüft und zugelassen, wie etwa der Verkauf von Investlab durch die CS an Allfunds.

3.2.2 Gesundheitswesen

Im September 2019 eröffneten die Wettbewerbsbehörden eine Untersuchung gegen verschiedene schweizerische und internationale Unternehmen, die im Bereich Herstellung, Vertrieb und Verkauf des pharmazeutischen Wirkstoffs **Scopolaminbutylbromid** tätig sind. Es bestehen Anhaltspunkte, dass diese Unternehmen die Verkaufspreise dieses Wirkstoffes hochhielten und sich die Märkte nach Gebieten aufteilten. Im Rahmen der Untersuchung, die in Kooperation mit den europäischen Wettbewerbsbehörden geführt wird, ist zu prüfen, ob tatsächlich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen.

Das Sekretariat beantwortete im Laufe des Jahres fünf **Beratungsanfragen** aus dem Bereich Gesundheitswesen. Drei standen in Zusammenhang mit der Möglichkeit, Tarife für stationäre und ambulante Dienstleistungen im Zusatzversicherungsbereich festzulegen. Gestützt auf die Praxis der Wettbewerbsbehörden in Bezug auf Tarife und Preise äusserte sich das Sekretariat eher skeptisch dazu.

Des Weiteren hatte die WEKO im Bereich Gesundheitswesen folgende **Unternehmenszusammenschlüsse** zu beurteilen: Migros/Topwell; Bristol Meyer Squibb/Celgene; Medbase AG/LUKS; Medbase AG/Spital STS AG; Medbase AG/Zur Rose. Für alle diese Zusammenschlüsse ergab die Beurteilung im Rahmen der vorläufigen Prüfung die Freigabe durch die WEKO.

Zahlreiche Bürgeranfragen im Bereich des Gesundheitswesens und mehr als 150 Konsultationsverfahren, mehrheitlich betreffend parlamentarische Vorstösse im Bereich Sozialversicherungen und Gesundheitsmärkte, haben zusätzliche Ressourcen des Sekretariats in Anspruch genommen.

3.2.3 Freiberufliche und andere Dienstleistungen

Die Untersuchung, welche anfangs 2018 gegen den **Fahrlehrerverband Oberwallis (FVO)** und dessen Aktivmitglieder eröffnet worden war, konnte im Frühling 2019 mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen werden. Wegen der Beteiligung an einer unzulässigen Preisabrede wurde den Aktivmitgliedern des Verbands eine Sanktion von CHF 50'000 sowie Verfahrenskosten von CHF 30'000 auferlegt. Die durchgeführte kartellrechtliche Untersuchung, welche durch eine Bürgermeldung bei der Preisüberwachung ausgelöst wurde zeigt, dass die Zusammenarbeit zwischen der Preisüberwachung und der WEKO gut funktioniert (vgl. Abschnitt 2.1).

Die im 2018 eröffnete Untersuchung gegen zehn **Genfer Elektroinstallationsunternehmen** wurde weitergeführt.

Die Kommissionssätze, welche die **Online-Buchungsplattform Booking.com** gegenüber Hotels in der Schweiz verrechneten, sind Gegenstand eines laufenden Verfahrens des Preisüberwachers. Wie im Preisüberwachungsgesetz vorgesehen, hat der Preisüberwacher die WEKO anfangs 2019 hinsichtlich deren Einschätzung zur Marktstellung von Booking.com konsultiert. Die WEKO kommt in ihrer entsprechenden Stellungnahme vom April 2019 zum Schluss, dass Booking.com gemäss dem Preisüberwachungsgesetz ein marktmächtiges Unternehmen ist und die Kommissionssätze von Booking.com nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind. Gestützt auf diese Analyse fällt die Höhe der Kommissionssätze von Booking.com in den Zuständigkeitsbereich des Preisüberwachers. Dieser prüft nun, ob die aktuellen Kommissionssätze von Booking.com missbräuchlich gemäss dem Preisüberwachungsgesetz sind.

Schliesslich hat das Sekretariat mehrere **Verfahren im Bereich des Sports** durchgeführt, insbesondere in Bezug auf die Internationale Föderation der Bergführerverbände, Tandem-Fallschirmspringeraktivitäten, Tandem-Gleitschirmfliegen und Gleitschirm-Deltaflüge. Da private Verbände diese Aktivitäten regulieren, könnte ihre Organisation den Marktzugang für Unternehmen, die ihnen nicht angehören, erschweren.

3.3 Infrastruktur

3.3.1 Telekommunikation

Im Dezember 2019 hat das Sekretariat in Sachen **Swisscom Directories** gegen Swisscom und Swisscom Directories eine Vorabklärung eröffnet. Dabei soll ermittelt werden, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Swisscom bzw. Swisscom Directories im Bereich Verzeichnisse und digitales Marketing über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese in unzulässigerweise missbraucht. Im Vordergrund steht dabei der Verdacht der Vorenthaltung von Daten gegenüber Dritten und die Koppelung von verschiedenen Dienstleistungen.

Die Vorabklärung im Zusammenhang mit der **breitbandigen Vernetzung von Unternehmensstandorten (WAN-Anbindung)** wurde weiter vorangetrieben.

Die WEKO hat das Zusammenschlussvorhaben **Sunrise/Liberty Global** einer vertieften Prüfung unterzogen.

Diese resultierte in der Freigabe durch die WEKO (vgl. Abschnitt 2.1).

Des Weiteren hatte die WEKO im Bereich Telekommunikation den Zusammenschluss **Swisscom Directories/ Websheep** zu beurteilen. Dabei beabsichtigte Swisscom Directories von Swissvit 100 % der Stammanteile von Websheep zu übernehmen. Nach der vorläufigen Prüfung des Vorhabens erfolgte die Freigabe durch die WEKO.

3.3.2 Medien

Die im Mai 2017 von der WEKO eröffnete Untersuchung gegen UPC Schweiz wegen Anhaltspunkten für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich der Übertragung von **Eishockey im Pay-TV** wurde fortgeführt und es mussten diverse verfahrensleitende Verfügungen erlassen werden. UPC hatte im Sommer 2016 von der Swiss Ice Hockey Federation für fünf Jahre die Übertragungsrechte für die obersten Schweizer Eishockeyligen ab der Saison 2017/18 erworben. In der Untersuchung steht die Frage im Vordergrund, ob UPC konkurrierenden, insbesondere nicht über das Kabelnetz operierenden TV-Plattformanbietern, die Eishockeyübertragungen in ungerechtfertigter Weise vorenthält.

Die WEKO hatte im Bereich Medien folgende **Unternehmenszusammenschlüsse** zu beurteilen: Beim Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Zattoo International beabsichtigte Tamedia den Erwerb der alleinigen Kontrolle über Zattoo International. Infront/Ringier II betraf die Erlangung der alleinigen Kontrolle an Infront Ringier Sports & Entertainment Switzerland durch Ringier. Bei Tamedia/Planet 105 beabsichtigte Tamedia die Erlangung der alleinigen Kontrolle über den Unternehmensteil «Planet 105». Bei all diesen Zusammenschlüssen ergab die Beurteilung im Rahmen der vorläufigen Prüfung die Freigabe durch die WEKO.

Am 30. Oktober 2019 bestätigte das BVGer im Wesentlichen den Entscheid der WEKO vom 27. Mai 2013 in Sachen **Bücherpreise Romandie (marché du livre en français)**. Das Gericht kam zum Schluss, dass neun Unternehmen mit ihren Geschäftspartnern Abreden getroffen hatten, welche ein Verbot von Passivverkäufen durch andere zugelassene Händler bewirkten und somit den Wettbewerb auf dem Beschaffungsmarkt für französischsprachige Bücher beseitigten (vgl. Abschnitt 2.2).

3.3.3 Energie

Die WEKO hat am 30. Januar 2019 eine Untersuchung in Sachen **Netzzugang** gegen Erdgas Zentralschweiz (EGZ) und ewl Energie Wasser Luzern Holding (ewl) eröffnet. Dabei wird geprüft, ob EGZ und ewl eine marktbeherrschende Stellung beim Transport bzw. der Verteilung von Erdgas über ihre Erdgasnetze innehaben und diese dahingehend missbrauchen, dass sie Dritten den Zugang zu ihren Netzen verweigern und damit verhindern, dass diese Erdgas an bestimmte Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl liefern können.

Die **Vorabklärung** gegen einen **lokalen Erdgasnetzbetreiber** wurde mit Schlussbericht vom 23. Juli 2019 eingestellt. Das Sekretariat gelangte zwar zum Schluss, dass Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens vorliegen. Unter dem Vorbehalt der Aufhebung der als kritisch beurteilten Verhaltensweisen per 1. Oktober 2019, wurde jedoch vorläufig auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet. Inhaltlich ging es insbesondere um die unterschiedliche Berechnung und Verrechnung von Netznutzungsentgelten bei eigenbelieferten Endkundinnen und Endkunden und solchen, die von einem Drittlieferanten beliefert werden.

Im September 2019 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gegen eine Stromnetzbetreiberin. Im Rahmen der Vorabklärung soll ermittelt werden, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese Stromnetzbetreiberin **aus dem Monopolbereich stammende Daten** für Tätigkeiten in anderen Märkten, namentlich im Bereich Bau und Unterhalt von Photovoltaikanlagen, verwendet hat. Dabei könnte es sich um eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens handeln.

Die WEKO hatte im Energiebereich zwei **Zusammenschlüsse** zu beurteilen: Bei BKW Energie/swisspro group beabsichtigte BKW Energie 100 % des Aktienkapitals der swisspro group zu erwerben. Bei Gasverbund Mittelland/Gaznat/SET Swiss Energy Trading ging es um ein Zusammenschlussvorhaben betreffend Entflechtungsmassnahmen bei der SET Swiss Energy Trading. Dabei wollten Swissgas und Erdgas Ostschweiz ihre Beteiligungen an der SET an die verbleibenden Aktionäre Gasverbund Mittelland, Gaznat und Erdgas Zentralschweiz veräussern. Bei beiden Zusammenschlüssen ergab die Beurteilung im Rahmen der vorläufigen Prüfung die Freigabe durch die WEKO.

Im Bereich Strom wurde das Sekretariat im Rahmen von Ämterkonsultationen bzw. die WEKO im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren und Anhörungen mehrfach zu Stellungnahmen eingeladen, insbesondere zur vom Bundesrat beabsichtigten vollständigen Marktöffnung der Endkundenversorgung. Bis am 14. Februar 2020 läuft zudem die Vernehmlassungsfrist zum neuen **Gasversorgungsgesetz**.

3.3.4 Verkehr

Im Bereich Gütertransport unterzog die WEKO das Zusammenschlussvorhaben **SBB/Hupac/Rethmann/GBN** einer vertieften Prüfung. Diese resultierte in der Freigabe durch die WEKO (vgl. Abschnitt 2.1).

Im Dezember 2019 leitete die WEKO auch in Bezug auf das Zusammenschlussvorhaben **SBB Cargo** eine vertiefte Prüfung ein. Bei dem Zusammenschlussvorhaben beabsichtigen SBB, Planzer-Holding und Camion-Transport Wil CT, die gemeinsame Kontrolle über SBB Cargo zu erwerben. Die vorläufige Prüfung dieser Übernahme ergab Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Dies betrifft verschiedene Märkte in den Bereichen Schienengüterverkehr, Operateurleistungen und Umschlagsleistungen. Weiter bestehen Anhaltspunkte für die Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung im Bereich der Umschlagsleistungen. Bei vertieften Prüfungen steht der WEKO jeweils eine gesetzliche Frist von vier Monaten zur Verfügung, um die Frage der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung mit der

Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu beurteilen.

Weiterhin hängig ist das Beschwerdeverfahren vor dem BVGer in Sachen **Luftfracht**. Gegen die Verfügung vom 2. Dezember 2013, welche die Untersuchung Luftfracht abgeschlossen hat und mit welcher elf Fluggesellschaften wegen horizontalen Preisabreden mit insgesamt rund CHF 11 Mio. sanktioniert wurden, hatten verschiedene Parteien Beschwerde ans BVGer erhoben. In diesem Fall strittig war zudem, ob und inwieweit die Verfügung vom 2. Dezember 2013 publiziert wird. Die neun diesbezüglichen erhobenen Beschwerden wurden am 30. Oktober 2017 vom BVGer in Bezug auf den Umfang der Publikation teilweise gutgeheissen. Nach Rückweisung an die WEKO hat diese am 12. November 2018 die Veröffentlichung einer überarbeiteten Publikationsversion verfügt. Gegen diese Verfügung wurden erneut beim BVGer Beschwerden erhoben.

3.4 Produktemärkte

3.4.1 Schwerpunkt Vertikalabreden

Die Verfolgung von Wettbewerbsabreden, die Parallel- und Direktimporte behindern und/oder die Preissetzung der Wiederverkäufer einschränken, gehört seit mehreren Jahren zu einem Tätigkeitsschwerpunkt der Wettbewerbsbehörden. Im Jahr 2019 schloss die WEKO die beiden Untersuchungen **Bucher Landtechnik** und **Stöckli** mit einvernehmlichen Regelungen ab (vgl. Abschnitt 2.1).

Zum Thema «**Hochpreisinsel Schweiz**» führte das Sekretariat mehrere Marktbeobachtungen wegen Verdachts auf Preisabreden, Marktabschottungen und Behinderungen von Online-Handel durch. In mehreren Fällen wurden Verträge angepasst und Rundschreiben an Vertriebspartner gesandt, um Klarheit zu schaffen und Missverständnisse zu vermeiden.

3.4.2 Konsumgüterindustrie und Detailhandel

Das Sekretariat führte im Rahmen einer Marktbeobachtung eine Befragung der grossen Schweizer Detailhändler durch und klärte dabei insbesondere ab, ob die Detailhändler bei der **Beschaffung von Lebensmitteln im Ausland** mit kartellrechtlich relevanten Beschränkungen konfrontiert sind. Die Befragung der Detailhändler ergab keine konkreten Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Kartellgesetzes. Hingegen wiesen die befragten Detailhändler darauf hin, dass staatliche Handelshemmnisse, wie z.B. hohe Agrarzölle und Vorschriften im Zusammenhang mit der Verpackung, der Deklarierung und dem Ursprungsnachweis, Parallelimporte erschweren würden.

Ende November 2019 schlug der Bundesrat im Rahmen des Massnahmenpakets gegen die Hochpreisinsel Schweiz die **Aufhebung der Industriezölle** vor und verabschiedete die entsprechende Botschaft zuhanden des Parlaments. Durch die Abschaffung der Industriezölle können Industrieprodukte grösstenteils zollfrei importiert werden. Damit werden die Ursprungsnachweise zur zollfreien Einfuhr von Industrieprodukten weitgehend wegfallen. Bei der Einfuhr von Lebensmitteln stehen allerdings die Agrarzölle im Vordergrund, welche weiterhin bestehen bleiben. Die WEKO hatte die Aufhebung der Industriezölle im Vernehmlassungsverfahren nachdrücklich unterstützt. Sie sieht den Abbau von tarifären und nicht-tarifären Handelshemmnissen – namentlich die unilaterale Aufhebung von Industriezöllen, die Senkung von Agrarzöllen und die Reduzierung der Ausnahmen vom Cassis-de-Dijon-Prinzip sowie von schweizspezifischen Regulierungen und Normierungen – als primäres und erfolgversprechendes Instrument, um den Wettbewerb in der Schweiz zu fördern und damit einen spürbaren Preisdruck zu erzielen.

3.4.3 Uhrenindustrie

Am 16. Dezember 2019 erliess die WEKO im Wiedererwägungsverfahren **Swatch Group Lieferstopp** vorsorgliche Massnahmen. Grundlage bildet die Untersuchung Swatch Group Lieferstopp. Im Oktober 2013 hatte die WEKO eine einvernehmliche Regelung mit Swatch Group genehmigt. Diese sah vor, dass die Tochtergesellschaft ETA Manufacture Horlogère Suisse (ETA) ihre Kunden bis Ende 2019 mit einer stufenweise reduzierten Menge an mechanischen Uhrwerken beliefern muss und anschliessend keine Lieferverpflichtung mehr besteht. In der Zwischenzeit sollte sich eine Konkurrenz zu ETA auf dem Markt etablieren, welche die Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken von unabhängigen Uhrenherstellern bedienen kann. Die WEKO hatte sich einen neuen Entscheid vorbehalten, falls es ab Anfang 2020 nicht genügend alternative Angebote zu den Uhrwerken von ETA auf dem Markt geben sollte. Da dafür Anhaltspunkte bestanden, eröffnete die WEKO im November 2018 ein sogenanntes Wiedererwägungsverfahren. Ein Entscheid vor Ende 2019 war nicht möglich. Deshalb erliess die WEKO bis zum Zeitpunkt des Entscheids, jedoch längstens bis am 31. Dezember 2020 **vorsorgliche Massnahmen**. Diese stellen sicher, dass das Resultat des Wiedererwägungsverfahrens offenbleibt. Sie verlängern die Lieferverpflichtung der ETA formell bis zum Endentscheid der WEKO. Wegen des Bestellablaufs bei ETA werden die Lieferungen vorläufig ausgesetzt. Dies bedeutet, dass ETA die bisherigen Kunden vorläufig nicht beliefern muss, gleichzeitig darf sie jedoch auch nicht einzelne ausgewählte (Gross-)Kunden beliefern. Damit wird gewährleistet, dass ETA Investitionen, die ihre Konkurrentinnen bisher getätigt haben, nicht gefährdet. ETA hat weiterhin die Möglichkeit, KMUs auf freiwilliger Basis mit mechanischen Uhrwerken zu beliefern. Bei einer Belieferung müssen aber alle KMUs gleichbehandelt werden.

3.4.4 Automobilsektor

Am 9. Dezember 2019 dehnte die WEKO die Untersuchung **Concessionari Volkswagen**, welche im Juni 2018 eröffnet wurde, auf weitere Tatbestände sowie weitere im Kanton Tessin zugelassene Händler von Fahrzeugen der Marken des Volkswagen-Konzerns aus. Gegenstand der Untersuchung sind nebst mutmasslich unzulässigen Submissionsabreden bei der Beschaffung von Personen- und Nutzfahrzeugen der genannten Marken im Kanton Tessin neu auch mögliche unzulässige Abreden über die Verkaufsbedingungen für die Fahrzeuge und über eine Marktaufteilung nach Gebieten.

Im September 2019 aktualisierte die WEKO die **KFZ-Bekanntmachung** und die zugehörigen **Erläuterungen**. Aufgrund des Urteils des BGer in Sachen Gaba und der

jüngsten Praxis des Sekretariats im Zusammenhang mit der Herstellergarantie nahm sie aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz verschiedene Anpassungen vor. Bei dieser Gelegenheit verlängerte sie die Geltungsdauer der KFZ-Bekanntmachung bis zum 31. Dezember 2023. Es handelt sich nur um eine Aktualisierung der KFZ-Bekanntmachung und der Erläuterungen zur KFZ-Bek, die Frage einer Revision wird sich erst im Hinblick auf den Ablauf der Geltungsdauer Ende 2023 stellen.

Das Sekretariat prüfte, ob und wie die AMAG die in der Vorabklärung **AMAG Vertriebsnetz** angeregten Massnahmen zur Beseitigung und Verhinderung der im Schlussbericht beschriebenen Wettbewerbsbeschränkungen umsetzt. Das Sekretariat wird die Entwicklungen in diesem Zusammenhang weiterhin beobachten.

Im Rahmen einer Marktbeobachtung klärte das Sekretariat die Zulässigkeit der **Beschränkung der Herstellergarantie** auf Fahrzeuge, die bei offiziellen Händlern gekauft wurden. Es kam zum Ergebnis, dass die Verweigerung der Herstellergarantie auf direkt oder parallel importierten Fahrzeugen einen indirekten absoluten Gebietsschutz bewirken kann. Im Rahmen eines mit dem Kartellgesetz vereinbaren selektiven Vertriebssystems verstösst eine Herstellerin oder Importeurin von Fahrzeugen allerdings nicht gegen das Kartellgesetz, wenn sie die Herstellergarantie nur auf neuen Fahrzeugen gewährt, die bei zugelassenen Händlern gekauft wurden. Die WEKO präzisierte die Erläuterungen zur KFZ-Bekanntmachung entsprechend.

Weiter ging das Sekretariat mehreren Hinweisen von Händlern und Werkstätten nach, gemäss welchen eine Automobilherstellerin ihre zugelassenen Vertriebspartner beim **Bezug von Ersatzteilen** beschränkte. Gleichzeitig bestand der Verdacht, dass damit möglicherweise die Hersteller von Ersatzteilen im Verkauf derselben an die zugelassenen Händler und Werkstätten beschränkt wurden. Derartige Beschränkungen gelten gemäss der KFZ-Bekanntmachung als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigungen. Das Sekretariat konfrontierte die Automobilherstellerin mit den Vorwürfen und gab korrigierende Empfehlungen ab, welche von dieser umgesetzt wurden.

In Bezug auf verschiedene **Kündigungen von Handels- und Servicepartnerverträgen** prüfte das Sekretariat, ob diese unter Einhaltung der Kündigungsfristen gemäss KFZ-Bekanntmachung erfolgt sind. Bei Einhaltung der Kündigungsfristen findet in der Regel keine Intervention der Wettbewerbsbehörden statt, wenn keine konkreten Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen. In der KFZ-Bekanntmachung wird sichergestellt, dass auch Werkstätten ohne Markenvertretung Reparaturen und Service anbieten können. Hinweisen auf eine Beschränkung des Zugangs unabhängiger Werkstätten zu Ersatzteilen oder technischen Informationen geht das Sekretariat im Einzelfall konsequent nach.

Die Vertragskündigungen bildeten auch ein Schwerpunktthema anlässlich des Austausches mit den Zivilgerichten **zur parallelen Durchsetzung des Kartellgesetzes auf dem zivil- und verwaltungsrechtlichen Weg**, der im November 2019 stattfand. Ein Grossteil der kartellzivilrechtlichen Streitigkeiten, die in den letzten zehn Jahren von den Zivilgerichten beurteilt wurden, betraf Kündigungen von Servicepartnerverträgen. Die Vertreter der Wettbewerbsbehörden wiesen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Zivilgerichte die Frage, ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, bei Unklarheit der WEKO zur Begutachtung vorzulegen haben. Zudem wurden mögliche Massnahmen zur Stärkung des Kartellzivilrechts aufgezeigt.

In zwei Urteilen vom 8. Mai 2019 in Sachen **VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013** bestätigte das BGer das BVGer in seinen Urteilen, wonach die nicht an der EVR beteiligten Parteien nicht zur Anfechtung der Genehmigungsverfügung legitimiert waren (vgl. Abschnitt 2.2).

3.4.5 Landwirtschaft

Die WEKO nahm am Vernehmlassungsverfahren zur **Agrarpolitik ab 2022 (AP22+)** teil und stellte mehrere Anträge. So beantragte sie u.a. einen weiteren Abbau des Grenzschutzes, den Ersatz der Vergabe von Zollkontingentsanteilen gemäss Inlandleistung durch wettbewerbsneutralere Vergabemethoden und die Aufhebung der Milchpreisstützung.

Das Sekretariat beteiligte sich im Jahr 2019 an rund 30 Ämterkonsultationen mit Bezug zur Landwirtschaft, so zu Verordnungsänderungen, der AP22+ und rund 20 parlamentarischen Vorstössen. Daneben gingen beim Sekretariat zahlreiche Anfragen zu landwirtschaftlichen Themen ein, welche zu Besprechungen, Beratungen und Marktbeobachtungen führten.

Ausserdem wurden der WEKO im Jahr 2019 mehrere Zusammenschlussvorhaben von Unternehmen gemeldet, die in Märkten tätig sind, die der Landwirtschaft nachgelagert sind. So beurteilte die WEKO u.a. die Gründung eines gemeinsamen Unternehmens der IP-Suisse und der Migros-Gruppe im Bereich Schweinehandel. Die vorläufigen Prüfungen der gemeldeten Zusammenschlussvorhaben ergaben keine Anhaltspunkte, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Die WEKO verzichtete deshalb jeweils auf eine vertiefte Prüfung.

3.4.6 Weitere Bereiche

Am 2. Dezember 2019 schloss die WEKO die Untersuchung **AdBlue** gegen die Brenntag Schweizerhall und die Bucher Langenthal mit einvernehmlicher Regelung ab (vgl. Abschnitt 2.1).

Im September 2019 eröffnete das Sekretariat im Bereich **Vertrieb von Motorrädern und Rollern** eine Vorabklärung gegen eine Generalimporteurin. Gegenstand der Vorabklärung bilden unter anderem Hinweise für möglicherweise unzulässige Preis- und Gebietsschutzabreden beim Vertrieb von Motorrädern und Rollern.

Das BVGer erliess am 30. Januar 2019 einen Entscheid in Sachen **Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung** (vgl. Abschnitt 2.2). Gemäss dem Urteil darf das WEKO Sekretariat Schlussberichte von Vorabklärungen publizieren, allerdings sind diese zu anonymisieren.

3.5 Binnenmarkt

Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (**Binnenmarktgesetz, BGBM**) gewährleistet die interkantonale Freizügigkeit sowie die öffentliche Ausschreibung von Konzessionen und die Wahrung von minimalen Vorgaben bei kantonalen Beschaffungen. Die WEKO ist für die Überwachung der Einhaltung des Binnenmarktgesetzes zuständig.

Das Binnenmarktgesetz enthält ein Recht auf Marktzugang im interkantonalen Bereich nach dem Herkunftsprinzip. Das heisst, dass der Marktzugang grundsätzlich zu gewähren ist, wenn die Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausgeübt wird. Ein Schwerpunkt der Tätigkeiten bei der interkantonalen Freizügigkeit lag im **Gesundheitswesen**. Einerseits erliess die WEKO eine Empfehlung zur Umsetzung des Gesundheitsberufegesetzes (vgl. Abschnitt 2.1) und andererseits führte das Sekretariat eine Markbeobachtung zum Marktzugang bei der spitalexternen Pflege (Spitex).

Die **Marktbeobachtung Spitex** prüfte die Gewährung des Marktzugangs für ausserkantonale Spitex-Organisationen in 13 Kantonen. Die Markbeobachtung ging zurück auf eine Anzeige einer schweizweit tätigen Spitex-Organisation. Die Analyse ergab grosse kantonale Unterschiede, wobei nur die Minderheit der Kantone die binnenmarktrechtlichen Vorgaben korrekt umsetzte. Die Mehrheit der Kantone berücksichtigte die Vorgaben des BGBM bei der Zulassung ausserkantonaler Spitex-Organisationen nicht ordnungsgemäss. Zu beanstanden waren die teilweise fehlende Einfachheit, Raschheit und Kostenlosigkeit des Verfahrens bei einzelnen Kantonen. Zudem erteilten viele Kantone die Bewilligung fälschlicherweise nicht basierend auf derjenigen des Herkunftskantons, sondern forderten ohne zureichende Begründung weitere Unterlagen ein. Das Sekretariat analysierte die Praxis für die einzelnen Kantone und teilte die Ergebnisse den kantonalen Gesundheitsdirektionen mit.

Ebenfalls betreffend den freien Marktzugang erliess die WEKO zwei **Empfehlungen an die Tessiner Behörden**. Die WEKO setze sich in einer ersten Empfehlung vom 25. Februar 2019 mit einem Entwurf für ein neues Tessiner Gewerbegesetz (Legge sulle imprese artigianali, LIA) auseinander. Die WEKO kam zum Schluss, dass insbesondere das Register für eine neue LIA nicht binnenmarktrechtskonform ausgestaltet ist. Die WEKO erliess am 25. Februar 2019 zudem eine zweite Empfehlung an den Kanton Tessin, wie eine Änderung im Reglement des Tessiner Baumeistergesetzes binnenmarktrechtskonform umzusetzen ist. Insbesondere behandelt wurde die Frage, wie eine vorgängige Meldung eines Tätigwerdens konkret ausgestaltet werden kann.

Das BGBM enthält auch Mindestvorgaben für kantonale Beschaffungen. Die WEKO hat dazu eine Empfehlung zur begrenzten Zulässigkeit von **Schutzgebühren** (vgl. Abschnitt 2.1) und am 21. Oktober 2019 ein Gutachten zur Frage der Anwendung des **Leistungsortsprinzips** erlassen. Das Gutachten der WEKO beantwortete zuhanden der Kantone die Frage, ob nach dem revidierten Beschaffungsrecht auf kantonaler Ebene bei Arbeitsbedingungen das Leistungsortsprinzip gilt. Gestützt auf das Binnenmarktgesetz gilt da weiterhin das Herkunftsortsprinzip.

Das Bundesparlament nahm am 21. Juni 2019 das **revidierte Beschaffungsrecht** an. Für eine weitgehend entsprechende Harmonisierung auf kantonaler Ebene verabschiedeten die Kantone am 15. November 2019 die revidierte interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB). Die WEKO setzte sich im Rahmen der Revision des Beschaffungsrechts in den letzten Jahren für wettbewerbliche und insbesondere binnenmarktrechtliche Aspekte ein. Die von der WEKO eingebrachten Aspekte wurden weitgehend berücksichtigt, unter anderem blieb das Beschwerderecht der WEKO im BGBM erhalten. Mit der Revision des Bundesbeschaffungsrechts wurde auch das BGBM punktuell revidiert. In materieller Hinsicht werden inskünftig beispielsweise Konzessionen im öffentlichen Interesse dem Beschaffungsrecht unterstellt sein.

Es sind zudem vermehrt **Anzeigen** eingegangen, die über eventuelle beschaffungs- und binnenmarktrechtswidrige Praktiken von Vergabestellen berichten. Bei möglichen Verstössen gegen die minimalen beschaffungsrechtlichen Vorgaben des BGBM erfolgten hauptsächlich Auskunftsbegehren und Anregungen des Sekretariats an die betroffenen Vergabestellen. Im Beschaffungsrecht stellte sich öfters auch die Frage, ob der Einkauf von Strom dem Beschaffungsrecht unterstellt ist. Das Sekretariat prüfte auf Anzeige hin im Rahmen einer Marktbeobachtung, inwiefern die **Strombeschaffung** durch die Städtischen Verkehrsbetriebe Bern dem Beschaffungsrecht unterstellt ist und ob allenfalls eine sog. freihändige Vergabe erfolgen kann.

Die **Übertragung der Nutzung kantonaler Monopole** hat gemäss Binnenmarktgesetz durch nichtdiskriminierende Ausschreibungen zu erfolgen. Die WEKO reichte zuhanden des BGer eine Stellungnahme in einem Verfahren betreffend **Rettungsdienste** im Kanton Wallis ein. Es stellte sich dort insbesondere die Frage, ob für die Zulassung von Unternehmen zu Rettungsdiensten eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen ist.

Die in den Kantonen durchgeführte **Sensibilisierungskampagne** zu Submissionsabreden und zum Binnenmarktrecht (vgl. Abschnitt 3.1.4) trug zu einem stärkeren Bekanntmachen des Binnenmarktgesetzes bei.

3.6 Ermittlungen

Im Jahr 2019 wurden drei Hausdurchsuchungsaktionen durchgeführt. Die erste betraf die Untersuchung Belagswerke im Kanton Bern, die zweite erfolgte im Rahmen der Untersuchung Scopolaminbutylbromid. Es handelte sich dabei um die erste Aktion, welche simultan in allen drei Sprachregionen der Schweiz stattgefunden hat. Die dritte Hausdurchsuchungsaktion erfolgte Ende Jahr im Kanton Tessin anlässlich der Ausweitung des Verfahrens «Concessionari VW» auf weitere Unternehmen.

In Bezug auf die offene Frage, welche ehemaligen und aktuellen Mitarbeitenden und Organe eines Unternehmens sich auf den Grundsatz von *Nemo Tenetur* berufen können, erfolgte Anfang Dezember ein Entscheid des BVGer, mit welchem dieses einen früheren Entscheid bestätigte, wonach ehemalige Organe zwar als Zeugen einzuvernehmen seien, aber bezüglich Fragen, welche zu einer Belastung des Unternehmens führen könnten, die Aussage verweigern dürften. Dieser Ent-

scheid wurde beim BGer angefochten, damit eine höchstrichterliche Klärung dieser Problematik erfolgen kann (vgl. Abschnitt 3.2.1).

Schliesslich ist eine bedauerliche Entwicklung im internationalen Kontext zu vermelden. Im Berichtsjahr wurde die bisherige ECN Forensic IT Working Group in die ECN Digital Investigations and Artificial Intelligence Working Group umgewandelt. In der neuen Gruppe dürfen nur noch Vertreter aus den Mitgliedstaaten und des Europäischen Wirtschaftsraumes teilnehmen. Das Sekretariat wird versuchen, diesen Ausschluss durch vermehrte bilaterale Kontakte mit den Behörden der Mitgliedstaaten sowie der EU-Kommission zumindest teilweise zu kompensieren.

3.7 Internationales

EU: Das wettbewerbsrechtliche **Kooperationsabkommen zwischen der Schweiz und der EU**, welches seit dem 1. Dezember 2014 in Kraft ist, bewährt sich nach wie vor. Besonders hervorzuheben ist dabei, dass im Berichtsjahr koordinierte Hausdurchsuchungen stattfanden: In der Schweiz, in diversen EU-Mitgliedstaaten und in weiteren Ländern, für die das EU-Kooperationsabkommen allerdings nicht gilt, wurden zeitgleich bei verschiedenen, mutmasslich an internationalen Preis- und Gebietsabreden beteiligten Unternehmen Hausdurchsuchungen durchgeführt. Im EU-Kooperationsabkommen ist vorgesehen, dass die Wettbewerbsbehörden der Schweiz und der EU Informationen, die sie im Untersuchungsverfahren erlangt haben, austauschen können, wenn das Unternehmen, das die Informationen zur Verfügung stellt, der Übermittlung ausdrücklich schriftlich zustimmt. Ohne diese Zustimmung können diese Informationen namentlich nur dann zur Verwendung als Beweismittel übermittelt werden, wenn beide Wettbewerbsbehörden dieselben oder miteinander verbundene Verhaltensweisen untersuchen – was beim eingangs erwähnten Verfahren der Fall wäre – und die ersuchende Wettbewerbsbehörde ein spezifiziertes, schriftliches Gesuch stellt. Informationen aus Selbstanzeigen und Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung werden in jedem Fall nur bei ausdrücklicher schriftlicher Zustimmung des Unternehmens übermittelt.

Im Juni 2019 führte die WEKO die 10. EUROCOMP durch. Dabei handelt es sich um eine **Konferenz europäischer Wettbewerbsbehörden**, welche dem fachlichen Austausch dient. Sie wurde 2010 von den Niederlanden ins Leben gerufen. An der jährlich stattfindenden Konferenz nehmen jeweils rund zehn Landesbehörden, Vertreter des EuGHs und der EFTA-Überwachungsbehörde teil. In Workshops stellen die teilnehmenden Behörden aktuelle Fälle und Fragen vor, welche anschliessend diskutiert werden. Im 2019 waren neben der WEKO als Gastgeberin die Wettbewerbsbehörden von Portugal, Belgien, Serbien, Slowenien, Kroatien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Norwegen, Ungarn, Italien, Niederlande sowie die EFTA Aufsichtsbehörde und der Gerichtshof der Europäischen Union vertreten. Abgerundet wurde das Programm durch zwei Referate: Dennis Oswald vom Internationalen Olympischen Komitee (IOC) und Philippe Dubey vom Sportgericht (CAS) äusserten sich zur Schnittstelle zwischen Sportrecht und Kartellrecht.

ECN: Ein Vertreter des Sekretariats nahm an den Sitzungen der Untergruppe «Banking and Payment» des «European Competition Network» (ECN) teil. Er informierte regelmässig über den Stand der Umsetzung der einvernehmlichen Regelung zur Senkung der Interchange Fee in der Schweiz.

Deutschland: Im Berichtsjahr wurden die Gespräche im Hinblick auf Verhandlungen über ein bilaterales Abkommen mit Deutschland über eine Zusammenarbeit im Wettbewerbsbereich weitergeführt.

OECD: Die Wahl des Präsidenten der WEKO ins Büro des OECD-Wettbewerbskomitees wurde formell bestätigt. Das Büro des Wettbewerbskomitees bestimmt die Themen, die im Wettbewerbskomitee sowie in den beiden Arbeitsgruppen «Wettbewerb und Regulierung» und «Kooperation und Durchsetzung» diskutiert werden. Im Berichtsjahr hat das Sekretariat zu den Themen «gerichtliche Überprüfung von Kartellrechtsfällen» sowie «Akteneinsicht und Schutz vertraulicher Informationen» schriftliche Beiträge verfasst. Anlässlich der halbjährlichen Treffen in Paris wurden zudem insbesondere folgende Themen diskutiert: «FinTech» und «Disruptive Innovation» in den Finanzmärkten, Lizenzierung von Rechten geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht sowie vertikale Zusammenschlüsse im Technologie-, Medien-, und Telekommunikationssektor. Ein Schwerpunktthema bildet die Wettbewerbsneutralität bzw. der Umgang mit wettbewerbsbeschränkenden staatlichen Massnahmen.

ICN: Die Wettbewerbsbehörden beteiligten sich im Jahr 2019 aktiv an der Weiterentwicklung des «International Competition Network (ICN)». Im Vordergrund stand die Teilnahme der Schweiz am «ICN Framework for Competition Agency Procedures (CAP)», welches 2019 in Kraft trat. Das CAP ist eine rechtlich nicht bindende Absichtserklärung der Gründungsmitglieder und regelt fundamentale Grundsätze der Verfahrensgerechtigkeit. Mittlerweile haben sich nebst den USA, Australien, der EU und den meisten europäischen Staaten, verschiedene asiatische und afrikanische Staaten am CAP beteiligt. Die Mitgliederzahl beläuft sich zurzeit auf 72. Die Mitgliederbehörden bestätigen ihre bisherige Praxis, den Verfahrensparteien anerkannte Grundrechte einzuräumen. Das CAP zielt nebst der Einhaltung rechtstaatlicher Standards darauf, die Zusammenarbeit der beteiligten Wettbewerbsbehörden zu verbessern und die Transparenz der verschiedenen nationalen Verfahren zu erhöhen. Eine Delegation der Wettbewerbsbehörden nahm im Mai 2019 an der ICN Jahreskonferenz in Cartagena, Kolumbien, teil. Der Anlass stand im Zeichen der «Digital Economy». Der Direktor des Sekretariats präsentierte im Plenum, wie die schweizerischen Wettbewerbsbehörden Arbeitsprodukte des ICN in Untersuchungsverfahren einsetzten. Darüber hinaus beantwortete das Sekretariat einen umfangreichen OECD/ICN-Fragebogen zur Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden. Die Sekretariatsmitarbeiter der ICN-Gruppen «Advocacy», «Cartel», «Merger» und «Unilateral Conduct» beteiligten sich an diversen Telefonkonferenzen zu Themen, welche schliesslich ihren Niederschlag in verschiedenen Merkblättern der ICN fanden. Im Berichtsjahr stand die Publikation der Merkblätter zur Anreizsetzung von Selbstanzeigen, zur zivilrechtlichen

Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, zu empfohlenen Vorgehensweisen in Untersuchungsverfahren und zur Zusammenarbeit von Wettbewerbsbehörden bei der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen im Zentrum.

UNCTAD: Im Rahmen der UNCTAD Jahreskonferenz wurde der Entwurf «Guiding Policies and Procedures under Section F of the UN Set on Competition» (GPP-Entwurf) vorgestellt und unter Anwesenheit des Direktors des Sekretariats von den Mitgliedern gutgeheissen. Das Sekretariat hatte in der Arbeitsgruppe «International Cooperation» an der Ausarbeitung des GPP-Entwurfs mitgearbeitet und abwechselnd mit dem SECO an den Videokonferenzen teilgenommen. Der GPP-Entwurf wird nächstes Jahr im Rahmen der UNO Review Konferenz in New York zur Prüfung und Genehmigung vorgelegt und soll mithelfen internationale Kooperationen und die Koordination zwischen Wettbewerbsbehörden zu vereinfachen.

3.8 Gesetzgebung

Der aktuelle Stand der nach dem Scheitern der geplanten KG-Revision im September 2014 eingereichten, noch hängigen **parlamentarischen Vorstösse** mit Bezug zum Kartellgesetz präsentiert sich wie folgt:

- Die **parlamentarische Initiative Altherr** vom 25. September 2014 «Überhöhte Importpreise. Aufhebung des Beschaffungszwangs im Inland» (14.449), welcher die Kommissionen der beiden Räte Folge gegeben haben, wurde Mitte September 2019 aufgrund der hängigen Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» sowie des indirekten Gegenvorschlags des Bundesrats abgeschrieben.
- Die **Motion Bischof** vom 30. September 2016 «Verbot von Knebelverträgen der Online-Buchungsplattformen gegen die Hotellerie» (16.3902), ist von beiden Räten angenommen worden. Das Anliegen der Motion soll durch eine Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) erfüllt werden. Das WBF ist an der Ausarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage.
- Von der **Motion Fournier** vom 15. Dezember 2016 «Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren» (16.4094), welche Fristen für kartellrechtliche Verwaltungsverfahren, Parteienentschädigungen auch für erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, mildere Sanktionen für KMU und die Publikation von Entscheiden erst bei Rechtskraft fordert, hat der Nationalrat nach der Annahme im Ständerat die beiden erstgenannten Punkte angenommen und die beiden anderen abgelehnt. Das WBF ist an der Ausarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage.
- Die **Motion WAK-N** vom 14. August 2017 «Schaffung eines wirkungsvollen Instruments gegen unangemessene Zeitschriftenpreise» (17.3629) wurde mit der Ablehnung durch den Ständerat am 11. März 2019 erledigt.
- Die **Motion Pfister** vom 27. September 2018 «Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel» (18.3898) verlangt vom Bundesrat eine Verordnung zum Schutz von Konsumenten und KMU vor wettbewerbsverzerrenden Praktiken im KFZ-Handel. Der Bundesrat beantragt die Ablehnung der Motion, die Räte haben sie noch nicht behandelt.
- Die **Motion Nantermod** vom 12. Dezember 2018 «Effiziente und faire wettbewerbsrechtliche Verfahren» (18.4183), welche eine Anpassung der Verfahrensregeln über die Akteneinsicht und die Gebührenpflicht in der Vorabklärung fordert, ist in den Räten noch nicht behandelt worden.
- Die **Motion Français** vom 13. Dezember 2018 «Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen» (18.4282), welche eine Anpassung von Art. 5 KG verlangt, wurde am 20. März 2019 vom Ständerat zur Vorberatung an die WAK-S zugewiesen.
- Die **Motion Bauer** vom 14. Dezember 2018 «Untersuchungen der WEKO: die Unschuldsvermutung muss Vorrang haben» (18.4304) verlangt eine Streichung von Art. 28 KG, welcher die Publikation der Untersuchungseröffnung mit Namensnennung vorsieht. Sie wurde in den Räten noch nicht behandelt.
- Der **Standesinitiative Basel-Stadt** vom 14. März 2018 «Hochkosten- und Hochpreisinsel Schweiz. Für faire Beschaffungspreise» (18.304) hat der Ständerat am 18. Juni 2019 keine Folge gegeben.
- Das **Postulat Molina** vom 9. Mai 2019 «Stärkung der Fusionskontrollen bei ausländischen Direktinvestitionen» (19.3491) ist in den Räten noch nicht behandelt worden.

Am 29. Mai 2019 hat der Bundesrat die Botschaft zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (**Fair-Preis-Initiative**)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes) verabschiedet (19.037; BBl 2019 4877). Die Volksinitiative befindet sich derzeit im Erstrat (Nationalrat). Der indirekte Gegenvorschlag, welcher die ausdrückliche Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht vorsieht, sich aber auf die Behinderung von Unternehmen im grenzüberschreitenden Wettbewerb beschränkt, wurde von der WAK-N anfangs November 2019 mit einigen Anpassungen angenommen. Die WAK-N beantragt deshalb, die Volksinitiative abzulehnen. Die Volksinitiative und der indirekte Gegenvorschlag werden voraussichtlich in der Frühjahrsession 2020 im Nationalrat beraten.

Die Federführung für die Erarbeitung der Revisionsvorlagen seitens der Verwaltung liegt beim SECO. Das Sekretariat ist an den Arbeiten beteiligt.

4 Organisation und Statistik

4.1 WEKO, Sekretariat und Statistik

Die **WEKO** führte 2019 14 ganz- oder halbtägige Plenarsitzungen durch. Anlässlich dieser Sitzungen trifft sie die Entscheidungen nach Kartellgesetz sowie in Anwendung des Binnenmarktgesetzes. Diese sind der nachstehenden Statistik zu entnehmen (vgl. Abschnitt 4.2).

Folgende personelle Veränderung ergab sich für die WEKO: **Andreas Kellerhals** beendet infolge Amtszeit-

beschränkung von zwölf Jahren per Ende 2019 seine Zeit als Mitglied der WEKO.

4.2 Statistik

Ende 2019 beschäftigte das **Sekretariat** 74 (Vorjahr 68) Mitarbeitende, wobei der Anteil Frauen 41.9 (Vorjahr 39,7) Prozent beträgt. Die 74 Mitarbeitenden arbeiten teil- oder vollzeitig und besetzen insgesamt 64,2 (Vorjahr 58,1) Vollzeitstellen. Die Anzahl Mitarbeitende, welche für die Anwendung des Kartell- und Binnenmarktgesetzes besorgt sind (inkl. Geschäftsleitung) beträgt 57 (Vorjahr 51), was 51,6 Vollzeitstellen (Vorjahr 44,3) entspricht. 17 (Vorjahr 12) Mitarbeitende sind im Dienst Ressourcen (bis 30. September Dienst Ressourcen und Logistik) tätig und unterstützen sämtliche Arbeiten des Hauses; dies entspricht 12,6 (Vorjahr 8,8) Vollzeitstellen. Das Sekretariat bietet zudem fünf (Vorjahr fünf) Praktikantenplätze an. Diese fünf Praktikantinnen und Praktikanten arbeiten vollzeitig.

Vier zusätzliche Stellen sprach der Bundesrat dem Sekretariat im Rahmen seiner Ressourcengesamtschau im Juni 2018 zu, die sich im 2019 auswirkten. Begründet wurde die Erhöhung zum einen durch die Aufgabenintensivierung, konkret um Verfahren abschliessen und neue zusätzliche Untersuchungen durchführen zu können. Zum anderen erbringt die WEKO gemäss Beschluss des Departementsvorstehers des WBF seit 1. Oktober 2019 neu zusätzlich Querschnittdienstleistungen in den Bereichen Personal, Finanzen, Informatik, Geschäftsverwaltung und Logistik für das Bundesamt für Wohnungswesen (BWO) und das Bundesamt für wirtschaftliche Landesversorgung (BWL).

Die Statistik über die Arbeiten der WEKO und ihres Sekretariates bildet sich für das Jahr 2019 wie folgt ab:

	2019	2018
Untersuchungen		
Während des Jahres geführt	19	24
davon Übernahmen vom Vorjahr	16	18
davon Eröffnungen	3	6
davon neue Untersuchungen aus einer aufgeteilten Untersuchung	2	0
Endentscheide	11	4
davon einvernehmliche Regelungen	9	2
davon behördliche Anordnungen	2	2
davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	10	4
davon Teilverfügungen	5	0
Verfahrensleitende Verfügungen	2	0
Andere Verfügungen (Publikation, Kosten, Einsicht, etc.)	6	2
Vorsorgliche Massnahmen	1	0
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG	0	0
Vorabklärungen		
Während des Jahres geführt	14	15
davon Übernahmen vom Vorjahr	8	10
davon Eröffnungen	6	5
Abschlüsse	2	7
davon mit Untersuchungseröffnung	1	2
davon mit Anpassung des Verhaltens	3	3
davon ohne Folgen	0	2
Andere Tätigkeiten		
Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	2	2
Erfolgte Beratungen	28	21
Abgeschlossene Marktbeobachtungen	63	72
BGÖ-Gesuche	7	20
Sonstige erledigte Anfragen	488	581

Zusammenschlüsse		
Meldungen	40	34
Kein Einwand nach Vorprüfung	37	27
Prüfungen	3	3
Entscheide der WEKO nach Prüfung	2	3
Untersagung	0	0
Zulassung mit Bedingungen/Auflagen	0	0
Zulassung ohne Vorbehalte	2	3
Vorzeitiger Vollzug	0	0
Beschwerdeverfahren		
Beschwerdeverfahren total vor BVGer und BGer	46	37
Urteile BVGer	4	7
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	1	5
davon teilweiser Erfolg	2	1
davon kein Erfolg	1	1
Urteile BGer	6	1
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	5	0
davon teilweiser Erfolg	0	1
davon kein Erfolg	1	0
Hängig Ende Jahr (vor BVGer und BGer)	26	33
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.		
Gutachten (Art. 15 KG)	0	0
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	0
Gutachten (Art. 47 KG, 5 Abs. 4 PüG oder 11a FMG)	2	0
Nachkontrollen	1	0
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	1	0
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	120	152
Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	17	8
BGBM		
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	3	0
Gutachten (Art. 10 BGBM)	2	3
Beratungen (Sekretariat)	93	94
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM)	0	0

Aus der Statistik für das Jahr 2019 und dem Vergleich mit den Zahlen aus dem Jahr 2018 ergeben sich folgende wesentliche Erkenntnisse:

- Die WEKO **schloss 2019 deutlich mehr Untersuchungen mit Entscheid ab** als im Vorjahr. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sich diverse Untersuchungen in einer Endphase befanden.
- Die Anzahl der geführten **Vorabklärungen** blieb sich in etwa gleich.
- Im Vergleich zum Vorjahr 2019 erhielt die WEKO **mehr Zusammenschlussvorhaben** gemeldet. Ähnlich viele unterzog sie einer vertieften Prüfung. Kein Zusammenschluss wurde untersagt.
- Zwar erhöhte sich 2019 – wie bereits im Vergleich von 2017 zu 2018 – die Anzahl der **Beschwerdeverfahren vor BVGer und BGer**. Hingegen reduzierte sich die Gesamtzahl hängiger Beschwerden unter das Niveau von 2018. Das BGer fällte 2019 mehr Entscheide als 2018, das BVGer weniger.
- Während sich die Anzahl **Beratungen** erhöhte, reduzierten sich die **Marktbeobachtungen**. Die WEKO erhielt deutlich weniger **BGÖ-Gesuche**. Auch die **Anfragen** von Bürgerinnen und Bürgern, Amtsstellen von Unternehmen sowie die Ämterkonsultationen sanken im Vergleich zum Vorjahr.
- Im Bereich des **BGBM** führte die WEKO ähnlich viele Beratungen durch wie 2018.

5 Spezialthema: Kartellrechtsverstösse und Schadenersatz

5.1 Ausgangslage

In den letzten beiden Jahren häuften sich bei der WEKO und ihrem Sekretariat Anfragen von Unternehmen, Privatpersonen und öffentlichen Stellen (z. B. Kantonen, Gemeinden) zu Schadenersatzforderungen nach WEKO-Entscheiden über unzulässige Abreden. Besonders diskutiert haben die potenziell Geschädigten die Möglichkeit, Schadenersatz zu erlangen, nach dem WEKO-Entscheid betreffend Abreden im Bereich Auto-

mobil-Leasing (vgl. Abschnitte 1.1 und 2.2.1) und nach den verschiedenen WEKO-Entscheiden über Abreden im Bausektor des Kantons Graubünden (vgl. Abschnitte 1.1. und 2.1.1). Die Wettbewerbsbehörden erhielten zu Letzteren zahlreiche Anfragen von Bauherren, die wissen wollten, inwiefern sie Schadensersatzleistungen von den am Kartell beteiligten Unternehmen erhalten könnten. Bei solchen Klagen auf Schadenersatz vor einem Zivilgericht, die auf den Erkenntnissen des verwaltungsrechtlichen Verfahrens der WEKO aufbauen, handelt es sich um sog. Folgeklagen («follow on-Klagen»).

Das geltende Kartellrecht sieht vor, dass Opfer von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Zivilrechtsweg Schadensersatz und Genugtuung sowie die Herausgabe des unrechtmässig erzielten Gewinns erlangen können (sog. «private enforcement» über Art. 12 KG). Faktisch werden derartige Klagen vor den kantonalen Zivilgerichten aber kaum eingereicht, geschweige denn sind sie erfolgreich. Denn für die Durchsetzung der kartellzivilrechtlichen Ansprüche bestehen in der Schweiz – gerade auch im internationalen Vergleich (z.B. Niederlande, Deutschland, Vereinigtes Königreich) – übermässig hohe Hürden.

- Die Feststellung eines Kartellrechtsverstosses ist häufig sehr aufwendig und damit kostenintensiv. Ein klagendes Opfer einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung muss die entsprechenden Aufwendungen vorschiessen und trägt das Risiko, auf diesen Kosten sitzen zu bleiben, wenn es am Ende mit seiner Klage nicht obsiegt.
- Für kartellzivilrechtliche Ansprüche gelten die kurzen Verjährungsfristen des Obligationenrechts. Für Kartellopfer ist es damit schwierig, rechtzeitig ein substantiiertes Klagefundament beim Zivilgericht einzureichen.
- Weiter ist es Opfern von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, welche vor Gericht als Kläger den Sachverhalt darlegen und beweisen müssen, oft kaum möglich, an die notwendigen Beweismittel heranzukommen. Diese befinden sich zumeist ausschliesslich in der Sphäre der Kartellanten oder aber bei den Wettbewerbsbehörden. Die Einsicht in behördliche Dokumente ist jedoch aufgrund der Geltung des Amtsgeheimnisses und des Interesses der Wettbewerbsbehörden am Schutz des Instituts der Selbstanzeige beschränkt. Auch WEKO-Verfügungen werden deshalb und zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen nur mit teilweise geschwärzten Stellen publiziert.
- Selbst wenn es dem Kläger bzw. der Klägerin gelingt, einen Kartellrechtsverstoss zur Überzeugung des Gerichts nachzuweisen, muss er bzw. sie zudem noch den ihm entstandenen Schaden beziffern. Der Schaden bestimmt sich nach der Differenzhypothese, wobei ein Kartellopfer grundsätzlich die Differenz zwischen der aktuellen Vermögenslage und der Vermögenslage, die bestünde, wenn kein Kartellrechtsverstoss begangen worden wäre, genau beziffern muss. Aufgrund der komplexen ökonomischen Zusammenhänge bereitet die Bestimmung des hypothetischen Zustands (und damit des Schadens) grosse Schwierigkeiten.
- Das geltende Kartellgesetz verweigert nach vorherrschender Auslegung des Gesetzes den Nachfragerinnen und Nachfragern – also insb. den Konsumentinnen und Konsumenten – die Klagelegitimation.
- Zudem geht vom Verwaltungsverfahren starke Konkurrenz zum Zivilrechtsweg aus: Der Weg über die WEKO ist attraktiver, weil er für die Anzeigerinnen und Anzeiger die Kosten und Risiken eines Zivilprozesses vermeidet und weil die Wettbewerbsbehörden zudem über stärkere Untersuchungsinstrumente verfügen als die Zivilgerichte (z.B. Hausdurchsuchungen).

Aus den genannten Gründen steckt die Einforderung von Schadenersatz für kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweisen in der Schweiz in den Kinderschuhen. Spielt der Zivilrechtsweg eine eher untergeordnete Rolle und wird die Durchsetzung des Kartellgesetztes faktisch den Wettbewerbsbehörden überlassen, so hat das einen wesentlichen Nachteil: Die Geschädigten erhalten von den Kartelltäterinnen und -tätern keinen Ersatz für erlittene Schäden. Es stellt sich damit die Frage, inwiefern das «private enforcement» zu verbessern ist.

5.2 Stärkung des Kartellzivilrechts im geltenden Recht

5.2.1 Zielkonflikt

Der doppelte Ansatz des Kartellgesetzes zur Bekämpfung von Kartellrechtsverstössen ist sinnvoll: Bei schweren Verstössen sind sie durch die WEKO auf dem Verwaltungsweg mittels Geldbussen zu sanktionieren. Zudem sollen die Kartelltäterinnen und -täter den Geschädigten den Schaden auf dem Zivilrechtsweg ersetzen. Ziel dieser Massnahmen ist, dass sich Verstösse gegen das Kartellgesetz nicht lohnen: Also einerseits die Kompensation, d. h. der Ausgleich von verursachten Schäden zwischen Privaten, und andererseits die Prävention, d. h. die Abschreckung zukünftiger Täterinnen und Täter.

Allerdings besteht ein gewisser Zielkonflikt. Die WEKO und ihr Sekretariat sind aufgrund des Kartellgesetzes für die Durchsetzung des Kartellverwaltungsrechts verantwortlich. Sie können hoheitlich Massnahmen zur Verhinderung von Verstössen anordnen und hohe Bussen verhängen. Zur Entdeckung und Aufklärung von Verstössen stehen ihnen wirkungsvolle Instrumente zur Verfügung wie etwa Einvernahmen, Hausdurchsuchungen und die sog. Bonusregel (Selbstanzeige, Kronzeugenregel). Letztere besagt, dass ein Unternehmen, welches sich selber anzeigt und ein Kartell aufdeckt, milder oder gar nicht bestraft wird. Würde der Zivilrechtsweg nunmehr zu stark gefördert, so könnten die Opfer zwar Schadenersatz einklagen und damit letztlich KG-Verstösse unattraktiv machen. Umgekehrt würde die Erleichterung von Zivilklagen das Risiko, Schadenersatz zahlen zu müssen, erhöhen, weshalb Kartelltäterinnen und -täter nicht mehr bereit sein könnten, mit den Behörden zu kooperieren und im Rahmen der Bonusregelung Informationen zu liefern. Dies wiederum könnte dazu führen, dass KG-Verstösse überhaupt nicht mehr aufgedeckt werden, womit den möglichen Opfern ebenfalls nicht gedient wäre. Die Behörden müssen folglich einen Ausgleich schaffen und die finanziellen Interessen

der Kartellopfer einerseits und das Aufklärungsinteresse des Staates (und damit verbunden das Geheimhaltungsinteresse der Täterinnen und Täter) ins Gleichgewicht bringen.

Bei der Stärkung des Kartellzivilrechts dürfen die Wettbewerbsbehörden den vorgenannten Zielkonflikt nicht aus den Augen verlieren: Die Erleichterung von Zivilverfahren darf mit anderen Worten nicht dazu führen, dass die Aufdeckung und der Nachweis von Kartellen übermässig erschwert und damit das gesamte Wettbewerbsrecht (Kartellverwaltungs- wie -zivilrecht) geschwächt wird.

5.2.2 Zugang zu Informationen

Berücksichtigung findet dieser Zielkonflikt etwa im Bereich der wettbewerbsbehördlichen Informationstätigkeit. So stellen die WEKO und ihr Sekretariat möglichen Opfern von KG-Verstössen verschiedene Informationen zur Verfügung: Sie publizieren insbesondere ihre zumeist detailliert begründeten Verfügungen und gewähren unter bestimmten Voraussetzungen auch Einsicht in gewisse behördeninterne Dokumente und Akten.

Um die kooperierenden Unternehmen nicht schlechter zu stellen als die nicht kooperierenden, müssen die Behörden jedoch davon absehen, Informationen, welche Kartelltäterinnen und -täter bei der Behörde im Rahmen einer Selbstanzeige eingereicht haben, an mögliche Zivilklägerinnen und -kläger herauszugeben. Andernfalls würden sie ihr starkes Instrument der Bonusregelung entwerten. Aufgrund dieses Dilemmas gibt es hier folglich kein grosses Potenzial zur Förderung von Zivilklagen.

5.2.3 Sanktionsreduktion infolge Schadenersatzzahlungen

Schon in der KG-Revision von 2014 war vorgesehen, bei der Bemessung der Sanktionen angemessen zu berücksichtigen, wenn ein Unternehmen gestützt auf einen Entscheid eines Zivilgerichts Leistungen an Geschädigte ausrichtet (vgl. Abschnitt 5.3). Infolge Scheiterns der Revision wurden die geplante Gesetzesbestimmung und die sich daraus ergebenen neuen Möglichkeiten zwar nicht eingeführt. Doch auch bereits gestützt auf das geltende Recht können die Behörden den Kartelltäterinnen und -tätern im WEKO-Verfahren einen Anreiz setzen, ihre Opfer zu entschädigen.

Mit ihrer Entscheidung vom 19. August 2019 betreffend die Untersuchung «Bauleistungen Graubünden/Strassenbau u.a.» hat die WEKO erstmals entschieden, dass Schadenersatzleistungen, welche zeitlich vor einem WEKO-Entscheid an Opfer einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung gezahlt werden, als sanktionsmildernde Umstände berücksichtigt werden. Diese Möglichkeit der Sanktionsreduktion infolge Schadenersatzleistungen stellt einen wichtigen Anreiz dar, Kartellopfer möglichst rasch und umfassend zu entschädigen. Sie trägt dazu bei, dass die Kartelltäterinnen und –täter «freiwillig» den durch den Wettbewerbsverstoss erzielten Gewinn oder Teile davon an die Opfer zurückgeben. Voraussetzung für eine Sanktionsreduktion infolge Schadenersatzleistungen ist nach geltendem Recht in jedem Fall, dass die Schadensersatzleistungen bereits vor einer WEKO-Entscheidung hinreichend konkret und bestimmt sowie gesichert vorliegen.

Im geltenden Schweizer Kartellrecht ist die Sanktionsreduktion aufgrund von Schadenersatzzahlungen zwar nicht explizit vorgesehen, sie lässt sich aber auf bestehende Normen stützen (insb. Art. 49a Abs. 1 Satz 3 und 4 KG sowie Art. 3 und 6 SVKG). Die Möglichkeit der Sanktionsreduktion aufgrund von Schadenersatzzahlungen an Kartellopfer entspricht im Grundsatz auch dem Bussen- bzw. Sanktionsregime anderer Schweizer Rechtsgebiete sowie ausländischer Rechtsordnungen. So ist etwa im Strafrecht anerkannt, dass die Wiedergutmachung durch die Täterin oder den Täter zu einer Strafmilderung führen kann. Auch im Wettbewerbsrecht der EU und in anderen ausländischen Wettbewerbsordnungen ist die Möglichkeit der Sanktionsreduktion infolge Schadenersatzleistungen neuerdings grundsätzlich anerkannt. Zu verweisen ist insbesondere auf die EU-Schadensersatzrichtlinie sowie die ECN+-Richtlinie, wonach Wettbewerbsbehörden Schadenersatzzahlungen, die infolge eines Vergleichs vor der Verhängung einer Geldbusse geleistet werden, bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden können. Erfahrungen mit diesen Normen gibt es bislang jedoch noch kaum.

Für den Fall, dass Kompensationszahlungen an Kartellopfer bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden, stellt sich die Frage, wie genau diese Zahlungen in die Sanktionsbemessung einfliessen sollen. Die WEKO hat im erwähnten Fall aus dem Kanton Graubünden den Umfang der Sanktionsreduktion abhängig vom Ausmass der Höhe der effektiv geleisteten Schadenersatzzahlungen gemacht und folgende Überlegungen angestellt:

- Ausgangspunkt bei der Berechnung ist im Einzelfall stets der konkrete Betrag, den die Täterin bzw. der Täter den Opfern effektiv bezahlt hat.
- In jedem Fall muss jedoch eine gewisse kartellrechtliche Sanktion verbleiben, damit das pönale, abschreckende, präventive Element gewährleistet ist. Selbst wenn die Schadenersatzzahlung die kartellrechtliche Sanktion übersteigen würde, hätten die Unternehmen einen Sanktionsteil zu leisten. Die tatsächliche Schadenersatzleistung wird folglich nicht vollständig, sondern nur anteilsmässig berücksichtigt.
- Zudem müssen sowohl die Busse insgesamt als auch die Höhe der Reduktion verhältnismässig sein: Dies setzt voraus, dass die Reduktion in einem vernünftigen Verhältnis zu den weiteren Sanktionsbemessungskriterien und zur Gesamtsanktion steht.
- Mit Blick auf den Schutz des Instituts der Selbstanzeige muss insbesondere der Anreiz, Selbstanzeige einzureichen, hinreichend gross bleiben.

Damit war die konkrete Sanktionsreduktion infolge Schadenersatzleistungen im konkreten Entscheid von mehreren Umständen abhängig. Auch zukünftig wird sie im Einzelfall je nach Wettbewerbsverstoss und erfolgter Schadenersatzleistung unterschiedlich zu beurteilen sein.

Die Täterinnen und Täter zahlen zwar mehr, als wenn sie nur zur kartellrechtlichen Busse, nicht aber zu Schadenersatz verurteilt worden wären. Hingegen zahlen sie

weniger, als wenn sie die vollständige Busse plus Schadenersatz zahlen müssten. Vereinfacht gesagt, erhöht der Bund den Anreiz für Schadenersatzleistungen an die effektiv Geschädigten, indem er als Gegenleistung zu Lasten der Bundeskasse teilweise auf Sanktionseinnahmen verzichtet.

Im erwähnten Fall aus dem Kanton Graubünden war die Vorgehensweise erfolgreich: Anstelle der ursprünglich berechneten Sanktionen in der Gesamthöhe von rund CHF 14 Mio. mussten die Kartellunternehmen am Schluss «nur» rund CHF 11 Mio. Sanktion an den Bund bezahlen. Zusätzlich haben sie aber rund CHF 6 Mio. Kompensationen an die Kartellopfer bezahlt. Vor allem für letztere war die gewählte Vorgehensweise sehr vorteilhaft: Sie erhielten relativ schnell und unkompliziert Schadenersatz, ohne sich auf den langwierigen, teuren und vom Ausgang her unsicheren Zivilrechtsweg begeben zu müssen.

5.3 Stärkung des Kartellzivilrechts durch Gesetzesrevision

Die Anreize zur zivilrechtlichen Klageerhebung könnten durch systemkonforme Änderungen des Kartellgesetzes deutlich vergrössert werden. Es geht hierbei nicht darum, das Zivilkartellrecht zulasten des Kartellverwaltungsrechts zu stärken. Es geht vielmehr um eine bessere Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt. Die Erfahrungen im europäischen Ausland zeigen, dass es möglich ist, die Attraktivität des zivilrechtlichen Wegs zu erhöhen, ohne dass es zu einer exzessiven Klagekultur kommt. Ziel einer Reform sollte sein, dass diejenigen, die von Wettbewerbsbeschränkungen betroffen werden, sich in Zukunft vermehrt selbst entschädigen lassen (z.B. via Folgeklagen) bzw. selber die Initiative ergreifen können (z.B. zur Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs) und damit nicht mehr vom Aufgreifermessen der Wettbewerbsbehörde abhängig sind.

Bereits anlässlich der (letztlich gescheiterten) KG-Revision von 2014 hatte der Bundesrat unter anderem vorgeschlagen, dass die Möglichkeit der zivilrechtlichen Klage, die heute auf Wettbewerber beschränkt ist, auf alle von Kartellen Betroffenen ausgedehnt wird. Dadurch sollten die Endkundinnen und -kunden sowie die öffentlichen Auftraggeberinnen (insb. Kantone und Gemeinden) ihre Rechte zivilrechtlich geltend machen können. Weiter sollte die Verjährungsfrist im Kartellzivilrecht ab der Eröffnung einer Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörde bis zum rechtskräftigen Entscheid stillstehen. Damit sollte verhindert werden, dass aufgrund langer verwaltungsrechtlicher Verfahren die Möglichkeit zur zivilrechtlichen Klage nicht wirksam wahrgenommen werden kann. Infolge Scheiterns der KG-Revision von 2014 sind viele Probleme noch ungelöst.

5.4 Fazit

Das vom Gesetzgeber ursprünglich geplante Nebeneinander von Kartellverwaltungs- und -zivilrecht ist nicht im Gleichgewicht: Während das Verwaltungsverfahren gerade auch mit der Einführung von Sanktionen, Bonusregelung und Hausdurchsuchungen gestärkt wurde, hat die zivilrechtliche Durchsetzung keine echte praktische Bedeutung erlangt.

Um Letztere zu fördern, können die Wettbewerbsbehörden in gewissen Fällen dazu beitragen, dass die Opfer von Kartellverstössen von den Täterinnen und Tätern schadlos gehalten werden. Vor diesem Hintergrund hat die WEKO in einem Pilotfall den von den Mitgliedern eines Baukartells vor dem WEKO-Entscheid an die Geschädigten bezahlten Schadenersatz rund zur Hälfte an die Sanktion angerechnet. Dabei handelt es sich, auch international betrachtet, durchaus um einen Meilenstein in der Durchsetzung des Kartellzivilrechts.

Dieses Instrument allein ist indessen nur ein Element zur Stärkung des Kartellzivilrechts. Darüber hinaus setzen sich die Wettbewerbsbehörden dafür ein, dass der Bundesgesetzgeber die fälligen Verbesserungen im Gesetz in Angriff nimmt und das Kartellzivilrecht modernisiert. Die Erleichterung von kartellrechtlichen Zivilklagen darf allerdings nicht dazu führen, dass die Aufdeckung und der Nachweis von Kartellen infolge Selbstanzeigen übermässig erschwert und damit das gesamte Wettbewerbsrecht (Kartellverwaltungs- wie -zivilrecht) geschwächt wird.

A 1.	**2. Rapport annuel 2019 de la Commission de la concurrence (COMCO)**

Table des matières

1 Préface du président 21

2 Décisions les plus importantes en 2019 22

2.1 Décisions de la COMCO 22

2.2 Jugements des tribunaux 24

3 Activités dans les différents secteurs 25

3.1 Construction 25

3.1.1 Accords de soumission 25

3.1.2 Matériaux de construction et décharges 25

3.1.3 Gestion des déchets 26

3.1.4 Sensibilisation aux accords de soumission 26

3.2 Services 26

3.2.1 Services financiers 26

3.2.2 Santé 27

3.2.3 Services des professions libérales et autres domaines professionnels 27

3.3 Infrastructures 27

3.3.1 Télécommunications 27

3.3.2 Médias 28

3.3.3 Énergie 28

3.3.4 Transports 28

3.4 Produits 29

3.4.1 Accent sur les accords verticaux 29

3.4.2 Industrie des biens de consommation et commerce de détail 29

3.4.3 Industrie horlogère 29

3.4.4 Secteur automobile 29

3.4.5 Agriculture 30

3.4.6 Autres domaines 30

3.5 Marché intérieur 31

3.6 Investigations 32

3.7 Relations internationales 32

3.8 Législation 33

4 Organisation et statistique 34

4.1 COMCO, Secrétariat et statistique 34

4.2 Statistique 34

5 Thème spécial: infractions au droit des cartels et dommages-intérêts 36

5.1 Contexte 36

5.2 Renforcement du droit civil en matière de cartels dans la législation en vigueur 37

5.2.1 Conflit d'objectifs 37

5.2.2 Accès aux informations 37

5.2.3 Réduction de la sanction en raison du versement de dommages-intérêts 37

5.3 Renforcement du droit civil en matière de cartels par la révision de la loi 38

5.4 Conclusion 38

1 Préface du président

Que vaudrait un 4 x 100 mètres si l'on convenait au préalable de l'équipe victorieuse ? Que serait la Course de l'Escalade si les coureurs s'entendaient avant la course pour déterminer qui doit occuper les trois premières places et dans quel chrono ? Que donnerait la Fête fédérale de lutte et de jeux alpestres si l'on y désignait, dans le cadre d'un arrangement, celui des participants dont le dos ne touchera pas la sciure lors de la passe finale ? On y chercherait en vain des performances de pointe et il faudrait renoncer à un concours équitable. La situation n'est pas différente dans le monde de l'économie. Les entreprises qui restreignent, voire qui éliminent la concurrence entre elles par des accords illicites, par exemple en s'entendant sur les prix, ne produisent pas une performance maximale. Leurs ententes se répercutent négativement sur leur rapport prix-prestation et leur taux d'innovation. C'est pourquoi plusieurs lois suisses, comme la loi sur les cartels et la loi sur le marché intérieur, prévoient l'encouragement de la concurrence sur les marchés et l'interdiction des restrictions de la concurrence. La Commission de la concurrence (COMCO) s'est consacrée à cette tâche en 2019 également.

Durant la période sous rapport, la COMCO a rendu d'importantes décisions visant des marchés très divers. Ses décisions ont concerné les moniteurs de conduite et les banques, les tracteurs et les skis, les taux de leasing et les solutions d'urée, les accords et l'émolument de protection dans le cadre des marchés publics et les fusions entre prestataires de télécommunication, les centres de transbordement et la loi sur les professions de la santé. Certains cas sont d'importance, d'autres sont d'une moindre portée. Maintes décisions sont plutôt utiles à des entités publiques et aux contribuables, d'autres servent les intérêts des consommateurs. Toutes les activités servent à promouvoir la concurrence en Suisse, car elle est le moteur du succès de la place économique suisse. Relevons aussi les nombreuses activités de moindre intérêt parmi le public: la COMCO et son Secrétariat ont traité en 2019 quelque 500 questions soumises par des entreprises et des citoyens, ils ont sensibilisé près de 500 acheteurs aux accords de soumission et ont examiné en consultation plus de 200 travaux législatifs, par exemple la loi sur l'approvisionnement en gaz.

En outre, on a observé au cours des deux dernières années une multiplication des demandes en dommages-intérêts formées par des entreprises, des personnes privées et des entités publiques auprès de la COMCO à la suite de ses décisions visant des accords illicites. Les débats se sont notamment enflammés à la suite des décisions prises ces dernières années quant aux accords relatifs au leasing de voitures et aux accords de soumission passés dans le canton des Grisons. Pour la première fois, tenant compte des indemnités convenues à titre de dommages-intérêts durant une procédure en cours, la COMCO a réduit la sanction prévue pour accroître les incitations à verser de telles indemnités aux personnes lésées.

Le rapport annuel 2019 vise à présenter les travaux menés par la COMCO et son Secrétariat de manière concise. Nous souhaitons fournir ainsi un aperçu de notre activité et de notre engagement pour une économie suisse performante.

Prof. Andreas Heinemann
Président de la COMCO

2 Décisions les plus importantes en 2019

2.1 Décisions de la COMCO

Durant l'exercice, la COMCO a rendu deux décisions relatives à des accords verticaux:

Bucher Landtechnik obligeait contractuellement ses revendeurs à acheter auprès d'elle toutes les pièces détachées des tracteurs de la marque New Holland. Outre cette obligation d'achat, un mécanisme incitatif liait la quantité des pièces détachées achetées aux conditions de remise pour les tracteurs New Holland. L'obligation d'achat et le mécanisme incitatif, qui excluaient contractuellement les ventes aux revendeurs de Bucher Landtechnik par des fournisseurs étrangers, entravaient la concurrence. La COMCO a décidé le 1er juillet 2019 que ces comportements, adoptés de juillet 2016 à avril 2017, constituent des accords illicites de protection territoriale et elle a infligé une sanction de quelque 150'000 CHF à Bucher Landtechnik, qui a conclu avec l'Autorité de la concurrence un règlement amiable atténuant la sanction. L'entreprise s'est engagée pour l'avenir à ne pas empêcher les revendeurs de tracteurs de la marque New Holland d'acheter les pièces de rechange New Holland auprès du fournisseur de leur choix. Désormais, l'importation de pièces de rechange et de tracteurs de la marque New Holland devrait être possible sans restriction.

La COMCO a passé un accord amiable avec Stöckli Swiss Sports en date du 19 août 2019. Entre fin 2003 et fin 2018, Stöckli et ses distributeurs de skis avaient conclu des accords verticaux illicites sur les prix des **skis Stöckli**. Les distributeurs s'étaient engagés à ne pas fixer des prix inférieurs aux prix de revente suisses de Stöckli. De tels accords portent préjudice à la concurrence et constituent une infraction à la loi sur les cartels. La COMCO infligea à Stöckli une sanction d'environ 140'000 CHF. L'entreprise a coopéré avec les autorités de la concurrence et elle s'est engagée à ne pas prescrire des prix de vente minimaux ou fixes à ses revendeurs. Les modalités du commerce en ligne, les livraisons croisées entre distributeurs Stöckli et l'importation directe et parallèle de produits Stöckli ont également été réglées à l'amiable. L'entière coopération de Stöckli a eu pour effet de réduire significativement la sanction imposée.

Les décisions suivantes ont été rendues en 2019 au sujet d'**accords horizontaux**:

En mars 2018, sur la base d'une annonce de la Surveillance des prix, la COMCO a ouvert une enquête contre les **moniteurs de conduite du Haut-Valais**. Ceux-ci avaient convenu des recommandations tarifaires pour les cours de conduite théoriques et pratiques. Les informations réunies lors de la perquisition ont prouvé l'existence d'accords entre les moniteurs de conduite. Dans sa décision du 25 février 2019, la COMCO a noté que ces recommandations constituaient des accords illicites sur les prix. Simultanément, elle approuvait le règlement amiable passé avec l'Association des moniteurs de conduite du Haut-Valais (FVO), par lequel cette association et ses membres actifs s'engageaient à ne plus publier de recommandations de prix à l'avenir et à renoncer à tout échange d'informations sur les prix et les tarifs. La COMCO a prononcé une sanction totale de 50'000 CHF.

En mai 2019, la COMCO a décidé de classer l'enquête concernant les **accords présumés dans le négoce de métaux précieux**. Les soupçons qui avaient mené à l'ouverture de l'enquête n'ayant pas été confirmés. L'enquête avait pour objet de possibles accords entre les banques Julius Bär, Barclays, Deutsche Bank, HSBC, Mitsui, Morgan Stanley et UBS sur les marchés du négoce de l'or, de l'argent, du platine et du palladium.

Au début de juin 2019, la COMCO a clôturé deux enquêtes concernant des **accords entre banques sur le marché des opérations de change (FOREX)**. Des traders de plusieurs banques actives au niveau international ont coordonné sporadiquement leur comportement sur le marché des opérations de change au comptant dans le cadre de deux cartels distincts concernant certaines devises du G10. Des traders des banques (par ordre alphabétique) Barclays, Citigroup, JPMorgan, Royal Bank of Scotland (RBS) et UBS ont participé entre 2007 et 2013 au cartel dénommé « Three way banana split ». Des traders des banques Barclays, MUFG Bank, RBS et UBS ont participé entre 2009 et 2012 au cartel dénommé « Essex express ». La coordination de certaines devises du G10 avait lieu dans des salles de chat. Les banques citées se sont engagées dans le cadre d'accords amiables à ne plus conclure de tels accords. La COMCO a sanctionné les cartels par une sanction totale d'environ 90 millions CHF. Une enquête contre Credit Suisse continuera selon la procédure ordinaire. L'enquête contre la Banque Julius Bär et la Banque cantonale de Zurich a été clôturée sans suite.

En février 2012, la COMCO avait ouvert une enquête à l'encontre d'un grand nombre de banques et courtiers en raison de manipulations présumées des taux d'intérêt de référence dans le négoce des produits dérivés basés sur des taux d'intérêt. Cette enquête visait notamment les **dérivés sur taux d'intérêt en yen basés sur le Yen LIBOR et l'Euroyen TIBOR**. Dès la fin 2016, une partie de ces enquêtes avait été close par des accords à l'amiable et des amendes. Au début de juillet 2019, la Chambre pour les décisions partielles de la COMCO a approuvé un nouvel accord à l'amiable avec les banques Lloyds et Rabobank. Les amendes ont totalisé près de 700'000 CHF. L'enquête se poursuit envers les banques UBS et HSBC ainsi que les courtiers ICAP, RP Martin et Tullett Prebon concernant les produits dérivés sur taux d'intérêt en yen basés sur le Yen LIBOR et l'Euroyen TIBOR.

En juillet 2019, la Chambre pour les décisions partielles de la COMCO a sanctionné huit sociétés financières offrant des **leasings automobiles** en leur infligeant des amendes totalisant 30 millions CHF. Depuis plusieurs années, ces entreprises échangeaient des informations sur les actions promotionnelles et les éléments de calcul des taux de leasing. À l'exception de Ford Credit Switzerland, toutes les entreprises visées par l'enquête se sont engagées par accord amiable avec la COMCO à mettre fin à leurs pratiques illicites. La première entreprise à s'être autodénoncée a bénéficié d'une remise

totale de sanction, tandis que les autres qui se sont autodénoncées ont profité de remises partielles de sanction. L'enquête visant l'entreprise qui n'a pas conclu d'accord amiable se poursuit dans le cadre de la procédure ordinaire.

Durant l'été 2019, la COMCO a terminé les deux dernières enquêtes sur les dix qu'elle a menées dans le **canton des Grisons**: « **Engadin II** » et « **Strassenbau** » (Bauleistungen Graubünden). Dans sa décision « **Engadin II** », la COMCO a constaté que deux entreprises, respectivement dans un cas trois entreprises de construction et de génie civil se sont entendues sur divers projets en Haute Engadine. Les dix accords illicites concernaient des travaux de construction et de génie civil confiés par des maîtres d'ouvrage privés et communaux. Dans cette enquête, les amendes ont atteint près de 500'000 CHF. Dans le cadre de l'enquête « **Strassenbau** », plus importante, la COMCO a constaté que, de 2004 à 2010, douze entreprises de construction routière du nord et du sud des Grisons se sont partagé les projets cantonaux et communaux de construction routière tout en s'accordant sur les prix des offres. Elles se sont entendues sur plusieurs centaines de projets correspondant à un volume d'achat d'au moins 190 millions CHF. Les accords ont touché le canton et des communes. La COMCO a sanctionné ces accords de soumission illicites le 19 août 2019 en infligeant des amendes à hauteur d'environ 11 millions de CHF au total. Avant la décision de la COMCO, neuf des douze entreprises de construction routière avaient conclu avec les victimes du cartel des accords amiables par lesquels elles s'engageaient à dédommager le canton et les communes grisonnes concernées en leur versant quelque six millions CHF environ (cf. point 5.1). C'est pourquoi la COMCO a réduit les sanctions des neuf entreprises d'un montant global d'environ trois millions de CHF.

En décembre 2019, la COMCO a clos son enquête à l'encontre de Brenntag Schweizerhall et Bucher Langenthal par un règlement amiable. Ces deux entreprises se sont réparti leurs clients d'**AdBlue** entre 2014 et 2017. AdBlue est une solution aqueuse d'urée utilisée dans les véhicules à moteur diesel afin de réduire les émissions d'oxyde d'azote. Par l'accord amiable, les deux entreprises se sont engagées à ne plus répartir leur clientèle lors de la distribution d'AdBlue dans le futur. La COMCO a pris en compte dans sa décision le fait que Brenntag est à la fois fournisseur et concurrent de Bucher. Comme la relation verticale de fournisseur entre Brenntag et Bucher était prépondérante en l'occurrence, elle n'a pas prononcé de sanction.

Durant l'exercice sous rapport, la COMCO a approfondi l'examen de **deux cas de concentration**:

SBB, Hupac et Rethmann entendent créer avec le terminal **Gateway Basel Nord** (GBN) une plaque tournante pour le trafic d'import et d'export de même que pour le trafic de transit transalpin des marchandises. Lorsqu'il sera terminé, GBN proposera également des prestations de transbordement pour des transports par bateau, en plus de celles sur terre ferme (route et rail). La COMCO, qui a examiné ce projet en détail, n'a pas formé d'objection à son encontre. Si le projet porte atteinte à l'efficacité de la concurrence en matière de transbordement de conteneurs, de caisses mobiles et de semi-remorques pour le trafic d'import et d'export (cet inconvénient concerne notamment le transbordement sur le rail et du bateau au rail), GBN amène toutefois de substantielles économies en termes de coûts et de temps dans le transport combiné. Eu égard aux exigences légales stipulant l'accès non discriminatoire à GBN et compte tenu des autres charges imposées à l'Office fédéral des transports (OFT), la COMCO part du principe que GBN améliorera en partie la concurrence dans le trafic d'import et d'export par rail. Cet avantage prévaut sur les désavantages inhérents à la position dominante de GBN quant aux prestations de transbordement. De ce fait, la concentration a été approuvée. En octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a accepté un recours formé contre la décision de financement de la Confédération en faveur de GBN. En conséquence, la contribution fédérale, de 83 millions de CHF, n'a pas été versée à ce stade et la mise en œuvre du projet est bloquée.

En outre, la COMCO a examiné en détail l'opération de concentration de **Sunrise/Liberty Global**. En reprenant UPC et son infrastructure de réseau câblé, Sunrise deviendrait le deuxième opérateur de télécommunications du pays. Comme Swisscom, Sunrise serait ainsi en mesure d'offrir en Suisse, sur sa propre infrastructure, des services dans les domaines de la téléphonie fixe et mobile, de l'Internet haut débit ainsi que de la télévision numérique. La COMCO a examiné le projet de concentration en détail sous l'angle d'une éventuelle position dominante collective avec Swisscom. Elle est parvenue à la conclusion qu'une position dominante collective ne serait pas donnée et qu'une coordination entre les deux entreprises serait peu probable, parce que les parties à la concentration et Swisscom sont positionnées différemment. La COMCO a été d'avis que la concentration n'entraînerait, dans aucun des marchés analysés, la création ou le renforcement d'une position dominante. Elle a donc autorisé ce projet de concentration.

Durant l'exercice sous rapport, la COMCO a émis **deux recommandations en vertu de la loi sur le marché intérieur** (LMI).

La nouvelle **loi sur les professions de la santé** réglemente depuis le début de 2020 l'accès des professionnels de la santé dans les cantons. Les cantons sont compétents pour délivrer les autorisations d'exercer différentes professions de la santé telles que celles de physiothérapeute ou du personnel infirmier. La COMCO recommande aux cantons de reconnaître en principe sans autre examen les autorisations d'exercer délivrées par les autres cantons. Ainsi, les professionnels de la santé doivent recevoir une autorisation d'exercer sur la seule base de l'autorisation qu'ils ont obtenue dans leur canton d'origine. Un examen supplémentaire ne peut être effectué que s'il existe des indications concrètes que les conditions d'octroi d'une autorisation ne sont plus remplies dans le canton d'origine. Pour les professionnels de la santé provenant d'un autre canton, les décisions d'autorisation d'exercer doivent être prises selon une procédure simple, rapide et gratuite. À la suite de ces recommandations, le Secrétariat a reçu des dénonciations par une association et des particuliers con-

cernés. Les interventions auprès des cantons ont permis un accès conforme à la législation sur le marché intérieur pour les personnes concernées, notamment pour les sages-femmes.

Au printemps, la COMCO a adressé aux cantons la recommandation de renoncer à **percevoir des émoluments dans le cadre d'appels d'offres publics**. Il s'agit d'émoluments perçus dans certains cas par les entités adjudicatrices des cantons auprès des offreurs intéressés, avant que ceux-ci ne reçoivent la documentation d'appel d'offres, notamment au motif de protéger les secrets d'affaires. Le montant de cet émolument s'élève souvent à plusieurs milliers de francs. La COMCO a examiné l'admissibilité de cet émolument sous l'angle de la LMI. Elle a conclu que la perception de tels émoluments constitue une restriction à l'accès au marché et qu'elle influence négativement la concurrence. Des soumissionnaires potentiels pourraient être ainsi dissuadés de présenter une offre. Une justification fondée sur la LMI, telle que la protection des secrets d'affaires, ne légitime en règle générale pas cette restriction. Normalement, des moyens moins incisifs sont à disposition, par exemple des accords de confidentialité ou une transmission graduelle de la documentation d'appel d'offres. La solution proposée par la COMCO a été reprise dans la révision du droit des marchés publics.

2.2 Jugements des tribunaux

Par décision du 6 juin 2016, la COMCO avait conclu un règlement amiable avec AMAG dans la procédure « **VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013** ». Deux garages avaient attaqué cette décision devant le TAF. Celui-ci a décidé le 3 mai 2018 de ne pas entrer en matière sur le recours formé par les entreprises non parties au règlement amiable au motif qu'elles n'avaient pas qualité pour recourir. Dans son arrêt du 8 mai 2019, le Tribunal fédéral (TF) a confirmé la décision du TAF. Dès sa décision du 19 octobre 2015, la COMCO avait déjà infligé des sanctions aux quatre entreprises qui n'avaient pas conclu de règlement amiable au motif de leur participation à un accord illicite en matière de concurrence. Trois de ces quatre entreprises, parmi lesquelles les deux recourantes auprès du TF, ont attaqué la décision de sanction. Cette procédure est pendante devant le TAF.

En date du 24 juin 2019, le TF s'est prononcé quant à la qualité de Ticketcorner à recourir contre l'**interdiction de la concentration Ticketcorner/Starticket** décidée par la COMCO. Le TF a cassé le jugement du TAF et lui a intimé d'entrer en matière sur le recours et de rendre une décision sur le fond.

Par arrêt du 26 juin 2019, le TF a rejeté le recours formé par l'une des parties contre le jugement du TAF rendu le 24 octobre 2017 (décision de publication). La COMCO a été ainsi habilitée à publier complètement sa décision de sanction du 29 juin 2015 relative au cas « **salles de bain** » (**grossistes sanitaires**). Par ce jugement, le TF a confirmé sa pratique depuis l'arrêt Nikon et il a suivi les arguments de la COMCO.

Le TAF a rendu, le 30 janvier 2019, une décision quant à la **publication du rapport final d'une enquête préalable**. Fondamentalement, le TAF a confirmé la décision attaquée: le rapport final d'une enquête préalable constitue une « décision » au sens de l'art. 48, al. 1, LCart, qui peut être publiée (si, comme en l'occurrence, la publication revêt un intérêt public). Le TAF, qui a suivi la recourante en deux points, a renvoyé l'affaire à la COMCO pour nouvelle décision dans l'esprit des considérants: d'une part, le rapport final devait être anonymisé (la recourante devant toutefois accepter que les circonstances trahissent son identité), d'autre part le TAF a qualifié certains passages du rapport final de secrets d'affaires, qu'il a donc fallu caviarder. La recourante a formé recours devant le TF.

Le 29 novembre 2010, la COMCO avait infligé à l'entreprise **SIX** une amende de quelque sept millions de CHF, parce qu'elle avait refusé l'accès à la fonction **DCC** (« Dynamic Currency Conversion ») à d'autres fabricants de terminaux. SIX Multipay avait abusé de sa position dominante sur le marché pour privilégier les terminaux de paiement de sa société sœur SIX Card Solutions: la fonction DCC lancée par SIX Multipay en 2005 n'était disponible que sur les terminaux de la société sœur appartenant au Groupe et non pas sur ceux des autres producteurs de terminaux. Cette DCC correspondait à une fonction de conversion des devises étrangères au terminal de paiement du commerçant. La DCC permettait aux détenteurs d'une carte de crédit ou de débit étrangère de choisir directement au terminal s'ils voulaient régler le montant de leur achat en francs ou dans la monnaie de leur pays. SIX avait formé recours auprès du TAF contre la décision rendue. En mai 2019, le TAF a publié sa décision, qui confirmait en majeure partie la décision de la COMCO. SIX a attaqué cette décision auprès du TF.

Le 24 octobre 2019, le TAF a décidé que les personnes non parties à une procédure **ne doivent pas être autorisées à consulter les données d'une autodénonciation**. Alors que les procédures de recours visant l'octroi d'une autorisation de consulter avaient toujours été engagées à ce stade par les membres des cartels afin d'éviter une publication, un service adjudicateur, le canton des Grisons, a en l'occurrence pour la première fois demandé une publication de données supplémentaires. La démarche du recourant intervient dans le contexte de sa demande de consulter l'intégralité des documents de la procédure Münstertal, close et entrée en force. La COMCO, qui avait accordé au recourant un droit de regard limité, en avait en particulier exclu les autodénonciations. Simultanément, elle limita l'utilisation des documents publiés. Le TAF a suivi la conception de la COMCO et il a donné plus de poids à l'intérêt public lié à la protection de l'institution de l'autodénonciation qu'à l'intérêt du service adjudicateur à la consultation. Le canton des Grisons a recouru auprès du TAF.

Le 27 mai 2013, la COMCO avait infligé des amendes totalisant quelque 16,5 millions de CHF à dix **diffuseurs-distributeurs de livres rédigés en français** en raison d'entraves aux importations parallèles. Ceux-ci avaient mis en œuvre des systèmes de distribution qui ont eu pour effet de restreindre la concurrence sur le marché de l'approvisionnement des livres écrits en français. Les détaillants suisses n'ont pas pu s'approvisionner à l'étranger durant la période visée par

l'enquête en raison de l'exclusivité convenue par chaque diffuseur-distributeur avec les éditeurs. Ainsi, entre 2005 et 2011, pratiquement aucune importation parallèle n'a eu lieu, car les tentatives des libraires de s'approvisionner à l'étranger à des prix inférieurs ont échoué. En date du 30 octobre 2019, le TAF a confirmé que les accords sont illicites et peuvent être sanctionnés. Le TAF a cependant réduit les sanctions prononcées à l'encontre de quatre diffuseurs-distributeurs. Le montant de la sanction s'élève au total à environ 14,5 millions de CHF. La plupart des parties ont recouru contre cette décision devant le TF.

Par son arrêt du 9 décembre 2019, le TF a rejeté le recours de Swisscom contre la décision du TAF dans l'affaire **ADSL** et confirmé ainsi la décision du TAF, y compris la sanction d'environ 186 millions de CHF. Les prononcés de ces deux tribunaux remontent à une décision de la COMCO du 19 octobre 2009. À l'époque, la COMCO était parvenue à la conclusion suivante: Swisscom avait fixé les prix de ses offres de prestation préalable dans le domaine de l'Internet à large bande à un niveau si élevé par rapport aux offres qu'elle proposait aux clients finaux sur le marché que les autres fournisseurs de services de télécommunication ne disposaient pas d'une marge suffisante pour se maintenir sur le marché (« effet de ciseau »). La sanction infligée par la COMCO se montait à environ 220 millions de CHF. Le 14 septembre 2015, le TAF a confirmé sur le fond la décision rendue à l'époque par la COMCO tout en réduisant cependant le montant aux quelque 186 millions de CHF confirmés par le TF.

3 Activités dans les différents secteurs

3.1 Construction

3.1.1 Accords de soumission

Concernant l'affaire des **accords de soumissions passés dans le canton des Grisons**, sept des douze parties impliquées ont formé recours auprès du TAF contre les décisions de la COMCO (cf. point 2.1). Sept recours concernent la décision « Strassenbau », tandis que l'un d'entre eux vise la décision « Engadin II ». L'enquête « Strassenbau » a éveillé le soupçon que des entreprises de construction routière coopéraient dans le cadre de communautés de travail durables (« Dauer-Arbeitsgemeinschaften ») en vue de se répartir entre elles les projets de travaux routiers sur le long terme et pour fixer ensemble le montant des offres qu'elles soumettraient. Par le passé, la COMCO a souligné à plusieurs reprises que, sous l'angle du droit des cartels, de telles communautés de travail stimulent en principe la concurrence et qu'elles sont donc conformes à la législation cartellaire. Toutefois, une **communauté de travail durable** – soit la répartition de travaux de construction couvrant plusieurs projets, établie en commun et et de manière durable ainsi que la partition du marché – peuvent limiter la concurrence de manière illicite et violer de ce fait le droit des cartels. Mais elles peuvent aussi encourager la concurrence. C'est pourquoi le Secrétariat a ouvert une enquête préalable, afin de clarifier les faits. Cette enquête préalable doit permettre d'examiner s'il existe ou non des indices concrets de restriction illicite de la concurrence.

Les recours à l'encontre de la décision de la COMCO de juillet 2016, visant huit entreprises de construction routière et de génie civil qui, dans les districts de **See-Gaster (SG), de March et Höfe (SZ)**, se sont illicitement entendues sur les prix et ont déterminé qui recevrait l'adjudication dans le cadre de plusieurs centaines d'appels d'offres entre 2002 et 2009, sont encore pendants devant le TAF. Une part des entreprises ont en outre considéré que la décision de la COMCO ne devrait pas être publiée. L'une des parties a formé recours contre les deux décisions de publication correspondantes rendues par la COMCO en octobre 2017. Par son jugement du 25 juin 2019, le TAF a rejeté l'essentiel de ce recours. Il ne l'a admis qu'en relation à certains passages du texte de la décision de sanction qu'il faudrait davantage caviarder, contrairement à la décision de publication de la COMCO. Le TAF a notamment jugé que la décision a été correctement notifiée, que le droit d'être entendu n'a pas été violé, qu'aucun droit à l'anonymisation n'existe et que les fourchettes pour les secrets d'affaires ont été adéquatement définies. La décision sur recours que doit rendre le TAF en l'affaire principale est encore pendante.

Le 25 mai 2018, le TAF avait confirmé en majeure partie la décision de la COMCO du 16 décembre 2011 concernant des **travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie**. Selon cette décision, dix-sept entreprises de construction actives en Argovie avaient été sanctionnées par la COMCO pour avoir passé des accords de soumission. L'une de ces entreprises a recouru devant le TF: ce recours est pendant. Dans le même contexte, deux **services d'achat** du canton d'Argovie ont déposé des **demandes de consultation** de la décision non caviardée de la COMCO et des documents y afférents. La COMCO a partiellement accédé à ces demandes de consultation. Les recours formés à l'encontre de cette décision par deux entreprises de construction ont été admis par le TAF, qui a rejeté une consultation même partielle (arrêt du 23 octobre 2018). Le DEFR, en coopération avec la COMCO, a recouru devant le TF contre les décisions relatives à l'un des services d'achat. La clarification de la question posée revêt une importance fondamentale: dans quelle mesure les tiers, en particulier les victimes de cartel, peuvent-ils obtenir le droit de consulter les documents, avant l'entrée en force d'une décision de sanction, en vue de faire valoir leurs demandes de dommages-intérêts. La COMCO a suspendu une série de demandes de consultation jusqu'à ce que le TF se soit prononcé.

3.1.2 Matériaux de construction et décharges

En janvier 2015, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de plusieurs entreprises de gravier et de décharges pour matériaux inertes dans la région de Berne. Après que l'enquête eut été divisée en deux procédures pour des raisons d'économie de procédure (« KTB-Werke » et « KAGA »), la plus petite procédure, **KTB-Werke**, a été clôturée en date du 10 décembre 2018 par une décision de sanction rendue par la COMCO. Les groupes Kästli et Alluvia s'étaient entendus pendant plusieurs années, dans le domaine du gravier et du béton, sur les prix et les éléments de prix et ils s'étaient réparti les territoires dans l'espace de la ville de Berne et de ses environs. Les deux parties à cette procédure ont

formé recours contre cette décision auprès du TAF. La procédure est pendante. Quant à la plus importante des deux enquêtes, « **KAGA** », il est apparu qu'elle était plus complexe que prévu dans l'établissement des faits et du droit et devrait être terminée en 2020.

Le 5 mars 2019, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de **deux centrales d'enrobage** et des actionnaires de l'une d'entre elles dans le canton de Berne. Des indices portaient à penser que ces deux centrales d'enrobage coordonnaient leur comportement sur le marché. L'enquête porte en outre sur une entente présumée entre les actionnaires de l'une des deux centrales, qui se seraient entendus pour ne pas concurrencer la centrale d'enrobage exploitée en commun. On a de plus relevé des indices selon lesquels l'une des centrales d'enrobage disposerait d'une position dominante sur le marché et qu'elle en aurait abusé. Plus concrètement, elle aurait favorisé ses actionnaires et mis en place un mécanisme durable de fidélisation de sa clientèle qui désavantagerait d'autres centrales d'enrobage.

3.1.3 Gestion des déchets

La Surveillance des prix a constaté un abus de prix s'agissant des tarifs d'incinération des déchets urbains à éliminer que pratiquait l'**usine d'incinération des ordures ménagères (UIOM) de Dietikon, « Limeco »**, mais elle n'a pas obtenu de règlement amiable avec cette entreprise. Pour rendre une décision, la Surveillance des prix est tenue de consulter la COMCO quant à la position dominante sur le marché et à l'efficacité de la concurrence. Dans sa prise de position du 15 juillet 2019 destinée à la Surveillance des prix, la COMCO a noté que Limeco dispose d'une position dominante sur le marché concerné et que les prix sur ce marché ne résultent pas d'une concurrence efficace (sur les prix).

Les usines d'incinération des ordures ménagères (UIOM) suisses ont l'intention de construire et d'exploiter une **installation commune de traitement des boues d'hydroxyde**, un résidu issu de l'incinération des déchets et riche en métaux. SwissZinc SA a été créée pour planifier cette installation dite « installation SwissZinc ». SwissZinc SA a demandé à la COMCO de donner son appréciation juridique du le projet et elle lui a notifié le projet selon la procédure d'annonce préalable. Le 29 octobre 2019, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable, dont le résultat est prévu pour le deuxième trimestre de 2020.

3.1.4 Sensibilisation aux accords de soumission

Afin de ne pas se borner à lutter contre les accords de soumission et pour les étouffer dans l'œuf, il est nécessaire de mieux former et de mieux informer les services d'achat à tous les niveaux. Il est plus efficace de détecter précocement les indices d'accords que de se limiter à mener des procédures relevant du droit des cartels. Après avoir organisé des **campagnes de sensibilisation aux accords de soumission dès 2009 et 2014 dans les cantons suisses alémaniques**, le Secrétariat de la COMCO s'est à nouveau tourné vers les cantons cette année. 22 manifestations ont eu lieu dans 17 cantons entre mai et décembre 2019 sous le titre « Séance d'information sur les cartels de soumission et le droit du marché intérieur » (certains demi-cantons se sont associés pour accueillir l'événement). Quelque 500 personnes y ont pris part.

À l'instar des campagnes antérieures, ces manifestations visaient à sensibiliser les services d'achat aux accords de soumission et à donner un aperçu de la pratique récente de la COMCO. L'objectif consistait à donner aux participants des instruments leur permettant d'identifier et d'empêcher les accords de soumission. Les manifestations couvraient également les aspects importants de la LMI concernant les **acquisitions**. Il s'agissait en particulier de définitions, de procédures, de normes minimales et des infractions possibles.

Outre cette campagne, la COMCO et son Secrétariat ont, dans le cadre de manifestations spécialisées, présenté des exposés à des associations, à des entreprises de la Confédération, etc.

3.2 Services

3.2.1 Services financiers

Dans le domaine des services financiers, deux enquêtes concernant les cours de change (« **FOREX** ») ont été définitivement clôturées par des règlements amiables. Il s'agissait d'une part du cartel « Three way banana split », dont faisaient partie Barclays, Citigroup, JPMorgan, Royal Bank of Scotland (RBS) et UBS, et d'autre part du cartel « Essex express », dont Barclays, MUFG Bank, RBS et UBS étaient membres. La COMCO a infligé des sanctions pour un total d'environ 90 millions de CHF. Une procédure ordinaire d'enquête se poursuit à l'encontre de Credit Suisse. L'enquête menée contre la Banque Julius Bär et la Banque cantonale de Zurich a été classée (cf. point 2.1).

L'enquête visant d'éventuels accords entre banques dans le négoce de **métaux précieux** a été clôturée. Les soupçons qui avaient conduit à l'ouverture de l'enquête n'ont pas été confirmés au cours de celle-ci.

Une nouvelle étape a été franchie dans les enquêtes relatives au IBOR. Les enquêtes relatives aux banques Lloyds et Rabobank quant aux dérivés sur taux d'intérêt en yen basés sur le **Yen LIBOR** ont été conclues avec un accord amiable et des amendes. Les enquêtes Yen LIBOR / Euroyen TIBOR et EURIBOR se poursuivent à l'encontre d'autres parties (cf. point 2.1).

Dans le cadre de l'enquête sur les **leasings automobiles**, la Chambre pour les décisions partielles de la COMCO a approuvé un règlement amiable avec huit des neuf parties visées, qui ont été sanctionnées d'amendes totalisant quelque 30 millions CHF parce qu'elles avaient échangé des informations sur le niveau des taux de leasing. Aucun accord n'a été conclu avec Ford Credit Switzerland, de sorte que l'enquête menée à l'encontre de cette entreprise se poursuit dans le cadre de la procédure ordinaire et qu'elle se terminera par une décision finale de la Commission plénière. L'une des destinataires de la décision partielle a fait recours, raison pour laquelle la clôture de la procédure n'est exécutoire à ce stade qu'envers sept des parties (cf. point 2.1).

L'enquête ouverte l'année dernière en l'affaire **Boykott Apple Pay** a été poursuivie durant l'exercice sous rapport. Plusieurs auditions menées dans le cadre de cette procédure ont été attaquées. Le principal point de dé-

saccord entre les parties et les autorités est de savoir quels collaborateurs actuels et anciens d'une entreprise doivent être auditionnés comme témoins et lesquels doivent se présenter en qualité de parties. Dans un arrêt de début décembre, le TAF a noté que les anciens organes doivent intervenir en qualité de témoins, mais qu'ils peuvent refuser de déposer en invoquant le droit de se taire de l'entreprise (principe « *nemo tenetur* »). La décision a fait l'objet d'un recours auprès du TF en vue de clarifier si un tel refus de témoigner constitue bien un droit jurisprudentiel.

Le Secrétariat a obtenu un succès dans la procédure de recours concernant l'affaire **DCC**. Par son jugement du 18 décembre 2018, le TAF a entièrement confirmé la décision de sanction rendue par la COMCO le 29 novembre 2010 à l'encontre du groupe SIX et de SIX Payment Services. Cet arrêt fait toutefois l'objet d'un recours devant le TF.

En outre, le Secrétariat a reçu plusieurs demandes de conseil concernant les services financiers. Mentionnons en particulier l'activité de conseil du Secrétariat au sujet de la substitution du taux d'intérêt de référence LIBOR par le **SARON** (Swiss Average Rate Overnight). Le groupe de travail national sur les taux d'intérêt de référence de la Banque nationale suisse a demandé au Secrétariat d'examiner la licéité au regard du droit cartellaire de certaines recommandations visant des produits de crédit basés sur le SARON (p. ex. les hypothèques).

Enfin, diverses **concentrations d'entreprises** ont été examinées et autorisées dans le domaine des services financiers (p. ex. la vente d'Investlab du CS à Allfunds).

3.2.2 Santé

En septembre 2019, les autorités de la concurrence ont ouvert une enquête à l'encontre de diverses entreprises suisses et internationales actives dans le domaine de la fabrication, de la distribution et de la vente du **scopolaminbutylbromide**, un principe actif pharmaceutique. Des éléments indiquent que ces entreprises ont maintenu le prix de ce principe actif à un niveau élevé et qu'elles se sont attribué des territoires. L'enquête, menée en coopération avec les autorités européennes de la concurrence, doit permettre d'examiner si des restrictions illicites de la concurrence ont effectivement eu lieu.

Au cours de l'année, le Secrétariat a répondu à cinq **demandes de conseil** dans le domaine de la santé. Trois d'entre elles concernaient la possibilité de fixer les tarifs des services stationnaires et ambulatoires dans le domaine de l'assurance complémentaire. Se fondant sur la pratique des autorités de la concurrence en matière de prix et de tarifs, le Secrétariat s'est montré plutôt sceptique.

De plus, la COMCO a dû évaluer les **concentrations d'entreprises** suivantes dans le domaine de la santé: Migros/Topwell; Bristol Meyer Squibb/Celgene; Medbase AG/LUKS; Medbase AG/Spital STS AG; Medbase AG/Zur Rose. Elle a autorisé toutes ces concentrations au terme de ses examens préalables.

De nombreuses demandes de citoyens dans le domaine de la santé et plus de 150 procédures de consultation, la plupart relatives à des interventions parlementaires concernant les assurances sociales et les marchés de la santé, ont en outre mobilisé des ressources supplémentaires au sein du Secrétariat.

3.2.3 Services des professions libérales et autres domaines professionnels

L'enquête ouverte au début 2018 contre l'association des **moniteurs de conduite du Haut-Valais (FVO)** et ses membres actifs a pu être clôturée au printemps 2019 par un accord amiable. Une sanction de 50 000 CHF et le paiement des coûts de procédure, de 30 000 CHF, ont été infligés aux membres actifs en raison de leur participation à un accord illicite sur les prix. L'enquête de droit cartellaire, déclenchée par une annonce de la Surveillance des prix alertée par un citoyen, montre que la coopération entre la Surveillance des prix et la COMCO fonctionne bien (cf. point 2.1).

L'enquête ouverte en 2018 à l'encontre de dix **entreprises électriques genevoises** suit son cours.

Les taux de commission facturés par la **plateforme de réservation en ligne Booking.com** aux hôtels établis en Suisse font actuellement l'objet d'une procédure de la Surveillance des prix. Conformément aux dispositions de la loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPr), le surveillant des prix a consulté la COMCO au début de 2019 pour qu'elle estime la position de Booking.com sur le marché. Dans sa prise de position d'avril 2019, la COMCO conclut que Booking.com est une entreprise puissante sur le marché, au sens de la LSPr, et que les taux de commission qu'elle pratique ne résultent pas d'une concurrence efficace. Sur la base de cette analyse, le montant des taux de commission de Booking.com ressortit au domaine de compétence du surveillant des prix, qui examine à ce stade si les taux de commission actuels de Booking.com sont abusifs au sens de la LSPr.

Enfin, le Secrétariat a mené plusieurs **procédures dans le domaine sportif**. Elles visent notamment la Fédération internationale des associations de guides de montagne, les activités de parachutisme en tandem et les vols tandem en parapente et aile-delta. Comme des associations privées réglementent ces activités, leur organisation pourrait rendre plus difficile l'accès au marché des entreprises qui n'en font pas partie.

3.3 Infrastructures

3.3.1 Télécommunications

En décembre 2019, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable à l'encontre de Swisscom et de Swisscom Directories en l'affaire **Swisscom Directories**. Cette enquête doit permettre de déterminer la présence d'éventuels indices montrant que Swisscom ou Swisscom Directories disposerait d'une position dominante sur le marché des annuaires et du marketing numérique et qu'elle en abuserait illicitement. L'attention se porte surtout sur le soupçon de rétention de données envers les tiers et le couplage de diverses prestations.

L'enquête préalable concernant la **mise en réseau à large bande de sites d'entreprise (connexion WAN)** s'est poursuivie.

La COMCO a soumis le projet de concentration **Sunrise/Liberty Global** à un examen approfondi avant de l'autoriser (cf. point 2.1).

En outre, dans le domaine des télécommunications également, la COMCO a dû évaluer la concentration **Swisscom Directories/Websheep**, dans le cadre de laquelle Swisscom Directories entendait reprendre 100 % des parts sociales de Websheep détenues par Swissvit. La COMCO a donné son autorisation au terme de son examen préalable.

3.3.2 Médias

L'enquête ouverte par la COMCO en mai 2017 à l'encontre d'UPC Suisse en raison d'indices d'abus de position dominante sur le marché de la diffusion du **hockey sur glace via Pay-TV** a été poursuivie. Plusieurs décisions procédurales ont été nécessaires. En été 2016, UPC avait obtenu de la Swiss Ice Hockey Federation les droits de diffusion, pour une durée de cinq ans à partir de la saison 2017/18, des ligues suisses supérieures de hockey sur glace. L'enquête doit surtout déterminer si UPC a privé indûment les plateformes de télévision concurrentes de la diffusion du hockey sur glace, en particulier celles qui ne diffusent pas via le réseau câblé.

Dans le domaine des médias, la COMCO a dû évaluer les **concentrations d'entreprises** suivantes. Le projet de concentration Tamedia/Zattoo International devait permettre à Tamedia de prendre le contrôle exclusif de Zattoo International. La concentration Infront/Ringier II visait le contrôle exclusif par Ringier d'Infront Ringier Sports & Entertainment Switzerland. Quant à la concentration Tamedia/Planet 105, elle devait aboutir à la prise de contrôle exclusif par Tamedia de « Planet 105 », qui constituait une partie de l'entreprise. La COMCO a autorisé toutes ces concentrations sur la base des évaluations qu'elle a réalisées dans le cadre de ses examens préalables.

Le 30 octobre 2019, le TAF a confirmé pour l'essentiel la décision de la COMCO du 27 mai 2013 concernant le **marché du livre en français**. Le Tribunal a conclu que les accords de neuf entreprises avec leurs partenaires d'affaires avaient eu pour effet d'interdire les ventes passives par les autres revendeurs agréés, ce qui revenait à supprimer la concurrence sur le marché d'acquisition des livres en français (cf. point 2.2).

3.3.3 Énergie

La COMCO a ouvert le 30 janvier 2019 une enquête à l'encontre de Erdgas Zentralschweiz (EGZ) et ewl Energie Wasser Luzern Holding (ewl) concernant l'**accès au réseau**. Cette enquête vise à examiner si EGZ et ewl détiennent une position dominante sur le marché du transport ou de la distribution de gaz naturel par leurs réseaux gaziers et si ces entreprises abusent de cette position en interdisant aux tiers l'accès à leurs réseaux et, partant, en les empêchant de fournir du gaz naturel à certains clients finaux dans la zone de desserte d'ewl.

L'**enquête préalable** à l'encontre d'un **gestionnaire local de réseau de gaz naturel** a été clôturée par un rapport final en date du 23 juillet 2019. Certes, le Secrétariat est parvenu à la conclusion que, selon les indices, une entreprise dominant le marché a adopté un comportement illicite. Mais sous réserve de l'élimination au 1er octobre 2019 des comportements jugés critiques, le Secrétariat a provisoirement renoncé à ouvrir une enquête. Sur le fond, il s'agissait notamment de la différence de calcul et de facturation de la rémunération pour l'utilisation du réseau selon que le client final est livré par le gestionnaire local de réseau lui-même ou par un fournisseur tiers.

En septembre 2019, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable à l'encontre d'une société gestionnaire de réseau électrique. Cette enquête préalable doit permettre de déterminer si des indices corroborent que cette société a utilisé des **données issues du domaine monopolistique** pour des activités menées sur d'autres marchés, notamment dans le domaine de la construction et de l'entretien d'installations photovoltaïques. Il pourrait alors s'agir d'un comportement illicite d'une entreprise occupant une position dominante sur le marché.

La COMCO a dû évaluer deux **concentrations** dans le domaine de l'énergie: en ce qui concerne BKW Energie / swisspro group, BKW Energie entendait acquérir 100 % du capital-actions de swisspro group. Quant au projet de concentration Gasverbund Mittelland/Gaznat/SET Swiss Energy Trading, il s'agissait de réaliser des mesures de désinvestissement au sein de SET Swiss Energy Trading. Dans ce cadre, Swissgas et Erdgas Ostschweiz voulaient céder leurs participations dans SET aux autres actionnaires Gasverbund Mittelland, Gaznat et Erdgas Zentralschweiz. Pour ces deux concentrations, la COMCO a donné son aval après avoir procédé à une évaluation dans le cadre de son examen préalable.

Dans le domaine de l'électricité, le Secrétariat ou la COMCO ont été plusieurs fois appelés à prendre position, dans le cadre de consultations des offices pour le premier, à l'occasion de procédures de consultation et d'audition pour la deuxième. Ils se sont en particulier prononcés au sujet de l'ouverture complète du marché de l'approvisionnement des clients finaux visé par le Conseil fédéral. En outre, le délai de la consultation relative à la nouvelle **loi sur l'approvisionnement en gaz** court jusqu'au 14 février 2020.

3.3.4 Transports

Dans le domaine du transport des marchandises, la COMCO a soumis le projet de concentration **CFF/Hupac /Rethmann/GBN** à un examen approfondi. Sur cette base, elle a donné son autorisation à ce projet (cf. point 2.1).

En décembre 2019, la COMCO a également engagé un examen approfondi au sujet du projet de concentration **CFF Cargo**. Dans le cadre de ce projet, les CFF, Planzer-Holding et Camion-Transport Wil CT veulent acquérir le contrôle commun de CFF Cargo. L'enquête préalable sur cette acquisition a révélé des indices de constitution ou de renforcement d'une position dominante sur le marché. Cette observation concerne divers marchés dans les domaines du transport ferroviaire de marchandises, des services d'opérateur et des prestations de transbordement. Des éléments indiquent en outre la création d'une position dominante collective sur le marché des services de transbordement. La COMCO dis-

pose d'un délai légal de quatre mois pour procéder aux examens approfondis et juger de la création ou du renforcement d'une position dominante sur le marché permettant d'éliminer la concurrence efficace.

La procédure de recours auprès du TAF concernant le **fret aérien** est toujours en cours. Plusieurs parties avaient recouru devant le TAF contre la décision du 2 décembre 2013 qui, clôturant l'enquête en matière de fret aérien, sanctionnait onze compagnies aériennes à hauteur de onze millions de CHF au total en raison d'accords horizontaux sur les prix. En l'occurrence, savoir si et dans quelle mesure la décision du 2 décembre 2013 devait être publiée constituait également un point de litige. Le 30 octobre 2017, le TAF a partiellement admis les neuf recours déposés à ce sujet quant à l'ampleur de la publication. À la suite du renvoi du dossier à la COMCO, celle-ci a décidé le 12 novembre 2018 de publier une version remaniée de la décision attaquée. De nouveaux recours ont été formés auprès du TAF à l'encontre de cette décision.

3.4 Produits

3.4.1 Accent sur les accords verticaux

Les autorités de la concurrence concentrent leur activité depuis plusieurs années notamment sur les accords de concurrence qui entravent les importations parallèles et directes et/ou qui restreignent l'établissement des prix par les revendeurs. En 2019, la COMCO a clôturé les deux enquêtes **Bucher Landtechnik** et **Stöckli** par des accords à l'amiable (cf. point 2.1). S'agissant de l'« **îlot de cherté suisse** », le Secrétariat a procédé à plusieurs observations de marché en raison de soupçon d'accords sur les prix, de verrouillage du marché et d'entrave au commerce en ligne. Dans plusieurs cas, les contrats ont été adaptés et des circulaires ont été adressées aux partenaires de distribution afin de clarifier la situation et d'éviter des malentendus.

3.4.2 Industrie des biens de consommation et commerce de détail

Dans le cadre d'une observation de marché, le Secrétariat a conduit une enquête auprès des grands détaillants suisses pour clarifier en particulier s'ils sont confrontés, dans leur **approvisionnement en denrées alimentaires à l'étranger**, à des limitations significatives relevant du droit des cartels. Les questions posées aux commerçants de détail n'ont révélé aucun indice concret de restriction illicite de la concurrence au sens de la loi sur les cartels. En revanche, les détaillants interrogés ont signalé que les barrières étatiques au commerce, comme les droits de douane élevés sur les produits agricoles et les prescriptions relatives aux emballages, à la déclaration et à la preuve d'origine, entravent les importations parallèles.

À la fin de novembre 2019, le Conseil fédéral a proposé, dans le cadre d'un train de mesures contre l'îlot de cherté en Suisse, la **suppression des droits de douane sur les produits industriels**. Il a adopté le message correspondant à l'attention du Parlement. Grâce à l'abolition des droits de douane industriels, la plupart des produits industriels peuvent être importés en franchise de droits de douane. Ainsi, les importations de produits industriels en franchise de droits douaniers seront largement exemptées des preuves d'origine. Mais l'importation de denrées alimentaires restera soumise aux droits de douane frappant les produits agricoles. La COMCO a vivement soutenu la suppression des droits de douane industriels dans le cadre de la procédure de consultation. Elle estime que la réduction des barrières commerciales tarifaires et non tarifaires (notamment la suppression unilatérale des droits de douane sur les produits industriels, l'abaissement des droits de douane sur les produits agricoles, la réduction des exceptions au principe « Cassis de Dijon » et des réglementations et normes spécifiques à la Suisse) constitue l'instrument principal et le plus prometteur pour soutenir la concurrence en Suisse et pour exercer ainsi une pression sensible sur les prix.

3.4.3 Industrie horlogère

Le 16 décembre 2019, la COMCO a pris des mesures provisionnelles dans le cadre de la procédure de réexamen de l'arrêt des livraisons du Groupe Swatch, fondée sur l'enquête « **Swatch Group Lieferstopp** ». En octobre 2013, la COMCO avait approuvé un règlement amiable avec le Groupe Swatch. Ce règlement prévoyait que la filiale ETA Manufacture Horlogère Suisse (ETA) devait fournir ses clients jusqu'à la fin de 2019 en réduisant progressivement les quantités de mouvements mécaniques et qu'elle ne serait plus soumise ensuite à l'obligation de livrer. Durant ce laps de temps devait s'établir sur le marché une concurrence à ETA capable de couvrir la demande en mouvements mécaniques produits par des fabricants de montres indépendants. La COMCO s'était réservé la possibilité de rendre une nouvelle décision si les offres alternatives aux mouvements d'ETA devaient s'avérer insuffisantes sur le marché. Les indices allant dans ce sens, la COMCO a ouvert en novembre 2018 une procédure dite de réexamen. Une décision n'était pas possible avant la fin de 2019, raison pour laquelle la COMCO a pris des **mesures provisionnelles** jusqu'au moment de la décision, au plus tard jusqu'au 31 décembre 2020. Ces mesures visent à garantir que le résultat de la procédure de réexamen reste ouvert. Elles prolongent formellement l'obligation de fournir faite à ETA jusqu'à la décision définitive de la COMCO. En raison de la procédure de commande qui prévaut chez ETA, les livraisons sont provisoirement suspendues. En d'autres termes, ETA n'est provisoirement pas tenue de fournir ses clients actuels, mais simultanément elle ne peut pas livrer ses (grands) clients en les sélectionnant. Ces dispositions garantissent qu'ETA ne menace pas les investissements consentis par ses concurrentes à ce stade. ETA conserve la possibilité de livrer des mouvements mécaniques aux PME sur une base librement consentie. Mais en cas de livraison, toutes les PME doivent recevoir le même traitement.

3.4.4 Secteur automobile

Le 9 décembre 2019, la COMCO a étendu l'enquête « Concessionari Volkswagen », ouverte en juin 2018, à de nouveaux états de fait et à d'autres revendeurs agréés des marques du groupe Volkswagen actifs dans le canton du Tessin. L'enquête porte désormais, outre des accords de soumission présumés illicites lors de l'achat de voitures de tourisme et de véhicules utilitaires

des marques citées dans le canton du Tessin, sur d'éventuels accords illicites concernant les conditions de vente des véhicules et sur la répartition du marché en zones.

En septembre 2019, la COMCO a actualisé la **Communication automobile** et sa **Note explicative**. Se fondant sur l'arrêt du TF en l'affaire *Gaba* et sur la pratique récente du Secrétariat en matière de garantie du constructeur, elle a procédé à diverses adaptations aux fins de transparence et de sécurité juridique. Par la même occasion, elle a prolongé la durée de validité de la communication automobile jusqu'au 31 décembre 2023. Il ne s'agit que d'une actualisation de la Communication automobile et de la Note explicative CommAuto. La question d'une révision ne se posera qu'en vue de l'échéance à la fin de 2023.

Le Secrétariat a contrôlé si et comment AMAG met en œuvre les mesures proposées dans le cadre de l'enquête préalable sur le **réseau de distribution AMAG** afin de supprimer et d'empêcher les restrictions à la concurrence décrites dans le rapport final. Le Secrétariat poursuivra son observation des développements à ce sujet.

Dans le cadre d'une observation de marché, le Secrétariat a clarifié si la **limitation de la garantie du constructeur** est licite pour les véhicules achetés auprès des revendeurs officiels. Il a conclu que le refus de la garantie du constructeur pour des véhicules importés directement ou parallèlement peut instaurer une protection territoriale absolue indirecte. Cependant, dans le cadre d'un système de distribution sélectif compatible avec la loi sur les cartels, le constructeur ou l'importateur de véhicules qui limite la garantie du constructeur aux véhicules neufs achetés auprès d'un revendeur agréé ne viole pas les dispositions de la loi sur les cartels. La COMCO a précisé en conséquence la Note explicative CommAuto.

Le Secrétariat a également examiné plusieurs signalements de revendeurs et de réparateurs selon lesquels un constructeur automobile limitait ses partenaires de distribution agréés lors de l'**achat de pièces de rechange**. Simultanément, il y avait lieu de soupçonner que les fabricants de pièces de rechange pouvaient être soumis à des limitations lors de la vente de ces pièces aux revendeurs et réparateurs agréés. Selon la Communication automobile, de telles limitations sont réputées constituer des atteintes qualitativement graves à la concurrence. Le Secrétariat a confronté le constructeur automobile à ces griefs et lui a recommandé des adaptations qu'il a mises en œuvre.

S'agissant de diverses **résiliations de contrats commerciaux et de services**, le Secrétariat a examiné si les délais de résiliation prévus par la Communication automobile étaient respectés. Lorsque les délais de résiliation sont respectés, les autorités de la concurrence n'interviennent généralement pas à condition qu'aucun indice concret de restriction illicite à la concurrence ne soit décelé. La Communication automobile garantit que même les réparateurs non concessionnaires de la marque peuvent proposer réparations et services. Le Secrétariat examine de cas en cas les indices selon lesquels des réparateurs indépendants seraient limités dans leur accès aux pièces de rechange ou aux informations techniques.

Les résiliations de contrats ont aussi constitué en novembre 2019 un thème prioritaire des échanges avec les tribunaux civils concernant l'**application parallèle de la loi sur les cartels dans les procédures civile et administrative**. Une large part des litiges relevant du droit cartellaire jugés ces dix dernières années par les tribunaux civils concernait des résiliations de contrats de services. Les représentants des autorités de la concurrence ont signalé dans ce contexte que les tribunaux civils sont tenus de faire appel à l'expertise de la COMCO au cas où ils ne sauraient établir avec certitude s'il s'agit d'une restriction illicite de la concurrence. Des mesures potentielles visant à renforcer le volet civil du droit des cartels ont en outre été indiquées.

Le 8 mai 2019, dans l'affaire **VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013**, le TF a confirmé deux jugements du TAF arrêtant que les entreprises non parties au règlement amiable n'étaient pas légitimées pour former recours (cf. point 2.2).

3.4.5 Agriculture

La COMCO a participé à la procédure de consultation sur la **Politique agricole à partir de 2022 (PA22+)** et elle a formulé plusieurs propositions. Elle a notamment demandé une réduction supplémentaire des protections douanières, le remplacement de l'attribution des parts de contingent tarifaire selon la prestation indigène par des méthodes d'adjudication plus neutres sous l'angle de la concurrence et la suppression du soutien du prix du lait.

Le Secrétariat a participé en 2019 à une trentaine de consultations des offices concernant l'agriculture, par exemple en lien avec la modification d'ordonnances, la PA22+ et une vingtaine d'interventions parlementaires. En outre, le Secrétariat a reçu de nombreuses questions portant sur des thèmes agricoles, lesquelles ont entraîné des discussions, des délibérations et des observations de marché.

De plus, en 2019, des entreprises actives dans les marchés en aval de l'agriculture ont soumis plusieurs projets de concentration à la COMCO, qui a notamment évalué la création d'une entreprise commune entre IP-Suisse et le groupe Migros dans le commerce de porc. Les examens préalables des projets de concentration annoncés n'ont pas révélé d'indice de constitution ou de renforcement d'une position dominante sur le marché. De ce fait, la COMCO a renoncé à un examen approfondi.

3.4.6 Autres domaines

Le 2 décembre 2019, la COMCO a clôturé l'enquête **AdBlue**, menée à l'encontre de Brenntag Schweizerhall et Bucher Langenthal, par un règlement amiable (cf. point 2.1).

En septembre 2019, dans le domaine de la **distribution de motos et de scooters**, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable à l'encontre d'un importateur général. Cette enquête préalable porte notamment sur des indices selon lesquels des accords sur les prix et des accords de protection territoriale éventuellement illicites auraient été passés dans la distribution de motos et de scooters.

Le TAF a rendu une décision le 30 janvier 2019 concernant la **publication du rapport final d'une enquête préalable** (cf. point 2.2). Conformément à ce jugement, le Secrétariat de la COMCO est en droit de publier des rapports finaux d'enquête préalable en prenant toutefois la précaution de les anonymiser.

3.5 Marché intérieur

La loi fédérale sur le marché intérieur (**loi sur le marché intérieur, LMI**) garantit la libre circulation intercantonale et l'attribution des concessions sur appel d'offres public ainsi que le respect d'exigences minimales pour les marchés publics cantonaux. La COMCO est compétente pour surveiller l'observation de la loi sur le marché intérieur.

La loi sur le marché intérieur comprend un droit d'accès au marché dans l'espace intercantonal selon le principe du lieu de provenance. Autrement dit, l'accès au marché doit être accordé par principe dès lors que l'activité est exercée licitement au lieu de provenance. Les activités relatives à la libre circulation intercantonale se sont notamment concentrées sur le **domaine de la santé**. D'une part, la COMCO a édicté une recommandation visant la mise en œuvre de la loi sur les professions de la santé (cf. point 2.1) et, d'autre part, le Secrétariat a conduit une observation de marché dans le domaine des soins extrahospitaliers (aide et soins à domicile).

L'**observation du marché de l'aide et des soins à domicile** a permis d'examiner l'octroi de l'accès au marché à des organisations d'aide et de soins extracantonales dans treize cantons. Cette observation de marché découlait de la dénonciation d'une organisation d'aide et de soins à domicile active à l'échelle nationale. L'analyse a révélé de grandes différences d'un canton à l'autre. Seule une minorité de cantons appliquaient correctement les dispositions de la législation sur le marché intérieur. La majorité des cantons n'observaient pas dûment les dispositions de la LMI visant l'autorisation d'organisations extracantonales d'aide et de soins à domicile. Dans certains cantons, l'exigence d'une procédure simple, rapide et gratuite n'était pas toujours remplie. En outre, de nombreux cantons n'accordaient pas, à tort, leur autorisation sur la base du permis établi par le canton de provenance, mais ils exigeaient des documents supplémentaires sans justification suffisante. Le Secrétariat a analysé la pratique des divers cantons et elle en a transmis les résultats aux directions cantonales de la santé.

S'agissant également du libre accès au marché, la COMCO a émis **deux recommandations à l'attention des autorités tessinoises**. La première de ces recommandations, datée du 25 février 2019, résultait de l'examen par la COMCO d'une nouvelle loi tessinoise sur les entreprises artisanales (Legge sulle imprese artigianali, LIA). La COMCO était alors notamment parvenue à la conclusion que le système d'inscription au registre prévu par la nouvelle LIA n'était pas conforme à la législation sur le marché intérieur. Le 25 février 2019, la COMCO a en outre adressé une deuxième recommandation au canton du Tessin quant à la manière de mettre en œuvre, conformément à la législation sur le marché intérieur, une modification des dispositions de la loi tessinoise sur les maîtres d'ouvrage. Cette seconde recommandation traitait en particulier des modalités concrètes de l'annonce provisoire d'une activité.

La LMI contient également des exigences minimales concernant les marchés publics cantonaux. À cet égard, la COMCO a émis une recommandation concernant l'admissibilité limitée des **émoluments de protection** (cf. point 2.1) et, en date du 21 octobre 2019, elle a produit une expertise quant à l'application du **principe du lieu de provenance**. L'expertise de la COMCO apportait aux cantons une réponse à la question de savoir si, selon le droit des marchés publics révisé, le principe du lieu de prestation s'applique aux conditions de travail sur le plan cantonal. En vertu de la loi sur le marché intérieur, le principe du lieu de provenance continue de s'appliquer en la matière.

Le Parlement fédéral a accepté la **révision du droit des marchés publics** en date du 21 juin 2019. Afin d'obtenir une harmonisation largement correspondante sur le plan cantonal, les cantons ont adopté le 15 novembre 2019 la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Au cours de ces dernières années, dans le cadre de la révision du droit des marchés publics, la COMCO s'est engagée en faveur d'aspects concurrentiels, notamment ceux relevant de la législation sur le marché intérieur. Les aspects thématisés par la COMCO ont été largement pris en compte: entre autres, le droit de recours dévolu à la COMCO a été maintenu dans la LMI. La révision du droit des marchés publics a aussi entraîné la révision ponctuelle de la LMI. À l'avenir, par exemple, les concessions d'intérêt public seront soumises sur le fond au droit des marchés publics.

Par ailleurs, le nombre de **dénonciations** reçues a augmenté, qui font état de pratiques d'entités adjudicatrices éventuellement contraires au droit des marchés publics et du marché intérieur. En cas de violations des exigences minimales du droit des marchés publics prévues par la LMI, le Secrétariat procède principalement par demandes de renseignements et propositions à l'attention des entités adjudicatrices concernées. La question de savoir si l'achat d'électricité est soumis au droit des marchés publics s'est aussi fréquemment posée. À la suite d'une dénonciation, le Secrétariat a examiné, dans le cadre d'une observation de marché, dans quelle mesure l'**achat d'électricité** par les Transports publics de la ville de Berne (SVB) est soumis au droit des marchés publics et si une adjudication de gré à gré est éventuellement possible.

Selon la loi sur le marché intérieur, la **transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal** doit faire l'objet d'un appel d'offres non discriminatoire. La COMCO a remis au TF une prise de position dans le cadre d'une procédure concernant les **services de sauvetage** en Valais. La question se posait en particulier de savoir s'il faut organiser un appel d'offres public pour autoriser des entreprises à fournir des services de sauvetage.

La **campagne de sensibilisation** menée dans les cantons au sujet des accords de soumission et de la législation sur le marché intérieur (cf. point 3.1.4) a contribué à accroître la notoriété de la loi sur le marché intérieur.

3.6 Investigations

Trois perquisitions ont été menées en 2019. La première concernait l'enquête sur les centrales d'enrobage dans le canton de Berne. La deuxième a été conduite dans le cadre de l'enquête visant le scopolaminbutylbromide (il s'agissait là de la première action menée simultanément dans les trois régions linguistiques de Suisse). La troisième perquisition est survenue dans le canton du Tessin à la fin de l'année, lors de l'extension de la procédure « Concessionari VW » à de nouvelles entreprises.

Quant à la question, ouverte, de savoir quels collaborateurs et organes d'une entreprise, anciens et actuels, peuvent se référer au principe « *nemo tenetur* », le TAF a rendu début décembre une décision qui confirmait un précédent arrêt selon lequel les anciens organes peuvent certes être entendus en qualité de témoins, mais peuvent refuser de répondre à des questions susceptibles de charger l'entreprise. Ce prononcé a été attaqué devant le TF afin de permettre une clarification de dernière instance en la matière (cf. point 3.2.1).

Enfin, il faut déplorer une évolution regrettable dans le contexte international: durant l'exercice sous rapport, le ECN Forensic IT Working Group a été transformé en ECN Digital Investigations and Artificial Intelligence Working Group. Seuls les représentants des États membres et de l'Espace économique européen peuvent encore participer aux travaux du nouveau groupe. Le Secrétariat tentera de compenser au moins partiellement cette exclusion en multipliant les contacts bilatéraux avec les autorités des États membres et avec la Commission européenne.

3.7 Relations internationales

UE: l'accord de coopération en matière de concurrence entre la Suisse et l'UE, entré en vigueur au 1er décembre 2014, continue de faire ses preuves. Relevons en particulier les perquisitions coordonnées effectuées durant l'année sous rapport: ces perquisitions ont été exécutées simultanément en Suisse, dans divers États membres de l'UE et dans d'autres pays non soumis à l'accord de coopération avec l'UE auprès de diverses entreprises probablement parties à des accords internationaux sur les prix et la répartition géographique. L'accord de coopération avec l'UE prévoit que les autorités de la concurrence suisses et de l'UE peuvent échanger les informations qu'elles obtiennent dans les procédures d'enquête, sous réserve que l'entreprise qui met ces informations à disposition consente expressément par écrit à leur transmission. En l'absence d'un tel consentement, ces informations ne sauraient être transmises pour être utilisées comme moyens de preuve que si les deux autorités de la concurrence examinent les mêmes comportements ou des comportements liés l'un à l'autre (ce qui serait le cas dans la procédure mentionnée au début) et à condition que l'autorité de la concurrence requérante en forme la demande écrite spécifique. En tout état de cause, les informations provenant d'autodénonciations et de négociations en vue d'un règlement amiable ne sont transmises qu'avec le consentement explicite et écrit de l'entreprise.

En juin 2019, la COMCO a organisé la dixième EURO-COMP. Il s'agit d'une **conférence des autorités européennes de la concurrence** utile aux échanges entre professionnels. Cette conférence, créée en 2010 par les Pays-Bas, réunit chaque année environ dix autorités nationales, des représentants de la Cour de justice de l'Union européenne et des autorités de surveillance de l'AELE. Dans le cadre d'ateliers, les participants présentent et soumettent à la discussion des questions et des cas actuels. En 2019, outre la COMCO en qualité d'hôte, les représentants des pays et instances suivantes se sont retrouvés: Portugal, Belgique, Serbie, Slovénie, Croatie, Danemark, Allemagne, France, Norvège, Hongrie, Italie, Pays-Bas ainsi que les autorités de surveillance de l'AELE et la Cour de justice de l'Union européenne. Le programme a été complété par deux exposés de Dennis Oswald (Comité international olympique, CIO) et Philippe Dubey (Tribunal arbitral du sport, TAS), qui se sont exprimés sur l'interface entre le droit du sport et le droit des cartels.

REC: un représentant du Secrétariat a participé aux séances du sous-groupe « Banking and payment » du Réseau européen de la concurrence (REC). Il a régulièrement informé sur l'état de la mise en œuvre de l'accord amiable visant à abaisser les commissions d'interchange (« interchange fees ») en Suisse.

Allemagne: les entretiens se sont poursuivis durant l'année sous revue dans la perspective de négociations sur un accord bilatéral avec l'Allemagne concernant une coopération dans le domaine de la concurrence.

OCDE: la nomination du président de la COMCO au bureau du Comité de la concurrence de l'OCDE a été confirmée formellement. Le bureau du Comité de la concurrence fixe les thèmes de discussion au sein du Comité de la concurrence, du groupe de travail sur la concurrence et la réglementation et du groupe de travail sur la coopération et l'application de la loi. Durant l'année sous rapport, le Secrétariat a formulé des contributions écrites concernant le contrôle judiciaire des cas de cartel, d'une part, et la consultation des dossiers et la protection des informations confidentielles, d'autre part. En outre, les thèmes suivants ont été discutés lors de la rencontre semestrielle à Paris: « FinTech » et « Innovation de rupture » dans les marchés financiers, octroi sous licence de droits de protection intellectuelle et droit de la concurrence de même que les concentrations verticales dans le secteur des technologies, des médias et des télécommunications. Un thème prioritaire est celui de la neutralité concurrentielle, c'est-à-dire le traitement des mesures étatiques anticoncurrentielles.

RIC: en 2019, les autorités de la concurrence ont activement participé au développement du Réseau international de la concurrence (RIC). La priorité allait à la participation de la Suisse au « ICN Framework for Competition Agency Procedures (CAP) », entré en vigueur en 2019. Il s'agit d'une déclaration d'intention juridiquement non contraignante des membres fondateurs qui réglemente les principes fondamentaux de l'équité procédurale. Depuis lors, les États-Unis, l'Australie, l'UE et la plupart des pays européens, divers États asiatiques et africains ont adhéré au CAP. Le nombre de membres atteint actuellement 72. Les autorités des membres confirment leur pratique à ce stade, qui consiste à ménager les droits fondamentaux reconnus aux parties à la pro-

cédure. Outre le respect des normes de l'État de droit, le CAP vise à améliorer la coopération des autorités de la concurrence qui y souscrivent et à accroître la transparence des différentes procédures nationales. Une délégation des autorités de la concurrence a participé en mai 2019 à la conférence annuelle du RIC, qui se tenait à Carthagène, en Colombie. La manifestation était placée sous le signe de l'économie numérique. Le directeur du Secrétariat a présenté en plénum la manière dont les autorités de la concurrence suisses utilisent les résultats des travaux du RIC dans le cadre des procédures d'enquête. En outre, le Secrétariat a rempli un important questionnaire de l'OCDE/RIC concernant la coopération entre les autorités de la concurrence. Les collaborateurs du Secrétariat engagés dans les groupes du RIC « Advocacy » (défense et promotion), « Cartel » (cartels), « Merger » (concentrations) et « Unilateral Conduct » (comportement unilatéral) ont participé à diverses conférences téléphoniques sur des thèmes finalement repris dans plusieurs fiches techniques du RIC. Durant l'année sous revue, l'attention a porté sur la publication des fiches techniques concernant les incitations à l'autodénonciation, l'application du droit de la concurrence en droit civil, les modalités recommandées pour les procédures d'enquête et la coopération des autorités de la concurrence dans l'examen des concentrations d'entreprises.

CNUCED: dans le cadre de la conférence annuelle de la CNUCED, le projet « Guiding Policies and Procedures under Section F of the UN Set on Competition » (projet GPP) a été présenté et approuvé par les membres en présence du directeur du Secrétariat. Le Secrétariat, qui avait œuvré à l'élaboration du projet GPP au sein du groupe de travail « International Cooperation », avait pris part aux vidéoconférences à tour de rôle avec le SECO. Le projet GPP, qui sera soumis l'année prochaine à l'examen et à l'approbation de la Conférence d'examen de l'ONU à New York, a vocation de contribuer à la simplification des coopérations internationales et de la coordination entre les autorités de la concurrence.

3.8 Législation

L'état actuel des **interventions parlementaires** concernant la loi sur les cartels, encore pendantes après l'échec de la révision prévue de la LCart en septembre 2014, se présente comme suit:

- L'**initiative parlementaire Altherr** du 25 septembre 2014 « Prix à l'importation surfaits. Supprimer l'obligation de s'approvisionner en Suisse » (14.449), à laquelle les commissions des deux Chambres ont donné suite, a été classée à la mi-septembre 2019 compte tenu de l'initiative populaire en suspens « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables » (initiative pour des prix équitables) et du contre-projet indirect du Conseil fédéral.
- La **motion Bischof** du 30 septembre 2016 « Interdire les contrats léonins des plates-formes de réservation en ligne dont l'hôtellerie fait les frais » (16.3902) a été acceptée par les deux Chambres. L'exigence de la motion doit être remplie en modifiant la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD). Le DEFR élabore un projet destiné à la consultation.
- La **motion Fournier** du 15 décembre 2016 « Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence » (16.4094) demande des délais pour les procédures administratives relevant du droit des cartels, des allocations de dépens également dans les procédures administratives de première instance, des sanctions plus clémentes pour les PME et la publication des décisions seulement après leur entrée en vigueur. Après que le Conseil des États ait accepté la motion, le Conseil national en a accepté les deux premiers points cités et rejeté les deux derniers. Le DEFR élabore un projet destiné à la consultation.
- La **motion CER-N** du 14 août 2017 « Création d'un instrument efficace pour lutter contre les prix inappropriés des revues » (17.3629) a été liquidée par le rejet du Conseil des États en date du 11 mars 2019.
- La **motion Pfister** du 27 septembre 2018 « Appliquer la loi sur les cartels de manière effective dans le secteur automobile » (18.3898) exige que le Conseil fédéral crée une ordonnance pour protéger les consommateurs et les PME contre les pratiques biaisant la concurrence dans le secteur automobile. Le Conseil fédéral propose le rejet de cette motion, qui n'a pas encore été traitée par les Chambres.
- La **motion Nantermod** du 12 décembre 2018 « Des procédures efficaces et équitables en droit de la concurrence » (18.4183) exige la modification des règles de procédure visant la consultation des dossiers et l'imposition de frais ou d'émoluments au stade de l'enquête préalable. Cette motion n'a pas encore été traitée par les Chambres.
- La **motion Français** du 13 décembre 2018 « La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord » (18.4282) exige une modification de l'art. 5 LCart. Le Conseil des États l'a transmise en date du 20 mars 2019 à la CER-E pour examen préalable.
- La **motion Bauer** du 14 décembre 2018 « Enquêtes de la COMCO. La présomption d'innocence doit prévaloir » (18.4304) exige la suppression de l'art. 28 LCart, qui prévoit la publication des ouvertures d'enquêtes et la mention du nom des parties concernées. Les Chambres ne l'ont pas encore traitée.
- L'**initiative cantonale de Bâle-Ville** du 14 mars 2018 « Îlot de cherté. Pour des prix d'achat raisonnables » (18.304) est restée sans suite en raison de la décision prise par le Conseil des États en date du 18 juin 2019.
- Le **postulat Molina** du 9 mai 2019 « Investissements directs étrangers. Renforcer le contrôle des fusions » (19.3491) n'a pas encore été traité par les Chambres.

Le 29 mai 2019, le Conseil fédéral a adopté le message relatif à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (**initiative pour des prix équitables**) » et au contre-projet indirect (modification de la loi sur les cartels) (19.037; FF 2019 4665). L'initiative populaire est en cours de traitement au Conseil national (premier conseil). Le contre-projet indirect, qui prévoit l'introduction explicite de la notion de « pouvoir de mar-

ché relatif », tout en se limitant aux entraves à la concurrence transfrontalière dont pâtissent les entreprises, a été accepté début novembre 2019 par la CER-N, qui lui a apporté quelques adaptations. La CER-N propose donc de rejeter l'initiative populaire. Celle-ci et le contre-projet indirect feront probablement l'objet de délibérations du Conseil national durant la session de printemps 2020.

La responsabilité d'élaborer les projets de révision au sein de l'administration incombe au SECO. Le Secrétariat de la COMCO participe aux travaux.

4 Organisation et statistique

4.1 COMCO, Secrétariat et statistique

La **COMCO** a organisé 14 séances plénières d'une journée ou d'une demi-journée en 2019. Lors de ces réunions, elle rend ses décisions au sens de la loi sur les cartels et en application de la loi sur le marché intérieur. Ces décisions sont présentées dans la statistique suivante (cf. point 4.2).

Le changement de personnel suivant est survenu au sein de la COMCO: la durée d'engagement des membres de la COMCO étant limitée à douze ans, **Andreas Kellerhals** a terminé son mandat à la fin de 2019.

4.2 Statistique

Le **Secrétariat** comptait 74 collaborateurs à la fin de 2019 (68 l'année précédente), la proportion de femmes étant de 41,9 % (39,7 % l'année précédente). Ces effectifs correspondent au total à 64,2 équivalents plein temps (58,1 l'année précédente). L'effectif du personnel occupé à l'application de la loi sur les cartels et de la loi sur le marché intérieur, Direction comprise, atteint 57 (51 l'année précédente), soit 51,6 équivalents plein temps (44,3 l'année précédente). 17 collaborateurs (12 l'année précédente), soit 12,6 équivalents plein temps (8,8 l'année précédente), sont engagés au Service ressources (Service ressources et logistique jusqu'au 30 septembre), où ils assurent l'appui nécessaire à toutes les activités de la COMCO et de son Secrétariat. En outre, le Secrétariat comprend 5 places de stage (5 l'année précédente). Les cinq stagiaires travaillent à plein temps.

En juin 2018, dans le cadre de sa vue d'ensemble des ressources, le Conseil fédéral a accordé quatre postes supplémentaires au Secrétariat. Ces nouveaux postes apparaissent en 2019. Ce relèvement de l'effectif a été justifié premièrement par l'intensification des tâches (concrètement: pour pouvoir clôturer les procédures et conduire de nouvelles enquêtes). Deuxièmement, conformément à la décision du chef du DEFR, la COMCO fournit désormais en sus, depuis le 1er octobre 2019, des prestations transversales dans le domaine du personnel, des finances, de l'informatique, de l'administration des affaires et de la logistique pour l'Office fédéral du logement (OFL) et pour l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays (OFAE).

La statistique des activités de la COMCO et de son Secrétariat se présente comme suit pour 2019:

	2019	2018
Enquêtes		
menées durant l'année	19	24
dont reprises de l'année précédente	16	18
dont ouvertes durant l'année	3	6
dont nouvelles enquêtes résultant d'une séparation d'une enquête en plusieurs enquêtes	2	0
Décisions	11	4
dont accords amiables	9	2
dont décisions de l'autorité	2	2
dont sanctions selon l'art. 49a, al. 1, LCart	10	4
dont décisions partielles	5	0
Décisions de procédure	2	0
Autres décisions (publication, coûts, accès au dossier, etc.)	6	2
Mesures provisionnelles	1	0

Procédures avec sanctions prononcées au sens des art. 50 ss LCart	0	0
Enquêtes préalables		
menées durant l'année	14	15
reprises de l'année précédente	8	10
ouvertes durant l'année	6	5
Clôtures	2	7
dont ouvertures d'enquêtes	1	2
dont adaptation du comportement	3	3
dont sans suite	0	2
Autres activités		
Annonces traitées selon l'art. 49a, al. 3, let. a, LCart	2	2
Conseils	28	21
Observations de marché	63	72
Demandes LTrans	7	20
Autres demandes traitées	488	581
Concentrations		
Notifications	40	34
Pas d'intervention après examen préalable	37	27
Examens	3	3
Décisions de la COMCO après examen	2	3
Interdiction	0	0
Autorisation conditionnelle/soumise à des charges	0	0
Autorisation sans réserve	2	3
Exécution provisoire	0	0
Procédures de recours		
Total des recours auprès du TAF et du TF	46	37
Arrêts du Tribunal administratif fédéral (TAF)	4	7
dont succès des autorités de la concurrence	1	5
dont succès partiel	2	1
dont sans succès	1	1
Arrêts du Tribunal fédéral (TF)	6	1
dont succès des autorités de la concurrence	5	0
dont succès partiel	0	1
dont sans succès	1	0
Pendantes en fin d'année (auprès du TAF et du TF)	26	33
Avis, recommandations et prises de position, etc.		
Avis (art. 15 LCart)	0	0
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0
Prises de position (art. 47 LCart, art. 5, al. 4, LSPr ou art. 11a LTV)	2	0
Suivi des affaires	1	0
Communications (art. 6 LCart)	1	0
Prises de position (art. 46, al. 1, LCart)	120	152
Consultations (art. 46, al. 2, LCart.)	17	8
LMI		
Recommandations / enquêtes (art. 8 LMI)	3	0
Avis (art. 10 LMI)	2	3
Conseils (Secrétariat)	93	94
Recours (art. 9, al. 2bis, LMI)	0	0

La statistique 2019 et une comparaison avec les chiffres de 2018 révèlent ce qui suit:

- La COMCO **a clôturé nettement plus d'enquêtes par des décisions en 2019 que l'année précédente**. Cette situation s'explique par le fait que diverses enquêtes étaient en phase finale.
- Le nombre d'**enquêtes préalables** menées est resté à peu près le même.
- Le **nombre des projets de concentration** annoncés à la COMCO en 2019 était **plus élevé** que l'année précédente. Le nombre de projets soumis à un examen approfondi est resté semblable. Aucune concentration n'a été interdite.
- Certes, le nombre de **recours devant le TAF et le TF** a encore augmenté en 2019, comme il avait déjà augmenté entre 2017 et 2018. Par contre, le nombre total de recours pendants a baissé au-dessous du niveau atteint en 2018. En 2019, le TF a rendu plus d'arrêts qu'en 2018, tandis que le TAF se prononçait moins souvent.
- Le nombre de **conseils** a augmenté tandis que les **observations de marché** devenaient moins fréquentes. La COMCO a reçu nettement moins de **demandes au sens de la LTrans**. Les **demandes** adressées par des citoyens, des services officiels, des entreprises de même que les consultations des offices ont baissé par rapport à l'année précédente.
- Dans le domaine de la **LMI**, la COMCO a fourni autant de conseils en 2019 qu'en 2018.

5 Thème spécial: infractions au droit des cartels et dommages-intérêts

5.1 Contexte

Ces deux dernières années, les demandes d'entreprises, de particuliers et de services publics (p. ex. cantons, communes) se sont multipliées auprès de la COMCO et de son Secrétariat en vue d'obtenir des dommages-intérêts à la suite des décisions de la COMCO sur des accords illicites. Les personnes et entités potentiellement lésées ont en particulier discuté la possibilité de recevoir des dommages-intérêts à la suite de la décision de la COMCO concernant les accords passés dans le domaine du leasing automobile (cf. points 1.1 et 2.2.1) et aux diverses décisions rendues par la COMCO au sujet d'accords survenus dans le secteur de la construction dans le canton des Grisons (cf. points 1.1. et 2.1.1). À propos de ces dernières, les autorités de la concurrence ont reçu de nombreuses demandes émanant de maîtres d'ouvrage désireux de savoir dans quelle mesure ils pourraient obtenir des prestations en dommages-intérêts des entreprises impliquées dans le cartel. Ces actions en dommages-intérêts devant les tribunaux civils, qui se fondent sur les conclusions prises dans la procédure de droit administratif devant la COMCO, constituent des « actions de suivi ».

Le droit cartellaire en vigueur prévoit que les victimes de restrictions illicites à la concurrence peuvent, par la voie civile, obtenir la réparation et la compensation du dommage ainsi que la remise du gain réalisé indûment (application par des privés (« private enforcement ») en vertu de l'art. 12 LCart). Dans les faits, de telles actions ne sont guère menées devant les tribunaux civils cantonaux, pour ne rien dire de leur taux de succès. En effet, pour aboutir, les procédures civiles menées contre les cartels comportent des obstacles excessivement élevés en Suisse, notamment en comparaison internationale (cf. Pays-Bas, Allemagne, Royaume-Uni).

- Constater une violation du droit des cartels mobilise souvent beaucoup de ressources, ce qui se traduit par des coûts importants. La victime d'une restriction illicite à la concurrence qui se porte partie plaignante doit payer à l'avance les frais correspondants. Elle porte ainsi le risque d'assumer les coûts si elle n'obtient pas gain de cause.
- Dans le cadre d'actions civiles relevant du droit des cartels, les brefs délais de prescription prévus par le droit des obligations s'appliquent. Il est donc difficile aux victimes de cartels de remettre une plainte dûment motivée au tribunal civil dans les délais prescrits.
- Il n'est en outre souvent guère possible aux victimes de restrictions illicites à la concurrence d'accéder aux moyens de preuve nécessaires alors qu'elles sont tenues, en qualité de plaignantes, de présenter et de prouver les faits. Les éléments de preuve sont généralement détenus exclusivement par les membres du cartel ou par les autorités de la concurrence. Or, la consultation de documents aux mains des pouvoirs publics est limitée en raison du secret de fonction et de l'intérêt des autorités de la concurrence à protéger l'institution de l'autodénonciation. C'est aussi pour cette raison, outre la protection des secrets d'affaires, que la COMCO ne publie ses décisions qu'avec des passages rétractés.
- Même si un plaignant parvient, preuves à l'appui, à convaincre le tribunal d'une violation du droit cartellaire, il doit encore chiffrer le dommage qu'il a subi. Le montant de ce dommage est déterminé selon l'hypothèse de la différence: la victime d'un cartel doit par principe évaluer précisément la différence entre sa situation patrimoniale actuelle et celle qui prévaudrait si la violation du droit des cartels n'avait pas eu lieu. Eu égard à la complexité des relations économiques, il est très ardu de déterminer l'état hypothétique (et, partant, le dommage).
- Selon l'interprétation dominante, la loi sur les cartels actuellement en vigueur refuse aux acheteurs, c'est-à-dire notamment aux consommateurs, la qualité pour agir.
- De plus, la procédure administrative fait fortement concurrence à la procédure civile. En effet, il est plus intéressant de passer par la COMCO, parce que la partie plaignante évite ainsi les coûts et les risques d'un procès civil et que les autorités de la concurrence disposent en outre d'instruments d'enquête plus puissants que les tribunaux civils (p. ex. perquisitions).

Pour les raisons évoquées, les demandes de dommages-intérêts liées aux comportements illicites selon le droit des cartels en sont aux balbutiements en Suisse. Or, confiner la procédure civile à un rôle assez secon-

daire et laisser de fait l'application du droit des cartels aux autorités de la concurrence comporte un inconvénient essentiel: les personnes et entités lésées ne perçoivent pas de dédommagement des membres du cartel. Il y a donc lieu de se demander dans quelle mesure il faudrait améliorer la procédure de droit privé (« private enforcement »).

5.2 Renforcement du droit civil en matière de cartels dans la législation en vigueur

5.2.1 Conflit d'objectifs

La double approche de la loi sur les cartels pour lutter contre les violations du droit cartellaire est judicieuse: si ces violations sont graves, la COMCO les sanctionne par la voie administrative au moyen d'amendes. En outre, les membres du cartel doivent indemniser les parties lésées dans le cadre d'une procédure civile. Cette mesure – la compensation entre privés des dommages causés d'une part, la prévention par la dissuasion de futurs contrevenants, d'autre part – vise à rendre les violations du droit des cartels non profitables.

Un certain conflit d'intérêts apparaît toutefois. En vertu de la loi sur les cartels, la COMCO et son Secrétariat sont responsables d'appliquer la législation cartellaire par la voie administrative. Ils sont compétents pour, souverainement, ordonner des mesures visant à empêcher les violations et infliger des amendes élevées. Ils disposent d'instruments efficaces tels que les auditions, les perquisitions et le programme de clémence (autodénonciation, « témoin de la couronne ») pour déceler et élucider les infractions. Grâce au programme de clémence, l'entreprise qui s'autodénonce ou qui dévoile un cartel échappe totalement ou partiellement à la sanction. Si la procédure civile était dorénavant trop fortement encouragée, les victimes pourraient certes faire valoir des dommages-intérêts et, en définitive, dissuader la commission de violations du droit des cartels. Inversement toutefois, faciliter les actions civiles accroîtrait le risque de devoir payer des dommages-intérêts, ce qui pourrait dissuader les membres de cartels de coopérer avec les autorités et de leur fournir des informations dans le cadre du programme de clémence. De ce fait, il se pourrait que les violations du droit des cartels ne soient plus du tout détectées, un scénario qui ne serait également pas favorable aux victimes potentielles. En conséquence, les autorités doivent œuvrer à trouver un équilibre entre l'intérêt financier des victimes de cartels et l'intérêt de l'État à élucider les cas (tout en tenant compte de l'intérêt des auteurs d'infractions à garder le secret).

Les autorités de la concurrence qui entendent renforcer le droit civil en matière de cartels ne doivent pas oublier le conflit décrit ci-dessus. Autrement dit, la facilitation des procédures civiles ne doit pas compliquer excessivement la détection et la preuve des cartels, ce qui reviendrait à affaiblir l'ensemble du droit de la concurrence (volet administratif et volet civil du droit des cartels).

5.2.2 Accès aux informations

Ce conflit d'objectifs est pris en compte par exemple dans le domaine de l'information fournie par les autorités de la concurrence. En effet, la COMCO et son Secrétariat mettent à la disposition des victimes potentielles de violations du droit des cartels diverses informations: ils publient en particulier leurs décisions, qui sont généralement motivées en détail, et permettent de consulter des documents et dossiers internes à certaines conditions.

Cependant, afin de ne pas défavoriser les entreprises qui coopèrent par rapport à celles qui ne coopèrent pas, les autorités doivent s'abstenir de transmettre aux potentielles parties civiles les informations que les membres du cartel ont fournies dans le cadre d'une autodénonciation auprès de l'autorité. Si les autorités ne prenaient pas cette précaution, elles dévaloriseraient leur puissant instrument que constitue le programme de clémence. Face à ce dilemme, il n'existe par conséquent qu'un potentiel limité pour favoriser les actions civiles.

5.2.3 Réduction de la sanction en raison du versement de dommages-intérêts

La révision mentionnée de la loi sur les cartels de 2014 prévoyait déjà de prendre adéquatement en compte, au moment de fixer le montant des sanctions, si une entreprise verserait des prestations aux lésés en raison d'une décision prise par un tribunal civil. Comme la révision a échoué, les dispositions légales prévues et les nouvelles possibilités qu'elles ouvraient n'ont pas été introduites. Mais les autorités peuvent d'ores et déjà, sur la base du droit en vigueur, dans le cadre de la procédure conduite par la COMCO, inciter les membres de cartels à dédommager leurs victimes.

Par sa décision du 19 août 2019 concernant l'enquête « Bauleistungen Graubünden/Strassenbau, etc. », la COMCO a décidé pour la première fois de prendre en compte, à titre de circonstance atténuante de la sanction, les dommages-intérêts versés avant sa décision aux victimes d'une restriction illicite à la concurrence. Cette possibilité de réduire la sanction en fonction des prestations de dédommagement représente une importante incitation à indemniser les victimes de cartels aussi rapidement et complètement que possible. Elle contribue à ce que les membres d'un cartel restituent « volontairement » aux victimes le gain ou partie du gain qu'ils ont réalisé par le biais de leur pratique anticoncurrentielle. Selon le droit en vigueur et dans tous les cas, la condition d'une réduction de sanction en raison du versement de dommages-intérêts est que les prestations de dédommagement soient suffisamment concrètes, précises et garanties avant que la COMCO ne rende sa décision.

La législation suisse sur les cartels ne prévoit certes pas explicitement la réduction des sanctions en raison du paiement de dommages-intérêts, mais une telle réduction peut s'appuyer sur des normes existantes (en particulier art. 49a, al. 1, phrase 3 et 4 LCart ainsi que les art. 3 et 6 OS LCart). La possibilité de réduire des sanctions en raison du versement de dommages-intérêts aux victimes de cartel correspond, dans son principe, aux régimes d'amendes et de sanctions d'autres domaines du droit suisse et d'ordres juridiques étrangers. Par exemple, le droit pénal reconnaît que la réparation par l'auteur du délit peut induire une atténuation de la peine. Le droit de la concurrence de l'UE et celui d'autres ordres juridiques étrangers reconnaissent dorénavant aussi fondamentalement la possibilité de réduire les sanctions en raison du versement de dommages-

intérêts. Notons en particulier la directive de l'UE sur les règles d'indemnisation des victimes d'ententes et de pratiques anticoncurrentielles et la directive ECN+ visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, selon lesquelles les autorités de la concurrence peuvent tenir compte des dommages-intérêts versés dans le cadre d'un arrangement amiable avant d'infliger une amende. L'expérience acquise avec ces normes est toutefois encore très limitée.

Au cas où les indemnisations de victimes de cartels sont prises en compte pour fixer le montant de la sanction, la question est de savoir avec quelle précision ces versements doivent entrer dans le calcul de la sanction. Dans le cas mentionné du canton des Grisons, la COMCO a lié l'ampleur de la réduction des sanctions à l'importance des dommages-intérêts effectivement versés. Ses réflexions ont été les suivantes:

- Le point de départ du calcul est toujours le montant effectivement payé dans le cas concret par l'auteur de l'infraction à ses victimes.
- Une certaine sanction relevant du droit des cartels doit toutefois être maintenue dans chaque cas de manière à garantir l'élément pénal, dissuasif et préventif. Même si le montant des dommages-intérêts versés dépassait celui de la sanction prévue par le droit cartellaire, les entreprises devraient payer une partie de la sanction. En conséquence, le dédommagement effectif n'est pas pris en compte intégralement, mais proportionnellement.
- En outre, tant le total des amendes que l'ampleur de la réduction doivent être proportionnés. Cette condition suppose que la réduction doit se situer en relation raisonnable par rapport aux autres éléments de calcul de la sanction et à la sanction globale.
- Dans la perspective de protéger l'institution de l'autodénonciation, l'incitation à s'autodénoncer doit rester suffisamment forte.

Lors de la décision concrète, plusieurs circonstances ont donc influencé la réduction concrète de la sanction consentie à la suite du versement des dommages-intérêts. À l'avenir également, il faudra évaluer la réduction de la sanction dans le cas d'espèce, en tenant compte de l'infraction commise aux règles de la concurrence et des dommages-intérêts versés.

Les auteurs d'infractions paient certes davantage que s'ils ne s'acquittaient que de l'amende infligée en vertu du droit des cartels sans être condamnés à verser des dommages-intérêts. Mais ils paient moins que s'ils devaient payer l'amende complète cartellaire et des dommages-intérêts au civil. Pour le dire simplement: la Confédération accroît l'incitation à verser des dommages-intérêts aux personnes et entités effectivement lésées en renonçant en contrepartie, au détriment de la caisse fédérale, à une part des recettes provenant des sanctions.

Dans le cas mentionné du canton des Grisons, la démarche s'est avérée être un succès: en fin de compte, les entreprises cartellisées ont dû payer « seulement » quelque 11 millions de CHF à la Confédération à titre de sanction au lieu de verser le montant total d'environ 14 millions de CHF initialement calculé. Mais elles ont versé environ six millions de CHF de dédommagement aux victimes du cartel. Ces dernières ont en particulier largement bénéficié de la démarche adoptée: elles ont obtenu la réparation du dommage subi assez rapidement et sans complication, sans devoir s'engager dans la voie fastidieuse, coûteuse et incertaine quant à son issue de la procédure civile.

5.3 Renforcement du droit civil en matière de cartels par la révision de la loi

Les incitations à ouvrir des actions civiles pourraient être nettement accrues en procédant à des changements conformes au système. Il ne s'agit pas de renforcer le volet civil du droit des cartels au détriment de son volet administratif. Il s'agit plutôt d'améliorer globalement l'application du droit cartellaire. Les expériences acquises dans d'autres pays européens montrent qu'il est possible d'augmenter l'attractivité de la procédure civile sans verser pour autant dans une culture du procès excessive. Une réforme devrait conduire à ce que les parties concernées par des restrictions à la concurrence obtiennent à l'avenir davantage réparation par elles-mêmes (p. ex. par des actions suite à une décision cartellaire) ou qu'elles prennent elles-mêmes l'initiative (p. ex. pour assurer la cessation de l'entrave à la concurrence) de manière à ce que l'intervention ne dépende plus de la marge d'appréciation dans l'opportunité des poursuites de l'autorité de la concurrence.

Dès la révision de la LCart en 2014, qui a finalement échoué, le Conseil fédéral avait notamment proposé que la possibilité d'engager une action civile, aujourd'hui limitée aux concurrents, soit étendue à tous les acteurs concernés par les cartels. Cette modification devait permettre aux clients finaux et aux entités adjudicatrices publiques (en particulier des cantons et des communes) de faire valoir leurs droits dans le cadre de procédures civiles. En outre, l'ouverture d'une enquête par l'autorité de la concurrence devait suspendre le délai de prescription de la procédure civile en matière cartellaire jusqu'au prononcé d'une décision exécutoire. Cette disposition devait empêcher que de longues procédures de droit administratif ne privent les intéressés de la possibilité de procéder efficacement au civil. L'échec en 2014 de la révision de la LCart a laissé de nombreux problèmes sans solution à ce stade.

5.4 Conclusion

La coexistence initialement prévue par le législateur du volet civil et du volet administratif de la loi sur les cartels est déséquilibrée. Alors que la procédure administrative a été renforcée par l'introduction de sanctions, d'un programme de clémence et de perquisitions, la voie civile est restée dénuée de véritable importance pratique.

Afin de promouvoir celle-ci, les autorités de la concurrence peuvent, dans certains cas, contribuer à ce que les victimes d'infractions cartellaires soient dédommagées par les auteurs de l'infraction. Dans ce contexte, s'agissant d'un cas pilote, la COMCO a pris en compte pour moitié environ du montant de la sanction les dommages-intérêts que les membres d'un cartel de la cons-

truction avaient versés avant sa décision aux parties lésées. Cette pratique représente un jalon important, sur le plan international également, dans l'application du droit des cartels par la voie civile.

Cet instrument ne représente toutefois qu'un élément permettant de renforcer le droit civil en matière cartellaire. Les autorités de la concurrence s'emploient en outre à ce que le législateur fédéral s'attaque aux améliorations de la loi, qui sont attendues, et qu'il modernise le volet civil du droit des cartels. Cependant, faciliter la procédure civile en droit des cartels ne doit pas conduire à entraver excessivement la détection et la preuve, basées sur l'autodénonciation, de l'existence de cartels, car ce serait affaiblir le droit de la concurrence dans son ensemble (procédure civile et procédure administrative du droit des cartels).

A 1.	**3. Rapporto annuale 2019 della Commissione della concorrenza (COMCO)**

Indice

1 Prefazione del presidente 41

2 Principali decisioni del 2019 42

2.1 Decisioni della COMCO 42

2.2 Decisioni dei tribunali 44

3 Attività nei vari ambiti economici 45

3.1 Costruzione 45

3.1.1 Accordi di appalto 45

3.1.2 Materiali edili e discariche 45

3.1.3 Smaltimento 45

3.1.4 Sensibilizzazione sugli accordi di appalto 46

3.2 Servizi 46

3.2.1 Servizi finanziari 46

3.2.2 Sistema sanitario 46

3.2.3 Servizi delle professioni liberali e altri ambiti professionali 47

3.3 Infrastruttura 47

3.3.1 Telecomunicazione 47

3.3.2 Media 47

3.3.3 Energia 48

3.3.4 Trasporti 48

3.4 Produzione 48

3.4.1 Accordi verticali 48

3.4.2 Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio 48

3.4.3 Industria orologiera 49

3.4.4 Settore automobilistico 49

3.4.5 Agricoltura 50

3.4.6 Altri ambiti 50

3.5 Mercato interno 50

3.6 Indagini 51

3.7 Affari internazionali 51

3.8 Legislazione 52

4 Organizzazione e statistica 53

4.1 COMCO, Segreteria e statistica 53

4.2 Statistica 53

5 Tema speciale: violazioni del diritto della concorrenza e risarcimento danni 55

5.1 Situazione iniziale 55

5.2 Rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli nel diritto vigente 56

5.2.1 Conflitto di obiettivi 56

5.2.2 Accesso alle informazioni 56

5.2.3 Riduzione delle sanzioni a seguito del risarcimento danni 56

5.3 Rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli mediante una revisione di legge 57

5.4 Conclusione 57

1 Prefazione del presidente

Che cosa varrebbe una staffetta 4×100 se si fosse concordato in precedenza quale squadra vincerà? Che cosa sarebbe la Course de l'Escalade, se i corridori decidessero tra loro chi occuperà i primi tre posti? Quale valenza avrebbe la Festa federale di lotta svizzera e dei giochi alpestri se fosse già deciso chi finirà con le spalle nella segatura nello scontro finale? Non ci sarebbero più i grandi risultati, non potremmo più aspettarci gare vere e appassionanti. Possiamo affermare la stessa cosa dell'economia. Le imprese che tramite accordi illeciti limitano o addirittura annullano la concorrenza tra loro, concordando per esempio i prezzi, non ottengono buoni risultati, al contrario producono effetti negativi sul loro rapporto prezzo-prestazioni e sulla loro capacità innovativa. Per queste ragioni, varie leggi svizzere, come la legge sui cartelli e la legge sul mercato interno, mirano a promuovere la concorrenza sul mercato e a vietare le limitazioni della concorrenza. Anche nel 2019 la Commissione della concorrenza (COMCO) si è dedicata a questo compito.

Nel periodo in esame, la COMCO ha preso una serie di decisioni importanti in relazione a settori molto diversi (istruttori di guida, banche, trattori, sci, tassi di leasing, soluzione di urea, accordi ed emolumenti di protezione nel settore degli appalti pubblici, fusioni tra i gestori di telecomunicazioni, trasbordo di merci, legge sulle professioni sanitarie). Alcuni casi sono più rilevanti, altri hanno una portata minore. Talune decisioni servono più ai servizi pubblici e ai contribuenti, altre ai consumatori. Tutte le attività servono a promuovere la concorrenza in Svizzera, il motore del successo della nostra piazza economica. In questa sede vanno anche menzionate le numerose attività che sono meno al centro dell'attenzione dell'opinione pubblica: nel 2019 la COMCO e la sua Segreteria hanno trattato 500 richieste di imprese e cittadini, hanno sensibilizzato 500 committenti in merito agli accordi sulle gare d'appalto e hanno esaminato nel corso di procedure di consultazione oltre 200 progetti di atti normativi come la legge sull'approvvigionamento del gas.

Negli ultimi due anni alla COMCO sono inoltre pervenute molte richieste da parte di imprese, di privati e di servizi pubblici in merito al risarcimento danni a seguito di decisioni prese dalla COMCO su accordi illeciti. Le discussioni sono scoppiate in particolare dopo le decisioni relative agli accordi sul leasing di automobili e agli accordi sulle gare d'appalto nel Cantone dei Grigioni. Per la prima volta, allo scopo di incentivare il pagamento alle parti danneggiate, nel definire le sanzioni la COMCO ha tenuto conto dei risarcimenti concordati nel corso di un procedimento.

Il rapporto annuale 2019 ha lo scopo di illustrare in maniera chiara il lavoro della COMCO e della sua Segreteria e di far conoscere la nostra attività e il nostro impegno a favore di un'economia svizzera di successo.

Prof. Dott. Andreas Heinemann
Presidente della COMCO

2 Principali decisioni del 2019

2.1 Decisioni della COMCO

Nell'anno in esame la COMCO ha preso due decisioni in relazione ad **accordi verticali**:

L'impresa **Bucher Landtechnik** obbligava i suoi rivenditori per contratto ad acquistare presso di essa tutti i ricambi per trattori della marca New Holland. Oltre a questo obbligo di acquisto applicava un sistema di incentivi che collegava la quantità di ricambi acquistati alle condizioni di sconto per trattori della suddetta marca. L'obbligo di acquisto e il sistema di incentivi escludevano per contratto la vendita da parte di fornitori esteri a rivenditori di Bucher Landtechnik ostacolando in questo modo la concorrenza. Il 1° luglio 2019 la COMCO ha deciso che queste pratiche portate avanti da luglio del 2016 ad aprile del 2017 rappresentassero degli accordi illeciti di protezione territoriale e ha punito Bucher Landtechnik con una multa di 150 000 franchi. L'impresa è infine giunta a una conciliazione con l'autorità in materia di concorrenza che ha consentito di ridurre la sanzione e si è impegnata a non impedire in futuro ai rivenditori di trattori New Holland di acquistare ricambi di tale marca presso un venditore di loro scelta. Dovrebbe ora essere possibile importare ricambi e trattori New Holland senza alcuna limitazione.

Il 19 agosto 2019 la COMCO e Stöckli Swiss Sports sono giunte a una conciliazione. Tra la fine del 2003 e la fine del 2018 Stöckli e i suoi rivenditori hanno mantenuto accordi verticali illeciti sui prezzi degli **sci Stöckli**. I rivenditori non potevano scendere al di sotto dei prezzi praticati in Svizzera da Stöckli. Simili accordi ostacolano la concorrenza e violano la legge sui cartelli. La COMCO ha applicato nei confronti di Stöckli una sanzione di 140 000 franchi. L'impresa ha cooperato con le autorità in materia di concorrenza e si è impegnata a non imporre più ai rivenditori prezzi minimi o prezzi fissi di vendita. La COMCO e Stöckli sono inoltre giunte a un accordo per quanto riguarda il commercio online, le forniture trasversali tra i distributori di Stöckli e l'importazione diretta e parallela di prodotti Stöckli. La piena collaborazione da parte della Stöckli ha portato a una netta riduzione della sanzione.

Nel 2019 sono state prese le seguenti decisioni relative ad **accordi orizzontali**:

Sulla base di una segnalazione della Sorveglianza dei prezzi, nel marzo del 2018 la COMCO ha aperto un'inchiesta contro solo **gli istruttori di guida dell'Alto Vallese** che avevano concordato delle raccomandazioni relative ai prezzi per le lezioni di guida e i corsi teorici, fatti che sono stati dimostrati dalle informazioni raccolte durante una perquisizione. Nella sua decisione del 25 febbraio 2019 la COMCO ha stabilito che queste raccomandazioni erano da considerarsi accordi illeciti in materia di prezzi. Nel contempo ha approvato la conciliazione conclusa con l'associazione di categoria la «Fahrlehrerverband Oberwallis» (FVO). L'associazione e i suoi membri attivi si sono impegnati a non formulare più in futuro raccomandazioni sui prezzi e ad astenersi da qualsiasi scambio di informazioni su prezzi e tariffe. La COMCO ha applicato una sanzione di 50 000 franchi.

Nel maggio del 2019 la COMCO ha deciso di non proseguire con l'inchiesta su presunti **accordi nel commercio di metalli preziosi**. I sospetti che avevano condotto all'apertura dell'inchiesta non hanno trovato conferma. L'inchiesta riguardava presunti accordi tra le banche Julius Bär, Barclays, Deutsche Bank, HSBC, Mitsui, Morgan Stanley e UBS relativi al commercio di oro, argento, platino e palladio.

All'inizio del 2019 la COMCO ha concluso due inchieste relative ad accordi nell'ambito del **commercio delle divise di cassa tra banche (FOREX)**. Operatori di diverse banche attive a livello internazionale hanno coordinato in due cartelli distinti le loro pratiche in relazione a determinate valute G10. Al cartello denominato «Three way banana split» hanno partecipato, tra il 2007 e il 2013, operatori delle banche Barclays, Citigroup, JPMorgan, Royal Bank of Scotland (RBS) e UBS. Al cartello «Essex express» hanno partecipato, tra il 2009 e il 2012, operatori di Barclays, MUFG Bank, RBS e UBS. Il coordinamento riguardante determinate valute G10 si svolgeva in chat room. Le banche citate si sono impegnate a non prendere in futuro più simili accordi. La COMCO ha multato i cartelli con un importo totale di circa 90 milioni di franchi. Contro Credit Suisse è in corso un'inchiesta secondo la procedura ordinaria. L'inchiesta nei confronti di Julius Bär e della Banca cantonale di Zurigo è stata archiviata.

Nel febbraio del 2012 la COMCO ha avviato un'inchiesta contro varie banche e broker a causa di presunte manipolazioni dei tassi di riferimento nel commercio di derivati su tassi d'interesse, in particolare prodotti derivati da tassi di interesse **in yen basati sui tassi di riferimento Yen LIBOR ed Euroyen TIBOR**. Già alla fine del 2016 una parte di queste inchieste si è conclusa con conciliazioni e sanzioni. All'inizio di luglio del 2019 la Camera per le decisioni parziali della COMCO è giunta a un ulteriore accordo con le banche Lloyds e Rabobank. Sono state applicate multe per un importo complessivo di circa 700 000 franchi. L'inchiesta è ancora in corso confronti delle banche UBS e HSBC nonché dei broker ICAP, RP Martin e Tullett Prebon.

Nel luglio del 2019 la Camera per le decisioni parziali della COMCO ha inflitto multe per un importo complessivo di 30 milioni di franchi a otto società finanziarie attive nel settore del **leasing per auto** che avevano scambiato per anni informazioni su operazioni ed elementi per il calcolo dei tassi di leasing. Fatta eccezione per Ford Credit Switzerland tutte le società oggetto dell'inchiesta sono giunte a una conciliazione con la COMCO, impegnandosi a non prendere più simili accordi illeciti in futuro. La prima società che ha presentato un'autodenuncia non è stata sanzionata, le altre società che si sono autodenunciate hanno beneficiato di una riduzione della sanzione. Nei confronti della società con la quale non si è giunti a una conciliazione l'inchiesta viene portata avanti secondo la procedura ordinaria.

Nell'estate del 2019 la COMCO ha concluso le ultime due delle dieci inchieste condotte nel **Cantone dei Grigioni, «Engadin II» e «Strassenbau»** (prestazioni di costruzione nei Grigioni). Nella decisione relativa alla prima, la COMCO ha stabilito che due imprese e in un caso tre, attive nel settore dell'edilizia e del genio civile

avevano concordato alcuni progetti edilizi in Alta Engadina. I dieci accordi illeciti hanno riguardato costruzioni del genio civile e dell'edilizia di committenti privati e comunali. In questo caso le sanzioni ammontavano a circa 500 000 franchi. Nella seconda inchiesta, più ampia, la COMCO ha riscontrato che tra il 2004 e il 2010 dodici imprese si sono spartite nel Grigioni settentrionali e meridionali i progetti di costruzione stradale cantonali e comunali stabilendo nel contempo il prezzo delle offerte. Gli accordi hanno riguardato centinaia di progetti per un volume di mandati di almeno 190 milioni di franchi e hanno interessato progetti cantonali e comunali. Il 19 agosto 2019 la COMCO ha sanzionato questi accordi illeciti con complessivamente 11 milioni di franchi. Prima della decisione della COMCO nove delle dodici imprese di costruzione stradale hanno concluso degli accordi con le parti lese nei quali si sono impegnate a indennizzare con 6 milioni di franchi il Cantone e i Comuni grigionesi interessati (v. capitolo 5.1). La COMCO ha pertanto ridotto di complessivamente 3 milioni di franchi le sanzioni applicate alle nove imprese.

Nel dicembre del 2019 la COMCO ha concluso con una conciliazione l'inchiesta svolta nei confronti di Brenntag Schweizerhall e di Bucher Langenthal. Dal 2014 al 2017 le due imprese si sono ripartite tra loro i clienti di **AdBlue**, una soluzione acquosa di urea che riduce l'emissione di ossidi di azoto contenuti nei gas di scarico dei motori diesel. Le due aziende si sono impegnate a non spartirsi più i clienti nella vendita di AdBlue. Nella sua decisione la COMCO ha tenuto conto del fatto che Brenntag è sia fornitore che concorrente di Bucher. Visto che nel caso presente la relazione verticale di fornitura tra Brenntag e Bucher assumeva un ruolo di primo piano, la COMCO non ha imposto alcuna sanzione.

Nell'anno in esame la COMCO ha analizzato in maniera approfondita **due concentrazioni di imprese**:

Attraverso il **Gateway Basilea Nord** (GBN), le FFS, Hupac e Rethmann vogliono creare un gateway per il traffico d'importazione e d'esportazione e per il traffico transalpino di merci. Una volta terminato, in aggiunta ai servizi di trasbordo su terraferma (strada e rotaia) GBN offrirà anche servizi di trasbordo per trasporti via nave. La COMCO ha esaminato a fondo il progetto e non ha sollevato obiezioni. Il progetto può sopprimere la concorrenza efficace nei servizi di trasbordo di container, di casse mobili e di semirimorchi per il traffico d'importazione e d'esportazione. Ciò riguarda in particolare il trasbordo su rotaia e il trasbordo da nave a rotaia. Tuttavia, GBN comporta anche un notevole risparmio di costi e di tempo nel trasporto combinato. In considerazione dei requisiti legali per un accesso non discriminatorio a GBN e degli ulteriori oneri imposti dall'Ufficio federale dei trasporti (UFT), la COMCO parte dal presupposto che GBN migliorerà in parte la concorrenza nel settore del traffico d'importazione e d'esportazione su rotaia. Questi vantaggi prevalgono sugli svantaggi di una posizione dominante di GBN nel settore dei servizi di trasbordo. Per questo motivo è stato possibile approvare questa concentrazione di imprese. Nell'ottobre del 2019 il TAF ha approvato un ricorso contro la decisione di finanziamento della Confederazione a favore di GBN per cui gli 83 milioni del finanziamento federale non possono al momento essere versati e l'attuazione del progetto è di conseguenza bloccata.

La COMCO ha inoltre esaminato il progetto di concentrazione di **Sunrise** e **Liberty Global**. Acquisendo UPC e la sua infrastruttura di rete via cavo, Sunrise diventerebbe la seconda impresa di telecomunicazioni in ordine di grandezza della Svizzera. Come Swisscom, Sunrise sarebbe quindi in grado di offrire servizi di rete fissa, internet a banda larga e servizi di telefonia mobile nonché la TV digitale su una propria infrastruttura in Svizzera. La COMCO ha esaminato a fondo il progetto di concentrazione dal punto di vista di una possibile posizione dominante congiunta con Swisscom giungendo alla conclusione che non vi sarebbe una posizione dominante collettiva e che un coordinamento tra le due imprese sarebbe improbabile perché le parti coinvolte nel progetto di concentrazione e Swisscom sono strutturate in modo diverso. Secondo la COMCO la concentrazione non porterebbe in nessuno dei mercati analizzati alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante e per questo ha autorizzato il progetto di concentrazione.

Nell'anno in esame la COMCO ha emanato due **raccomandazioni sulla base della legge sul mercato interno** (LMI).

Dall'inizio del 2020 la nuova **legge sulle professioni sanitarie** disciplina l'accesso alla professione dei professionisti della salute nei Cantoni. I Cantoni rilasciano l'autorizzazione all'esercizio della professione per varie professioni sanitarie, per esempio infermieri o fisioterapisti. La COMCO raccomanda ai Cantoni di riconoscere in linea di massima le autorizzazioni all'esercizio della professione di altri Cantoni senza ulteriore esame. I professionisti devono quindi essere autorizzati ad esercitare la professione unicamente sulla base dell'autorizzazione rilasciata dal Cantone di provenienza. Un esame supplementare può essere svolto soltanto se vi sono elementi concreti per ritenere che le condizioni di rilascio dell'autorizzazione del Cantone di provenienza non sono più soddisfatte. Le decisioni in merito al rilascio dell'autorizzazione ad esercitare la professione a professionisti della salute extracantonali devono essere prese con una procedura semplice, rapida e gratuita. Dopo la pubblicazione della raccomandazione la Segreteria ha ricevuto delle denunce da parte di un'associazione e di persone interessate. Gli interventi effettuati presso i Cantoni hanno consentito l'accesso conforme al diritto del mercato interno, tra l'altro per le ostetriche.

In primavera la COMCO ha emanato una raccomandazione in cui invita i Cantoni a rinunciare alla **riscossione di «emolumenti di protezione» nel settore degli appalti pubblici**. In determinati casi i servizi cantonali preposti chiedono agli offerenti interessati il versamento di un importo per l'ottenimento della documentazione del bando, tra l'altro per tutelare i segreti d'affari. La tassa ammonta spesso a diverse migliaia di franchi. La COMCO ne ha esaminato l'ammissibilità dal punto di vista della legge sul mercato interno ed è giunta alla conclusione che la riscossione di questo tipo di emolumenti rappresenti un ostacolo per l'accesso al mercato e influisca negativamente sulla concorrenza. Possibili partecipanti alla gara potrebbero di conseguenza decidere di non presentare un'offerta. La riscossione motivata sulla

base della LMI, per esempio per la tutela dei segreti d'affari, in linea di massima non è giustificata. In genere si può ricorrere a misure meno drastiche, per esempio ad accordi di riservatezza o alla diffusione graduale della documentazione del bando. La soluzione proposta dalla COMCO è stata ripresa per la revisione della legislazione sugli appalti pubblici.

2.2 Decisioni dei tribunali

Il 6 giugno 2016 la COMCO ha emanato una decisione che approvava la conciliazione con AMAG nella procedura **Incontri regionali (Stammtische) dell'Associazione degli agenti del gruppo Volkswagen (VPVW)/progetto Repo 2013**. Due parti interessate hanno impugnato la decisione presso il TAF. Il 3 maggio 2018 il TAF ha ritenuto che non fossero legittimate a ricorrere e per questa ragione non è entrato nel merito del ricorso delle imprese che non avevano firmato l'accordo di conciliazione. Nelle sentenze dell'8 maggio 2019 il TF ha confermato la decisione del TAF. La COMCO aveva applicato sanzioni per accordi illeciti alle quattro aziende che non erano giunte a una conciliazione con la COMCO. Già con una decisione del 19 ottobre 2015. Tre delle quattro aziende, tra cui due ricorrenti davanti al TF hanno contestato la decisione di sanzione; la procedura è pendente presso il TAF.

Il 24 giugno 2019 il TF ha deciso in merito alla legittimità del ricorso di **Ticketcorner contro il divieto di concentrazione con Starticket** pronunciato dalla COMCO. Il TF ha sospeso la sentenza del TAF incaricandolo di entrare nel merito del ricorso e di prendere una decisione.

Con sentenza del 26 giugno 2019 il TF ha respinto il ricorso di una delle parti contro la decisione del TAF del 24 ottobre 2017 (decisione di pubblicazione). La COMCO ha così potuto pubblicare integralmente la decisione del 29 giugno 2015 relativa alle sanzioni in materia di **bagni (commercio all'ingrosso di sanitari)**. Con la sua sentenza il TF ha confermato la prassi seguita nel caso Nikon e ha accolto le argomentazioni presentate dalla COMCO.

Il 30 gennaio 2019 il TAF ha emesso una decisione relativa alla **pubblicazione del rapporto finale di un'inchiesta preliminare**. Il TAF ha sostanzialmente difeso la decisione impugnata: i rapporti finali delle inchieste preliminari rappresentano delle «decisioni» ai sensi dell'articolo 48 capoverso 1 LCart e possono essere pubblicati (se come nel caso in questione sussiste un interesse pubblico alla pubblicazione). Il TAF ha accolto due punti del ricorso e ha rimandato la questione alla COMCO affinché effettuasse una nuova valutazione alla luce dei considerandi: da un lato il rapporto finale andava anonimizzato (la ricorrente deve comunque accettare che la sua identità possa emergere dalla situazione descritta), dall'altro il TAF ha classificato alcuni punti del rapporto finale come segreti d'affari, che quindi dovevano essere resi illeggibili. La ricorrente ha portato la decisione davanti al TF.

Il 29 novembre 2010 la COMCO ha comminato all'azienda **SIX** una sanzione di circa 7 milioni di franchi per aver ostacolato l'accesso alla funzione **DCC** (Dynamic Currency Conversion) ad altri fornitori di terminali. SIX Multipay aveva abusato della sua posizione dominante per favorire i terminali per carte di pagamento della sua consorella SIX Card Solutions: la funzione DCC lanciata nel 2005 da SIX Multipay era disponibile unicamente sui terminali della consorella a scapito di altri fornitori di terminali. La DCC è una funzione che permette la conversione in valute estere direttamente al terminale per carte di pagamento presso i commercianti. DCC consente al proprietario di una carta di credito o di debito estera di scegliere direttamente al terminale se pagare la somma dell'acquisto in franchi svizzeri o nella sua valuta nazionale. SIX aveva presentato ricorso presso il TAF. Nel maggio del 2019 il TAF ha pubblicato la sua decisione, che ha in gran parte confermato la decisione della COMCO. SIX ha impugnato la decisione presso il TF.

Il 24 ottobre 2019 il TAF ha deciso che alle parti non coinvolte in un procedimento non deve essere concessa la possibilità di **prendere visione di un'autodenuncia**. In precedenza erano ricorsi ai rimedi giuridici sempre coloro che avevano violato la legge sui cartelli al fine di impedire la consultazione dei documenti. Nel presente caso per la prima volta è stato un servizio di aggiudicazione, il Cantone dei Grigioni, a chiedere di accedere all'intera documentazione. Punto di partenza è stata la sua domanda di consultare tutti gli atti della procedura Münstertal passata in giudicato. La COMCO aveva concesso al richiedente un diritto di consultazione limitato, escludendo in particolare le autodenunce. Nel contempo aveva limitato l'impiego dei documenti forniti. Il TAF ha seguito la decisione della COMCO ritenendo l'interesse pubblico a proteggere l'istituto dell'autodenuncia più importante di quello del servizio di aggiudicazione del Cantone dei Grigioni a consultare gli atti. Il Cantone ha presentato ricorso presso il TF.

Il 27 maggio 2013 la COMCO ha sanzionato, per un totale di circa 16,5 milioni di franchi dieci **grossisti/distributori di libri francesi** per aver ostacolato le importazioni parallele. I grossisti avevano sviluppato sistemi di vendita che limitavano la concorrenza sul mercato in questione: i loro accordi esclusivi con le case editrici impedivano ai rivenditori di acquistare, nel periodo indicato, libri all'estero. Di conseguenza, tra il 2005 e il 2011 non erano praticamente avvenute importazioni parallele visto che ogni tentativo dei rivenditori di ricevere libri dall'estero a prezzi più bassi falliva inesorabilmente. Il 30 ottobre 2019 il TAF ha confermato la decisione della COMCO che gli accordi sono illeciti e quindi da sanzionare, riducendo tuttavia in quattro casi le sanzioni, che ammontano ora a circa 14,5 milioni di franchi. La maggioranza delle parti ha presentato ricorso presso il TF.

Con la sua decisione del 9 dicembre 2019 il TF ha respinto il ricorso di Swisscom contro la decisione del TAF in materia di **ADSL** e confermato la decisione del TAF, compresa la sanzione di 186 milioni di franchi circa. Le decisioni dei due tribunali si rifanno alla decisione della COMCO del 19 ottobre 2009. La COMCO era allora giunta alla conclusione che i prezzi richiesti da Swisscom per l'offerta di servizi per l'accesso a internet a banda larga erano tali, rispetto ai prezzi finali richiesti ai clienti, da impedire un margine sufficiente che consentisse ad altri offerenti di essere presenti sul mercato.

Una pratica del genere viene definita «effetto forbice». La sanzione applicata dalla COMCO ammontava a circa 220 milioni di franchi. Il 14 settembre 2015 il TAF ha confermato la decisione della COMCO, riducendo tuttavia la sanzione all'importo di circa 186 milioni di franchi confermato dal TF.

3 Attività nei vari ambiti economici

3.1 Costruzione

3.1.1 Accordi di appalto

Contro le decisioni pronunciate dalla COMCO in relazione agli **accordi di appalto nel Cantone dei Grigioni** (v. capitolo 2.1) sette delle dodici parti coinvolte hanno presentato ricorso al TAF. Sette ricorsi riguardano la decisione sul caso «Strassenbau» e una la decisione sul caso «Engadin II».

In relazione alla citata inchiesta «Strassenbau» è emerso il sospetto che le imprese di costruzione stradale collaborassero nel quadro di cosiddetti «**consorzi duraturi**» per ripartirsi a lungo termine progetti di costruzione stradale e stabilire l'importo delle offerte per le gare d'appalto. La COMCO ha in passato ripetutamente ribadito che dal punto di vista del diritto dei cartelli i consorzi favoriscono sostanzialmente la concorrenza e sono pertanto leciti. Un consorzio duraturo, ossia la ripartizione duratura e in comune di progetti edilizi e la spartizione del mercato può invece limitare in maniera illecita la concorrenza e quindi violare la legge sui cartelli, ma può anche favorire la concorrenza. La Segreteria ha pertanto aperto un'inchiesta preliminare per esaminare la situazione e valutare se vi siano o meno indizi di una limitazione illecita della concorrenza.

Sono tuttora pendenti presso il TAF i ricorsi contro la decisione della COMCO del luglio del 2016 secondo la quale otto imprese attive nel ramo della costruzione stradale e del genio civile nei distretti di **See-Gaster (SG) e March und Höfe (SZ)**, nel periodo compreso tra il 2002 e il 2009 si sono accordate illecitamente sui prezzi e l'aggiudicazione di diverse centinaia di gare d'appalto. Qualche impresa riteneva inoltre che la decisione della COMCO non potesse essere pubblicata. Una delle parti interessate ha presentato ricorso al TAF contro le due decisioni di pubblicazione della COMCO dell'ottobre del 2017. Con sentenza del 25 giugno 2019 il TAF ha sostanzialmente respinto il ricorso, accogliendo unicamente la richiesta di rendere illeggibili alcuni passaggi della decisione di sanzione, contrariamente a quanto previsto dalla decisione di pubblicazione della COMCO. Il TAF ha deciso inoltre che la decisione era stata notificata correttamente, che non era stato violato il diritto di essere sentiti, che non sussiste il diritto all'anonimizzazione e che le forchette erano corrette. Il TAF non ha ancora deciso in merito all'oggetto principale del ricorso.

Il 25 maggio 2018 il TAF ha in gran parte confermato la decisione della COMCO del 16 dicembre 2011 riguardante il settore **della costruzione stradale e del genio civile nel Cantone di Argovia** secondo la quale diciassette imprese attive nel Cantone avevano preso accordi nell'ambito di appalti ed erano quindi state multate dalla COMCO. Una delle imprese ha impugnato la decisione davanti al TF; il ricorso è ancora pendente. Due **servizi di aggiudicazione** del Cantone di Argovia hanno in questo contesto presentato la **richiesta di consultare** il testo integrale della decisione della COMCO e i relativi atti. La COMCO ha in parte approvato queste richieste. I ricorsi presentati in merito da due imprese sono stati accettati dal TAF con decisione del 23 ottobre 2018, che così ha rifiutato la consultazione anche solo parziale. In relazione alle decisioni riguardanti uno dei due servizi di aggiudicazione, il DEFR, in collaborazione con la COMCO, si è rivolto al TF. È essenziale chiarire questo aspetto, in quanto si tratta di capire in quale misura terzi, in particolare le parti lese dai cartelli, possano avere accesso agli atti per presentare una richiesta di risarcimento danni prima che una decisione di sanzione passi in giudicato. In attesa della decisione del TF su questo punto la COMCO ha sospeso una serie di altre richieste di consultazione.

3.1.2 Materiali edili e discariche

Nel gennaio del 2015 la COMCO ha aperto un'inchiesta contro varie imprese attive nel settore dei materiali edili e delle discariche nella regione di Berna. Dopo che per ragioni di economia processuale l'inchiesta è stata suddivisa in due parti – «KTB-Werke» (Impianti KTB), e «KAGA» (Materiali edili e discariche a Berna) – l'inchiesta minore, **KTB-Werke**, si è conclusa il 10 dicembre 2018 con una sanzione decisa dalla COMCO. I gruppi Kästli e Alluvia si sono accordati per anni su prezzi ed elementi di prezzo spartendosi il mercato di Berna e dintorni nel settore della ghiaia e del cemento. Le due parti hanno presentato ricorso al TAF, dove il procedimento è pendente. «**KAGA**», la maggiore delle due inchieste, si è rivelata più complessa di fatto e di diritto e si concluderà nel 2020.

Il 5 marzo 2019 la COMCO ha aperto un'inchiesta contro **due produttori d'asfalto** nel Cantone di Berna e gli azionisti di uno dei due. Vi erano elementi secondo i quali le due aziende avrebbero coordinato il loro comportamento sul mercato. L'inchiesta verte inoltre su un presunto accordo tra gli azionisti di una delle due aziende a non far concorrenza alla società gestita in comune. Vi sono anche indizi che portano a credere che uno di questi produttori disponga di una posizione dominante e che abbia abusato. In concreto, vi è il sospetto che abbia favorito i suoi azionisti e che abbia creato, a discapito di altri produttori di asfalto, un meccanismo che vincola i clienti a lungo termine.

3.1.3 Smaltimento

In relazione all'incenerimento per lo smaltimento di rifiuti urbani la Sorveglianza dei prezzi ha riscontrato un abuso in materia di prezzi da parte **dell'impianto «Limeco» di Dietikon** senza tuttavia arrivare con l'impresa a una conciliazione. Per emanare una decisione, la Sorveglianza dei prezzi deve consultare la COMCO in merito al potere sul mercato e alla concorrenza efficace. Nel suo preavviso del 15 luglio 2019 all'attenzione della Sorveglianza dei prezzi, la COMCO ha osservato che Limeco occupa una posizione dominante sul mercato rilevante e che i prezzi su tale mercato non sono il risultato di una concorrenza efficace (sui prezzi).

Le aziende di incenerimento dei rifiuti urbani svizzeri intendono costruire e gestire congiuntamente un **im-**

pianto di lavorazione di fanghi di idrossidi, un residuo ricco di metalli dell'incenerimento dei rifiuti. Per pianificare questo impianto – il cosiddetto impianto SwissZinc – è stata fondata l'omonima società, la SwissZinc AG, che ha chiesto alla COMCO di valutare il progetto e le ha presentato un annuncio per la procedura di opposizione. Il 29 ottobre 2019 la Segreteria della COMCO ha aperto un'inchiesta preliminare, i cui risultati dovrebbero essere disponibili nel secondo trimestre del 2020.

3.1.4 Sensibilizzazione sugli accordi di appalto

Per non combattere soltanto, ma impedire sul nascere gli accordi di appalto ci vogliono servizi di aggiudicazione informati e sensibilizzati a tutti i livelli. L'individuazione tempestiva di possibili accordi illeciti è più efficace che condurre a posteriori dei procedimenti. Dopo aver organizzato, nel 2009 e nel 2014, **eventi di sensibilizzazione nei Cantoni della Svizzera tedesca sul tema degli accordi di appalto**, anche quest'anno la Segreteria della COMCO si è rivolta ai Cantoni. Tra maggio e dicembre del 2019, si sono svolte 22 manifestazioni in 17 Cantoni (in parte congiuntamente nei Semicantoni) sul tema degli accordi di appalto e della legge sul mercato interno alle quali hanno partecipato all'incirca 500 persone.

Come nelle manifestazioni precedenti lo scopo era di sensibilizzare i servizi di aggiudicazione su tali accordi, di far conoscere la prassi recente della COMCO e di mettere a disposizione dei partecipanti strumenti che consentano loro di riconoscere e impedire gli accordi di appalto. Le manifestazioni informavano anche sugli aspetti rilevanti della LMI in relazione agli **acquisti pubblici**, in particolare su definizioni, procedure, standard minimi e violazioni.

In aggiunta a questi eventi, la COMCO e la Segreteria tengono conferenze in occasioni particolari presso associazioni, aziende della Confederazione ecc.

3.2 Servizi

3.2.1 Servizi finanziari

Nel settore dei servizi finanziari si sono concluse definitivamente con una conciliazione due inchieste sui corsi di cambio («**Forex**») riguardanti il cartello «Three way banana split», al quale hanno partecipato Barclays, Citigroup, JPMorgan, Royal Bank of Scotland (RBS) e UBS e il cartello «Essex express» nel quale sono state coinvolte Barclays, MUFG Bank, RBS e UBS. La COMCO ha applicato sanzioni per un totale di circa 90 milioni di franchi. Contro Credit Suisse è in corso un'inchiesta secondo la procedura ordinaria. L'inchiesta nei confronti di Julius Bär e della Banca cantonale di Zurigo è stata archiviata (v. capitolo 2.1).

L'inchiesta relativa a possibili accordi tra banche nel commercio di **metalli preziosi** (Precious Metals) è stata archiviata. I sospetti che avevano portato all'apertura dell'inchiesta non sono stati confermati.

Nelle inchieste IBOR è stato raggiunto un nuovo obiettivo intermedio. Le inchieste contro le banche Lloyds e Rabobank in merito ai prodotti derivati su tassi d'interesse in yen basati sul tasso di riferimento **Yen LIBOR** hanno potuto essere chiuse con una conciliazione e delle sanzioni. Contro altre parti le inchieste Yen LIBOR / Euroyen TIBOR ed EURIBOR sono ancora in corso (v. capitolo 2.1).

Nell'inchiesta sul **leasing di automobili** la Camera per le decisioni parziali ha approvato per otto delle nove parti interessate un accordo di conciliazione e ha applicato nei loro confronti una sanzione di circa 30 milioni di franchi perché avevano scambiato informazioni sui tassi di leasing. Non è stato possibile giungere a un accordo con la Ford Credit Switzerland e pertanto contro questa impresa l'inchiesta prosegue secondo la procedura ordinaria che sarà conclusa con una decisione finale della commissione al completo. Una destinataria della decisione parziale ha presentato ricorso per cui la procedura al momento è passata in giudicato soltanto per sette parti (v. capitolo 2.1).

L'inchiesta aperta l'anno scorso in relazione al **boicottaggio di Apple Pay** è proseguita nell'anno in esame. Varie audizioni effettuate durante il procedimento sono state contestate. Vi è disaccordo tra le parti interessate e l'autorità soprattutto in merito a quali dei collaboratori attuali e degli ex collaboratori di un'impresa siano da interrogare come testimoni e quali come parte in causa. In una sentenza di inizio dicembre il TAF ha stabilito che i collaboratori che facevano parte degli organi delle imprese siano da interrogare come testimoni ma che possano rifiutarsi di testimoniare basandosi sul diritto al silenzio dell'impresa (principio *nemo tenetur*). Per chiarire se sussista un tale diritto extragiuridico di rifiutare la testimonianza la decisione è stata portata dall'autorità davanti al TF.

La Segreteria è riuscita a ottenere un risultato positivo nel procedimento **DCC**. Il TAF ha confermato con sentenza del 18 dicembre 2018 la decisione della COMCO del 29 novembre 2010 di applicare sanzioni nei confronti di SIX Group e di SIX Payment Services. La sentenza è stata tuttavia impugnata dalle ricorrenti davanti al TF.

Alla Segreteria sono inoltre pervenute varie richieste di consulenza nell'ambito dei servizi finanziari. Va citata a questo proposito la consulenza riguardante la sostituzione dei tassi di riferimento LIBOR con il **SARON** (Swiss Average Rate Overnight). La Segreteria è stata interpellata dal gruppo di lavoro nazionale per i tassi di riferimento della Banca nazionale svizzera che le ha chiesto di esaminare l'ammissibilità dal punto di vista del diritto dei cartelli di determinate raccomandazioni nell'ambito dei prodotti di credito basati sul SARON (p. es. ipoteche).

Infine, nell'ambito dei servizi finanziari sono state esaminate e autorizzate varie **concentrazioni d'imprese**, per esempio la vendita di Investlab ad Allfunds da parte di CS.

3.2.2 Sistema sanitario

Nel settembre del 2019 le autorità in materia di concorrenza hanno aperto un'inchiesta contro varie imprese svizzere e internazionali che operano nell'ambito della produzione, della distribuzione e della vendita del principio attivo della **scopolamina butilbromuro**. Ci sono indici che queste imprese abbiano tenuto alto il prezzo di vendita di questo principio attivo e si siano ripartite i mercati internazionali. Nell'ambito dell'inchiesta, condotta in cooperazione con le autorità in materia di concor-

renza europee, si tratterà di stabilire se esistono effettivamente delle restrizioni illecite della concorrenza.

Nel corso dell'anno la Segreteria ha risposto a cinque **richieste di consulenza** provenienti dal settore sanitario, tre delle quali in relazione alla possibilità di fissare tariffe per prestazioni ospedaliere e ambulatoriali nell'ambito dell'assicurazione complementare. Basandosi sulla prassi delle autorità in materia di concorrenza, la Segreteria si è espressa in maniera scettica in merito.

La COMCO ha inoltre valutato le seguenti **concentrazioni di imprese** nel settore sanitario: Migros/Topwell; Bristol Meyer Squibb/Celgene; Medbase AG/LUKS; Medbase AG/Spital STS AG; Medbase AG/Zur Rose. Dopo un esame preliminare queste concentrazioni hanno ottenuto l'approvazione della COMCO.

Numerose richieste di cittadini e più di 150 procedure di consultazione, principalmente relative a interventi parlamentari nell'ambito delle assicurazioni sociali e dei mercati sanitari hanno richiesto ulteriori risorse della Segreteria.

3.2.3 Servizi delle professioni liberali e altri ambiti professionali

L'inchiesta aperta all'inizio del 2018 nei confronti dell'associazione degli **istruttori di guida dell'Alto Vallese** e dei suoi membri attivi si è conclusa nella primavera del 2019 con una conciliazione. Ai membri attivi sono stati inflitti una sanzione di 50 000 franchi per aver concordato illecitamente i prezzi e il pagamento di 30 000 franchi per i costi del procedimento. L'inchiesta sui cartelli avviata a seguito della segnalazione alla Sorveglianza dei prezzi da parte di un cittadino mostra che la collaborazione tra la Sorveglianza dei prezzi e la COMCO funziona bene (v. capitolo 2.1).

L'inchiesta aperta nel 2018 nei confronti di dieci **imprese ginevrine attive nella fornitura di installazioni e servizi elettrici** è in corso.

Le commissioni applicate dalla **piattaforma di prenotazioni online Booking.com** nei confronti degli alberghi in Svizzera sono oggetto di un procedimento del Sorvegliante dei prezzi. Come previsto dalla legge sulla sorveglianza sui prezzi, il Sorvegliante dei prezzi ha consultato la COMCO all'inizio del 2019 in merito alla sua valutazione della posizione sul mercato di Booking.com. Nel suo preavviso dell'aprile del 2019 la COMCO giunge alla conclusione che in base alla legge sulla sorveglianza dei prezzi Booking.com è un'impresa che domina il mercato e che le commissioni che applica non sono il risultato di una concorrenza efficace. Sulla base di questa analisi l'entità delle commissioni di Booking.com rientra nella sfera di competenza del Sorvegliante dei prezzi che sta ora esaminando se le commissioni di Booking.com siano abusive ai sensi della legge sulla sorveglianza sui prezzi.

Infine, la Segreteria ha condotto varie **procedure in ambito sportivo** in particolare in relazione alla Federazione internazionale delle associazioni delle guide di montagna, alle attività di paracadutismo in tandem e ai voli in tandem in parapendio e deltaplano. Poiché queste attività sono regolamentare da associazioni private, la loro organizzazione potrebbe rendere più difficile l'accesso al mercato alle imprese che non ne fanno parte.

3.3 Infrastruttura

3.3.1 Telecomunicazione

Nel dicembre del 2019 la Segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare su **Swisscom Directories** contro Swisscom e Swisscom Directories. Si tratta di verificare se vi siano indizi di una posizione dominante sul mercato nell'ambito degli elenchi telefonici e del marketing digitale e di un abuso di questa posizione da parte di Swisscom e Swisscom Directories. Si sospetta in particolare che i dati non siano trasmessi a terzi e che la conclusione di contratti sia subordinata alla fornitura di vari servizi.

L'inchiesta preliminare riguardante la **connessione a banda larga di siti industriali (connessione WAN)** è stata portata avanti.

La COMCO ha sottoposto a un esame approfondito il progetto di concentrazione **Sunrise/Liberty Global**. Al termine dell'esame la COMCO ha dato la sua autorizzazione (v. capitolo 2.1).

La COMCO ha inoltre esaminato la concentrazione **Swisscom Directories/Websheep** nella quale Swisscom Directories aveva intenzione di rilevare da Swissvit il 100 % delle quote sociali di Websheep. Anche in questo caso la COMCO ha dato la sua autorizzazione al termine dell'esame preliminare.

3.3.2 Media

L'inchiesta avviata nel maggio del 2017 dalla COMCO nei confronti di UPC Svizzera per indizi di abuso di posizione dominante sul mercato della trasmissione di incontri di **hockey su ghiaccio su canali della TV a pagamento** è proseguita ed è stato necessario emanare varie decisioni incidentali. Nell'estate del 2016 UPC aveva acquisito dalla Swiss Ice Hockey Federation i diritti relativi alla trasmissione degli incontri del maggior campionato svizzero di hockey su ghiaccio per cinque anni a decorrere dalla stagione 2017/18. L'inchiesta è volta principalmente a stabilire se UPC impedisca ingiustificatamente alla concorrenza – soprattutto a quella che non opera sulla rete via cavo – di trasmettere gli incontri in questione.

Nell'ambito dei media la COMCO ha dovuto esaminare diversi **progetti di concentrazione**: con la concentrazione Tamedia/Zattoo International la società Tamedia intendeva assumere il controllo esclusivo di Zattoo International. Nel caso della concentrazione Infront/Ringier II, Ringier intendeva assumere il controllo esclusivo di Infront Ringier Sports & Entertainment Switzerland. Nel caso di Tamedia/Planet 105, Tamedia intendeva acquisire il controllo esclusivo sulla parte dell'impresa «Planet 105». Dopo un esame preliminare queste concentrazioni hanno ottenuto l'approvazione della COMCO.

Il 30 ottobre 2019 il TAF ha essenzialmente confermato la decisione della COMCO del 27 maggio 2013 in materia di **prezzi dei libri sul mercato romando (marché du livre en français)**. Il tribunale è giunto alla conclusione che nove imprese avessero preso accordi tali da portare a un divieto della vendita passiva da parte di altri vendi-

tori autorizzati eliminando in tal modo la concorrenza sul mercato dei libri in lingua francese (v. capitolo 2.2).

3.3.3 Energia

Il 30 gennaio 2019 la COMCO ha aperto un'inchiesta in materia di **accesso alla rete** nei confronti di Erdgas Zentralschweiz (EGZ) ed ewl Energie Wasser Luzern Holding (ewl). L'inchiesta dovrà verificare se EGZ ed ewl detengono una posizione dominante in materia di trasporto e distribuzione di gas naturale attraverso le loro reti e se abusano di tale posizione per impedire a terzi di accedere alle loro reti e di fornire gas naturale a determinati utenti finali nel comprensorio di rete di ewl.

L'**inchiesta preliminare** contro un **gestore di una rete di gas naturale** si è conclusa con un rapporto finale il 23 luglio 2019. La Segreteria è giunta alla conclusione che sussistano indizi di pratiche illecite da parte di un'impresa che domina il mercato. A condizione che tali pratiche siano abbandonate entro il 1° ottobre 2019 la COMCO ha deciso per ora di non aprire un'inchiesta. L'inchiesta preliminare ha riguardato in particolare il calcolo e la fatturazione diversi dei corrispettivi per l'utilizzazione della rete nel caso di clienti finali che ricevevano forniture dall'azienda e nel caso di clienti che ricevevano forniture da terzi.

Nel settembre del 2019 la Segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare contro un gestore di rete elettrica. L'inchiesta dovrà chiarire se vi siano indizi di un impiego da parte del gestore di **dati del settore di monopolio** per attività in altri mercati, in particolare in quello della costruzione e della manutenzione di impianti fotovoltaici. Potrebbe quindi trattarsi di una pratica illecita da parte di un'impresa che domina il mercato.

Nel settore energetico la COMCO ha dovuto esaminare due **concentrazioni di imprese**: nel caso della concentrazione BKW Energie/swisspro group, BKW Energie intendeva acquisire il 100 % del capitale azionario di swisspro group. Nel caso Gasverbund Mittelland/Gaznat /SET Swiss Energy Trading si trattava di un progetto di concentrazione riguardante misure di scorporo di SET Swiss Energy Trading. Swissgas ed Erdgas Ostschweiz intendevano vendere le loro partecipazioni a SET ai rimanenti azionisti Gasverbund Mittelland, Gaznat ed Erdgas Zentralschweiz. Dopo un esame preliminare queste concentrazioni hanno ottenuto l'approvazione della COMCO.

Nel settore dell'elettricità la Segreteria e la COMCO sono state interpellate più volte, rispettivamente, nel quadro di consultazioni di uffici e di indagini conoscitive nonché di procedure di consultazione, in particolare in merito alla liberalizzazione completa del mercato della fornitura agli utenti finali. Il 14 febbraio 2020 si è inoltre conclusa la procedura di consultazione sulla nuova **legge sull'approvvigionamento di gas**.

3.3.4 Trasporti

Nel settore del trasporto merci, la COMCO ha esaminato a fondo il progetto di concentrazione **FFS/Hupac/Rethmann/GBN**. Il progetto è stato approvato dalla COMCO (v. capitolo 2.1).

Nel dicembre del 2019 la COMCO ha effettuato un esame approfondito anche in relazione al progetto di concentrazione **FFS Cargo**. In questo progetto le FFS, Planzer-Holding e Camion-Transport Wil CT intendevano assumere il controllo congiunto di FFS Cargo. Dall'esame preliminare sono emersi indizi di una creazione o di un rafforzamento di una posizione dominante. Ciò riguarda vari mercati nel settore del trasporto merci su rotaia, dei servizi di operatore e dei servizi di trasbordo. Vi sono inoltre indizi che si possa creare una posizione dominante collettiva nel settore dei servizi di trasbordo. Nel caso degli esami approfonditi la COMCO ha a disposizione un termine legale di quattro mesi per valutare se una concentrazione crea o rafforza una posizione dominante sul mercato, potenzialmente in grado di sopprimere la concorrenza efficace.

Presso il TAF rimane pendente la procedura di ricorso relativa al **trasporto aereo di merci**. Diverse parti hanno impugnato la decisione della COMCO del 2 dicembre 2013 che infliggeva a 11 compagnie aeree sanzioni complessive per circa 11 milioni per aver concluso accordi orizzontali sui prezzi. In questo caso si trattava anche di stabilire se e in che misura pubblicare la decisione: i nove ricorsi presentati riguardo ai contenuti pubblicabili sono stati parzialmente accolti dal TAF il 30 ottobre 2017. Dopo il rinvio alla COMCO, quest'ultima il 12 novembre 2018 ha deciso la pubblicazione di una versione riveduta. Anche contro questa decisione è stato interposto ricorso.

3.4 Produzione

3.4.1 Accordi verticali

Il perseguimento di accordi che ostacolano le importazioni parallele o dirette e/o la definizione dei prezzi dei rivenditori è da diversi anni un elemento centrale delle attività delle autorità della concorrenza. Nel 2019 la COMCO ha concluso con una conciliazione le due inchieste **Bucher Landtechnik** e **Stöckli** (v. capitolo 2.1).

In relazione al tema «**Isola dei prezzi elevati**» la Segreteria ha svolto varie osservazioni del mercato per sospetti accordi sui prezzi, isolamento del mercato e impedimento del commercio online. In vari casi sono stati modificati i contratti e inviate circolari ai rivenditori ai fini di una maggiore chiarezza e per evitare malintesi.

3.4.2 Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio

Nell'ambito di un'osservazione del mercato la Segreteria ha effettuato un sondaggio presso i grandi commercianti al dettaglio svizzeri esaminando in particolare se **nell'acquisto di derrate alimentari all'estero** si trovino di fronte a limitazioni rilevanti dal punto di vista della legislazione sui cartelli. Dal sondaggio non sono emersi indizi concreti di una limitazione illecita della concorrenza ai sensi della legge sui cartelli. I commercianti al dettaglio interrogati hanno tuttavia sottolineato che gli ostacoli al commercio statali, per esempio dazi elevati sui prodotti agricoli e prescrizioni in relazione alla confezione dei prodotti, alla dichiarazione e alla prova dell'origine rendono più difficili le importazioni parallele.

Alla fine di novembre del 2019 il Consiglio federale ha proposto, nell'ambito del pacchetto di misure contro i prezzi elevati in Svizzera, l'**abolizione dei dazi doganali sui prodotti industriali** e ha approvato il relativo mes-

saggio all'attenzione del Parlamento. L'abolizione dei dazi doganali sui prodotti industriali consente di importare in franchigia doganale gran parte dei prodotti industriali. In tal modo cessa anche gran parte degli obblighi derivanti dalle prove dell'origine per l'importazione in franchigia dei prodotti industriali. Per l'importazione di derrate alimentari si applicano invece i dazi sui prodotti agricoli, che vengono mantenuti. Nella procedura di consultazione la COMCO aveva fortemente appoggiato l'abolizione dei dazi doganali sui prodotti industriali. A suo parere l'eliminazione degli ostacoli tariffari e non tariffari – in particolare l'abolizione unilaterale dei dazi doganali sui prodotti industriali, la riduzione dei dazi doganali sui prodotti agricoli e la riduzione del numero di eccezioni al principio Cassis de Dijon nonché di regolamentazioni e norme specifiche della Svizzera – rappresenta uno strumento primario ed efficace per promuovere la concorrenza in Svizzera ed esercitare una pressione sensibile sui prezzi.

3.4.3 Industria orologiera

Il 16 dicembre 2019 la COMCO, basandosi sulla precedente inchiesta, ha preso delle misure precauzionali nella procedura di riesame sulla **sospensione delle forniture nel caso Swatch Group**. Nell'ottobre del 2013 la COMCO ha approvato una conciliazione con Swatch Group che prevedeva che la società affiliata ETA Manufacture Horlogère Suisse (ETA) dovesse fornire ai suoi clienti fino alla fine del 2019 una quantità di movimenti meccanici gradualmente ridotta e che dopo tale data non avesse più alcun obbligo di fornitura. Nel frattempo doveva crearsi una concorrenza a ETA sul mercato in grado di soddisfare la domanda di movimenti meccanici di produttori indipendenti di orologi. La COMCO si era riservata la facoltà di prendere una nuova decisione se all'inizio del 2020 non fosse presente sul mercato un numero sufficiente di offerte alternative ai movimenti meccanici di ETA. Dato che vi erano indizi in tal senso, nel novembre del 2018 la COMCO ha avviato una procedura di riesame. Non essendo possibile prendere una decisione prima della fine del 2019, la COMCO ha deciso di adottare delle **misure precauzionali** applicabili fino a che non fosse giunta a una decisione, comunque non oltre il 31 dicembre 2020. L'esito della procedura di riesame rimane così aperto. L'obbligo di fornitura di ETA viene prolungato formalmente fino al momento della decisione finale della COMCO. In base alla pianificazione degli ordini ETA per il momento non effettua forniture. Ciò significa che non deve fornire ai clienti che ha rifornito finora ma nel contempo non può nemmeno fornire a singoli (grandi) clienti selezionati. In questo modo si fa sì che la società non metta a rischio gli investimenti fatti finora dai suoi concorrenti. ETA può continuare a fornire volontariamente movimenti meccanici alle PMI, le quali devono tuttavia beneficiare dello stesso trattamento.

3.4.4 Settore automobilistico

Il 9 dicembre 2019 la COMCO ha esteso l'inchiesta **Concessionari Volkswagen**, aperta nel giugno del 2018, ad altre fattispecie e ad altri concessionari autorizzati del Cantone del Ticino di veicoli del Gruppo Volkswagen. Oltre a presunti accordi di appalto illeciti nell'acquisto di automobili e veicoli commerciali delle marche citate nel Cantone del Ticino, l'inchiesta si concentra ora anche su possibili accordi illeciti sulle condizioni di vendita dei veicoli e la ripartizione del mercato per zone.

Nel settembre del 2019 la COMCO ha aggiornato la **Comunicazione autoveicoli (ComAuto)** e il relativo **opuscolo esplicativo**. Sulla base della sentenza del TF nel caso *Gaba* e della recente prassi seguita dalla Segreteria in relazione alla garanzia del costruttore, per ragioni di certezza giuridica e di trasparenza ha apportato varie modifiche e ha prolungato la validità della suddetta comunicazione fino al 31 dicembre 2023. Si tratta soltanto di un aggiornamento della comunicazione e dell'opuscolo esplicativo. La questione di un'eventuale revisione si porrà solo in vista dello scadere della validità alla fine del 2023.

La Segreteria ha esaminato se e in che misura AMAG attui i provvedimenti raccomandati nell'inchiesta preliminare sulla **rete di distribuzione AMAG** per eliminare e impedire le limitazioni alla concorrenza descritte nel rapporto finale. La Segreteria continuerà a osservare gli sviluppi del caso.

Nell'ambito di un'osservazione del mercato la Segreteria ha esaminato l'ammissibilità della **limitazione della garanzia del costruttore** per veicoli acquistati presso rivenditori ufficiali. È giunta alla conclusione che il rifiuto di rilasciare una garanzia del costruttore per veicoli importati direttamente o parallelamente possa costituire una protezione territoriale assoluta indiretta. Nell'ambito di un sistema di distribuzione selettivo conforme alla legge sui cartelli un costruttore o un importatore di veicoli non viola tuttavia la legge sui cartelli se concede la garanzia soltanto sui veicoli nuovi acquistati presso distributori autorizzati. La COMCO ha inserito questa precisazione nell'opuscolo esplicativo della ComAuto.

La Segreteria ha inoltre approfondito varie segnalazioni di rivenditori e officine in base alle quali un costruttore di autoveicoli limitava i suoi distributori autorizzati nell'**acquisto di pezzi di ricambio**. Vi era inoltre il sospetto che in tal modo i produttori di ricambi venissero limitati nella vendita di ricambi ai rivenditori e alle officine autorizzati. Secondo la ComAuto simili limitazioni sono da considerarsi un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza. La Segreteria ha sottoposto al costruttore i reclami e ha formulato delle raccomandazioni che sono state attuate da quest'ultimo.

Per quanto riguarda varie **disdette di contratti di vendita e di servizi** la Segreteria ha esaminato se siano avvenute nel rispetto dei termini di disdetta conformemente alla ComAuto. Quando i termini di disdetta sono rispettati, in genere le autorità in materia di concorrenza non intervengono se non vi sono concreti indizi di una limitazione illecita della concorrenza. La ComAuto assicura che anche le officine non concessionarie possano effettuare riparazioni e fornire assistenza. La Segreteria esamina con attenzione le segnalazioni di una limitazione dell'accesso delle officine indipendenti a ricambi o a informazioni tecniche.

Le disdette dei contratti sono state anche un tema centrale nello scambio di informazioni svoltosi nel novembre del 2019 con i tribunali civili per l'**attuazione parallela della legge sui cartelli sul piano del diritto civile e del**

diritto amministrativo. Gran parte dei contenziosi riguardanti il diritto dei cartelli valutati dai tribunali civili negli ultimi dieci anni riguardavano la disdetta di contratti di assistenza. I rappresentanti delle autorità in materia di concorrenza hanno ricordato a questo proposito che in caso di dubbi circa la liceità di una limitazione della concorrenza i tribunali civili devono rivolgersi alla COMCO per avere un suo parere. Sono state inoltre indicate possibili misure per rafforzare il diritto civile in materia di cartelli.

In due sentenze dell'8 maggio 2019 nel caso **Incontri regionali PVW/progetto Repo 2013** il TF ha confermato le sentenze del TAF secondo le quali le parti che non hanno partecipato a una conciliazione non erano legittimate a impugnare la decisione della COMCO che la approvava (v. capitolo 2.2).

3.4.5 Agricoltura

La COMCO ha partecipato alla procedura di consultazione relativa alla **politica agricola a partire dal 2022 (PA22+)** presentando varie proposte, per esempio: ridurre ulteriormente le protezioni doganali, sostituire l'assegnazione di quote del contingente doganale in base alle prestazioni nazionali con metodi di assegnazione più neutrali sotto il profilo della concorrenza e abolire il sostegno del prezzo del latte.

Nel 2019 la Segreteria ha partecipato a una trentina di consultazioni degli uffici in relazione a tematiche agricole, in particolare nel quadro di modifiche di ordinanze, della PA22+ e di una ventina di interventi parlamentari. In diversi casi le richieste indirizzate alla Segreteria in merito a questioni agricole hanno portato a colloqui, consulenze e osservazioni del mercato.

Nell'anno in esame alla COMCO sono state inoltre notificati vari progetti di concentrazione di imprese attive nei mercati a valle del settore agricolo. La COMCO ha esaminato tra l'altro la fondazione di un'impresa comune costituita da IP-Suisse e dal gruppo Migros nel campo del commercio di suini. Dagli esami preliminari non sono emersi indizi tali da far ritenere che il progetto potrebbe portare alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante. La COMCO ha quindi deciso di non approfondire l'esame.

3.4.6 Altri ambiti

Il 2 dicembre 2019 la COMCO ha concluso con una conciliazione l'inchiesta **AdBlue** avviata nei confronti di Brenntag Schweizerhall e di Bucher Langenthal (v. capitolo 2.1).

Nel settembre del 2019 la Segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare nei confronti di un importatore generale nel settore della **vendita di motocicli e scooter**. Sono oggetto dell'inchiesta preliminare tra l'altro indizi di possibili accordi illeciti sui prezzi e di protezione territoriale.

Il 30 gennaio 2019 il TAF ha preso una decisione in materia di **pubblicazione del rapporto finale di un'inchiesta preliminare** (v. capitolo 2.2) in base alla quale la Segreteria può pubblicare rapporti finali di inchieste preliminari, tuttavia anonimizzandoli.

3.5 Mercato interno

La **legge federale sul mercato interno (LMI)** garantisce la libera circolazione intercantonale e lo svolgimento di gare pubbliche per le concessioni nonché la tutela di prescrizioni minime negli appalti cantonali. La COMCO deve vigilare sul rispetto della legge sul mercato interno.

La LMI prevede il diritto di accesso al mercato nell'ambito intercantonale in base al principio di provenienza, vale a dire, l'accesso al mercato va in linea di massima concesso se nel luogo di provenienza l'attività è esercitata legalmente. Per quanto riguarda la libera circolazione intercantonale, l'attività della COMCO si è incentrata sul **sistema sanitario**. Da un lato la COMCO ha emanato una raccomandazione per l'attuazione della legge sulle professioni sanitarie (v. capitolo 2.1), dall'altro la Segreteria ha effettuato un'osservazione del mercato in merito all'accesso al mercato delle cure extraospedaliere (Spitex).

L'**osservazione del mercato Spitex** ha esaminato la concessione dell'accesso al mercato per le organizzazioni Spitex extracantonali in 13 Cantoni. L'osservazione era stata avviata in seguito alla segnalazione di un'organizzazione Spitex attiva a livello nazionale. Dall'analisi sono emerse notevoli differenze cantonali; inoltre solo una minoranza dei Cantoni attuava correttamente le prescrizioni in materia di mercato interno. La maggioranza dei Cantoni non teneva correttamente conto delle prescrizioni della LMI nell'ammissione di organizzazioni Spitex extracantonali. In certi casi la procedura non era semplice, rapida e gratuita. Inoltre, molti Cantoni non rilasciavano l'autorizzazione sulla base di quella del Cantone di origine, ma, senza motivi sufficienti, chiedevano la presentazione di documentazione aggiuntiva. La Segreteria ha analizzato la prassi seguita dai vari Cantoni e ha comunicato i risultati alle direzioni sanitarie cantonali.

Sempre in relazione al libero accesso al mercato la COMCO ha emanato due **raccomandazioni rivolte alle autorità ticinesi**. Nella prima, del 25 febbraio 2019, ha esaminato il progetto della nuova legge ticinese sulle imprese artigianali (LIA). La COMCO è giunta alla conclusione che in particolare l'obbligo di iscriversi a un albo professionale non sia conforme al diritto sul mercato interno. Nella stessa data la COMCO ha emanato una seconda raccomandazione destinata al Cantone del Ticino relativa all'attuazione conforme alla legge sul mercato interno di una modifica al regolamento di applicazione della legge edilizia ticinese. È stata trattata in particolare la questione di come potrebbe essere strutturata concretamente la notifica preliminare di chi intende intraprendere un'attività.

La LMI prevede anche prescrizioni minime per le gare d'appalto cantonali. La COMCO ha a questo proposito emanato una raccomandazione sull'ammissibilità limitata degli **emolumenti di protezione** (v. capitolo 2.1) e il 21 ottobre 2019 un parere sull'applicazione del principio **del luogo della prestazione**. Il parere della COMCO rispondeva, all'attenzione dei Cantoni, alla domanda se dopo la revisione della legislazione sugli acquisti pubblici a livello cantonale per le condizioni di lavoro valga il principio del luogo della prestazione. Sulla base della

legge sul mercato interno, in questo ambito vale ancora il principio del luogo d'origine.

Il 21 giugno 2019 il Parlamento ha approvato la **revisione della legislazione sugli acquisti pubblici**. Ai fini dell'armonizzazione a livello cantonale il 15 novembre 2019 i Cantoni hanno approvato il Concordato intercantonale sugli appalti pubblici (CIAP) riveduto. Nell'ambito della revisione della legislazione sugli acquisti pubblici la COMCO si è impegnata negli ultimi anni a favore della concorrenza e in particolare degli aspetti relativi al diritto sul mercato interno. Le osservazioni della COMCO sono in gran parte state considerate, per esempio è stato mantenuto nella LMI il diritto di ricorso della COMCO. La revisione della legislazione sugli acquisti pubblici ha comportato anche la revisione in alcuni punti della LMI. Dal punto di vista materiale in futuro le concessioni di interesse pubblico saranno soggette al diritto sugli acquisti pubblici.

Alla COMCO sono inoltre pervenute varie **segnalazioni** su pratiche da parte di servizi di aggiudicazione che potrebbero essere contrarie alla legislazione sugli acquisti pubblici e sul mercato interno. Nel caso delle supposte violazioni delle prescrizioni minime in materia di acquisti pubblici della LMI la Segreteria si è rivolta ai servizi in questione chiedendo informazioni e formulando suggerimenti. Per quanto riguarda la legislazione sugli acquisti pubblici si è posta spesso anche la domanda se l'acquisto di elettricità sia soggetto alla legislazione sugli acquisti pubblici. A seguito di una segnalazione, la Segreteria ha esaminato nell'ambito di un'osservazione del mercato in che misura l'**acquisto di elettricità** da parte delle imprese di trasporto urbano di Berna sia soggetto alla legislazione sugli acquisti pubblici e se eventualmente l'aggiudicazione possa avvenire mediante trattativa privata.

Secondo la LMI, il **trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli cantonali** deve svolgersi su concorso e in modo non discriminatorio. La COMCO ha presentato un preavviso al TF riguardante i servizi di soccorso nel Cantone del Vallese. Si trattava di stabilire se per l'ammissione di imprese nel campo dei servizi di soccorso sia da effettuare una gara d'appalto pubblica.

La **campagna di sensibilizzazione** relativa agli accordi di appalto e al diritto sul mercato interno effettuata nei Cantoni (v. capitolo 3.1.4) ha contribuito a far conoscere maggiormente la LMI.

3.6 Indagini

Nel 2019 sono state effettuate tre perquisizioni. La prima ha riguardato due produttori d'asfalto nel Cantone di Berna, la seconda è avvenuta nel quadro dell'inchiesta sulla scopolamina butilbromuro. Si è trattato della prima operazione effettuata simultaneamente in tutte e tre le regioni linguistiche della Svizzera. La terza perquisizione si è svolta alla fine dell'anno in Ticino con l'estensione del procedimento «Concessionari VW» ad altre imprese.

In relazione alla domanda in sospeso riguardo a quali collaboratori (attuali o precedenti) e organi di un'impresa possano riferirsi al principio del *nemo tenetur*, all'inizio di dicembre il TAF ha emanato una decisione con la quale ha confermato una decisione precedente che stabiliva che gli ex rappresentanti di organi siano da ascoltare come testimoni ma che questi ultimi possano rifiutarsi di rispondere a domande che possono incriminare l'impresa. Questa decisione è stata impugnata davanti al TF in modo che questa problematica possa essere chiarita dalla massima istanza giudiziaria (v. capitolo 3.2.1).

Per l'anno in esame va infine segnalato uno sviluppo negativo a livello internazionale: l'ECN Forensic IT Working Group è stato trasformato nell'ECN Digital Investigations and Artificial Intelligence Working Group. Al nuovo gruppo possono ora partecipare soltanto rappresentanti degli Stati membri e dello Spazio economico europeo. La Segreteria cercherà di compensare almeno in parte questa esclusione stabilendo più contatti bilaterali con le autorità degli Stati membri e la Commissione UE.

3.7 Affari internazionali

UE: l'**accordo di cooperazione tra Svizzera e UE** in vigore dal 1° dicembre 2014 continua a dare buoni risultati. Va sottolineato in particolare che nell'anno in esame sono state effettuate delle perquisizioni coordinate: in Svizzera, in vari Stati membri dell'UE e in altri Paesi per i quali tuttavia l'accordo di cooperazione con l'UE non vale, sono state effettuate perquisizioni in relazione a diversi presunti accordi sui prezzi e accordi territoriali. L'accordo prevede che le autorità in materia di concorrenza svizzere ed europee possano scambiare informazioni acquisite nel corso di un'inchiesta se l'impresa che mette a disposizione le informazioni dà espressamente il suo consenso alla trasmissione di tali informazioni. Senza questo assenso le informazioni possono essere trasmesse per essere impiegate come mezzi di prova soltanto se le due autorità in materia di concorrenza stanno indagando sullo stesso comportamento o sulla stessa operazione, o su comportamenti od operazioni correlati – cosa che sarebbe avvenuta nella fattispecie citata – e l'autorità della concorrenza presenta una domanda scritta dettagliata. Le informazioni risultanti dalle autodenunce e da una procedura di conciliazione vengono in ogni caso trasmesse soltanto con il consenso scritto dell'impresa.

Nel giugno del 2019 si è svolta la decima edizione dell'EUROCOMP organizzata dalla COMCO, ossia la **Conferenza delle autorità europee in materia di concorrenza** intesa a consentire lo scambio di informazioni e istituita nel 2010 dai Paesi Bassi. A questa conferenza annuale partecipano le autorità di dieci Paesi, rappresentanti della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) e dell'autorità di vigilanza dell'AELS. Nel corso dei workshop le autorità partecipanti presentano casi e tematiche che vengono in seguito discusse. Nel 2019, oltre alla COMCO in veste di organizzatrice, hanno partecipato le autorità di Portogallo, Belgio, Serbia, Slovenia, Croazia, Danimarca, Germania, Francia, Norvegia, Ungheria, Italia, Paesi Bassi nonché l'autorità di vigilanza dell'AELS e la CGUE. Il programma prevedeva anche due relazioni: Dennis Oswald del Comitato Olimpico Internazionale (CIO) e Philippe Dubey del Tribunale Arbitrale dello Sport (TAS) hanno parlato del rapporto tra diritto sportivo e diritto in materia di cartelli.

ECN: Un rappresentante della Segreteria ha preso parte alle riunioni del sottogruppo della Rete europea della concorrenza (European Competition Network, ECN) che si occupa di servizi bancari e pagamenti, informando i

partecipanti sulla conciliazione in corso in Svizzera in merito alla riduzione della commissione d'interscambio.

Germania: Nell'anno in esame sono stati condotti colloqui relativi ai negoziati su un accordo bilaterale sulla cooperazione antitrust con la Germania.

OCSE: La nomina del presidente della COMCO all'ufficio del Comitato della concorrenza dell'OCSE è stata formalmente confermata. L'ufficio definisce i temi che vengono discussi nel comitato e nei due gruppi di lavoro «Concorrenza e regolamentazione» e «Cooperazione e attuazione». Nel 2019 la Segreteria ha redatto dei contributi sull'esame giudiziario dei cartelli e sulla consultazione degli atti e la protezione di informazioni riservate. In occasione dell'incontro semestrale di Parigi sono stati inoltre discussi in particolare i seguenti temi: «FinTech» e «Disruptive Innovation» nei mercati finanziari, licenza sui diritti della proprietà intellettuale e diritto in materia di concorrenza nonché accordi verticali nel settore della tecnologia, dei media e delle telecomunicazioni. Tra gli aspetti principali analizzati vi sono la neutralità concorrenziale e le misure statali volte a limitare la concorrenza.

ICN: Nel 2019 le autorità in materia di concorrenza hanno partecipato attivamente allo sviluppo della Rete internazionale della concorrenza (International Competition Network, ICN), in particolare per quanto riguarda la partecipazione della Svizzera all'«ICN Framework for Competition Agency Procedures (CAP)» entrata in vigore nel 2019. La CAP è una dichiarazione d'intenti non vincolante dal punto di vista giuridico dei membri fondatori e disciplina i principi fondamentali della giustizia legale. Oltre agli USA, all'Australia, all'UE e alla maggior parte degli Stati europei partecipano alla CAP vari Stati asiatici e africani. Attualmente i membri sono 72. Le loro autorità confermano la prassi seguita finora di concedere i diritti fondamentali riconosciuti alle parti coinvolte in un procedimento. La CAP mira ad assicurare il rispetto degli standard dello stato di diritto, a migliorare la collaborazione tra le autorità in materia di concorrenza coinvolte e ad aumentare la trasparenza delle varie procedure nazionali. Una delegazione delle autorità in materia di concorrenza ha partecipato nel maggio del 2019 alla conferenza annuale dell'ICN svoltasi a Cartagena, in Colombia. L'evento era incentrato sull'economia digitale. Durante la seduta plenaria il direttore della Segreteria ha presentato le modalità con cui le autorità svizzere in materia di concorrenza impiegano gli strumenti di lavoro dell'ICN nelle inchieste. La Segreteria ha inoltre compilato un ampio questionario OCSE/ICN relativo alla cooperazione delle autorità in materia di concorrenza. I collaboratori della Segreteria dei gruppi ICN «Advocacy», «Cartel», «Merger» e «Unilateral Conduct» hanno partecipato a varie teleconferenze su temi che sono infine confluiti in varie note informative dell'ICN. L'anno in rassegna è stato incentrato sulla pubblicazione delle note informative relative agli incentivi all'autodenuncia, all'attuazione sul piano del diritto civile del diritto in materia di concorrenza, alle modalità di procedere raccomandate nelle inchieste e alla cooperazione delle autorità della concorrenza nell'esame delle concentrazioni di imprese.

UNCTAD: Nell'ambito della conferenza annuale dell'UNCTAD è stata presentata la bozza delle «Guiding Policies and Procedures under Section F of the UN Set on Competition» (bozza GPP). La bozza è stata approvata dai membri in presenza del direttore della Segreteria che aveva collaborato alla sua elaborazione nel gruppo di lavoro «International Cooperation» partecipando, in alternanza con la SECO, a una serie di videoconferenze. La bozza GPP sarà presentata per essere sottoposta a esame e per approvazione l'anno prossimo durante la conferenza di revisione dell'ONU di New York ed è intesa a semplificare le cooperazioni internazionali e il coordinamento tra le autorità in materia di concorrenza.

3.8 Legislazione

Dopo il fallimento della revisione della LCart, nel settembre del 2014, la situazione relativa agli **interventi parlamentari** inerenti alla LCart depositati e ancora pendenti è la seguente:

- l'**iniziativa parlamentare 14.449** «Prezzi all'importazione eccessivi. Abolizione dell'obbligo di acquisto in Svizzera», depositata il 25 settembre 2014 dal Consigliere agli Stati **Altherr** e alla quale le Commissioni di entrambi i Consigli hanno dato seguito, è stata stralciata a metà settembre del 2019 a causa dell'iniziativa popolare «Stop all'isola dei prezzi elevati – per prezzi equi (Iniziativa per prezzi equi)» e del controgetto indiretto del Consiglio federale;
- la **mozione 16.3902** «Vietare le clausole di parità tariffaria stabilite dalle piattaforme di prenotazione on line a scapito degli albergatori», depositata il 30 settembre 2016 dal consigliere agli Stati **Bischof** è stata accolta da entrambi i Consigli. La richiesta della mozione dovrà essere adempiuta mediante una modifica della legge federale contro la concorrenza sleale (LCSI). Il DEFR sta elaborando un progetto da porre in consultazione;
- la **mozione 16.4094** «Migliorare la situazione delle PMI nei procedimenti in materia di concorrenza», depositata il 15 dicembre 2016 dal consigliere agli Stati **Fournier**, chiede che vengano stabiliti termini per i procedimenti amministrativi in materia di concorrenza, previsto un indennizzo delle parti anche in relazione a procedure amministrative di prima istanza, alleggerite le sanzioni a carico delle PMI e pubblicate le decisioni soltanto dopo il loro passaggio in giudicato. Dopo l'adozione da parte del Consiglio degli Stati, il Consiglio nazionale ha accolto le prime due richieste e respinto le altre due. Il DEFR sta elaborando un progetto da porre in consultazione;
- la **mozione 17.3629** «Creazione di uno strumento efficace contro i prezzi sproporzionati delle riviste» depositata il 14 agosto 2017 dalla **Commissione dell'economia e dei tributi CN** è stata respinta dal Consiglio degli Stati l'11 marzo 2019 e quindi liquidata;
- la **mozione 18.3898** «Garantire l'applicazione della legge sui cartelli nel commercio di autoveicoli», depositata il 27 settembre 2018 dal consigliere nazionale **Pfister** chiede che il Consiglio federale elabori un'ordinanza per la tutela dei consumatori e delle

PMI dalle pratiche distorsive della concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli. Il Consiglio federale ha proposto il respingimento della mozione, che però non è ancora stata trattata dai Consigli;

- la **mozione 18.4183** «Procedure efficaci ed eque nel diritto della concorrenza», depositata il 12 dicembre 2018 dal consigliere nazionale **Nantermod**, che chiede una modifica delle regole procedurali in materia di consultazione degli atti e di assoggettamento agli emolumenti durante l'inchiesta preliminare, non è ancora stata trattata;
- la **mozione 18.4282** «La revisione della legge sui cartelli deve prendere in considerazione criteri sia qualitativi che quantitativi per valutare l'illiceità di un accordo», depositata il 13 dicembre 2018 dal consigliere agli Stati **Français**, inerente a una modifica dell'articolo 5 LCart, è stata inoltrata dal Consiglio degli Stati alla CET-S il 20 marzo 2019 per l'esame preliminare;
- la **mozione 18.4304** «Inchieste della COMCO. La presunzione d'innocenza deve prevalere», depositata dal consigliere nazionale **Bauer** il 14 dicembre 2018, chiede l'abrogazione dell'articolo 28 LCart, secondo cui all'apertura di un'inchiesta la Segreteria della COMCO comunica sia l'oggetto sia le persone inquisite. La mozione non è ancora stata trattata;
- il 18 giugno 2019 il Consiglio degli Stati ha deciso di non dar seguito all'**iniziativa 18.304** «Per una correttezza dei prezzi d'acquisto in Svizzera, isola dai costi e dai prezzi elevati» presentata dal **Cantone di Basilea Città**;
- Il **postulato 19.3491** «Rafforzamento del controllo delle fusioni sugli investimenti diretti esteri» depositato il 9 maggio 2019 dal consigliere nazionale **Molina** non è ancora stato trattato.

Il 29 maggio 2019 il Consiglio federale ha adottato il messaggio concernente l'iniziativa popolare «Stop all'isola dei prezzi elevati – per prezzi equi (**Iniziativa per prezzi equi**)» e il controprogetto indiretto (modifica della legge sui cartelli), 19.037, FF 2019 4059. L'iniziativa popolare è attualmente dibattuta dalla Camera prioritaria (Consiglio nazionale). Il controprogetto indiretto che prevede l'introduzione nella LCart della nozione di posizione dominante relativa, inerente però soltanto agli ostacoli alle imprese nella concorrenza transfrontaliera, è stato approvato con qualche modifica all'inizio di novembre del 2019 dalla Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio nazionale (CET-N). La CET-N chiede pertanto di respingere l'iniziativa popolare. L'iniziativa e il controprogetto indiretto saranno probabilmente trattati dal Consiglio nazionale nella sessione primaverile del 2020.

In seno all'Amministrazione l'elaborazione e la gestione dei progetti di revisione spettano alla SECO. A queste attività partecipa anche la Segreteria.

4 Organizzazione e statistica

4.1 COMCO, Segreteria e statistica

Nel 2019 la **COMCO** ha svolto 14 riunioni plenarie di un giorno o di mezza giornata, decidendo conformemente alla LCart e in applicazione della LMI (per informazioni più dettagliate consultare il capitolo 4.2).

Mutazioni di personale nell'anno in rassegna: alla fine del 2019 **Andreas Kellerhals**, avendo raggiunto la durata massima del suo mandato di 12 anni, ha lasciato la COMCO.

4.2 Statistica

Alla fine del 2018 la **Segreteria** occupava 74 (anno precedente: 68) collaboratori (a tempo pieno e a tempo parziale) con una quota femminile del 41,9 per cento (anno precedente: 39,7 per cento): in tutto 64,2 equivalenti a tempo pieno (ETP; anno precedente 58,1). Inclusa la direzione, i collaboratori che si dedicano all'attuazione della LCart e della LMI sono 57 (anno precedente: 51), cioè 51,6 ETP (anno precedente: 44,3). Il servizio Risorse (fino al 30 settembre Risorse e logistica) occupa 17 (anno precedente: 12) collaboratori, che svolgono tutte le attività inerenti agli spazi occupati dalla COMCO; si tratta di 12,6 ETP (anno precedente: 8,8). Inoltre la Segreteria offre 5 posti di stage (come l'anno precedente). I cinque stagisti lavorano a tempo pieno.

Nel giugno del 2018 il Consiglio federale ha concesso alla Segreteria altri quattro posti nel quadro del suo esame globale delle risorse che si sono concretizzati nel 2019. L'aumento è stato motivato dall'intensificazione dei compiti per concludere procedimenti e condurre altre inchieste. Dal 1° ottobre 2019, la COMCO fornisce inoltre, secondo la decisione del capo del DEFR, anche prestazioni trasversali per l'Ufficio federale delle abitazioni (UFAB) e l'Ufficio federale per l'approvvigionamento economico del Paese (UFAE) negli ambiti del personale, delle finanze, dell'informatica, della gestione degli affari e della logistica.

La tabella riassume i dati statistici relativi alle attività della COMCO e della sua Segreteria nel 2019:

	2019	2018
Inchieste		
Eseguite nel corso dell'anno	19	24
riprese dall'anno precedente	16	18
avviate ex-novo	3	6
nuove inchieste nate dalla suddivisione di inchieste precedenti	2	0
Decisioni finali	11	4
di cui conciliazioni	9	2
di cui ordini delle autorità	2	2
di cui sanzioni secondo l'art. 49*a* cpv. 1 LCart	10	4
di cui decisioni parziali	5	0
Decisioni incidentali	2	0
Altre decisioni (pubblicazione, costi, visione degli atti, ecc.)	6	2
Misure cautelari	1	0
Procedure sanzionatorie secondo gli art. 50 e segg. LCart	0	0
Inchieste preliminari		
Eseguite nel corso dell'anno	14	15
di cui riprese dall'anno precedente	8	10
di cui avviate ex-novo	6	5
Concluse	2	7
di cui con apertura di un'inchiesta	1	2
di cui con adeguamento delle attività dell'impresa	3	3
di cui senza seguito	0	2
Altre attività		
Annunci secondo l'art. 49*a* cpv. 3 lett. a LCart	2	2
Consulenze	28	21
Attività di osservazione del mercato	63	72
Domande LTras	7	20
Altre richieste evase	488	581
Concentrazioni		
Annunci	40	34
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	37	27
Esami	3	3
Decisioni della COMCO dopo l'esame	2	3
Divieti	0	0
Ammissioni vincolate a condizioni/oneri	0	0
Ammissioni senza riserve	2	3
Esecuzioni anticipate	0	0
Procedure di ricorso		
Procedure di ricorso davanti a TAF e TF (totale)	46	37
Sentenze del TAF	4	7
che confermano la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	1	5
che confermano in parte la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	2	1
che respingono la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	1	1
Sentenze del TF	6	1
che confermano la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	5	0
che confermano in parte la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	0	1
che respingono la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	1	0
Pendenti a fine anno (presso TAF e TF)	26	33

Pareri, raccomandazioni, preavvisi ecc.		
Pareri (art. 15 LCart)	0	0
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	0
Pareri (art. 47 LCart., art. 5 cpv. 4 LSPr oppure 11*a* LTC)	2	0
Controlli a posteriori	1	0
Comunicazioni (art. 6 LCart)	1	0
Preavvisi (art. 46 cpv. 1 LCArt)	120	152
Procedure di consultazione (art. 46 cpv. 2 LCart)	17	8
LMI		
Raccomandazioni/Indagini (art. 8 LMI)	3	0
Perizie (art. 10 LMI)	2	3
Consulenze (Segreteria)	93	94
Ricorsi (art. 9 Cpv. 2bis LMI)	0	0

Dai dati statistici relativi al 2019 e dal loro confronto con quelli relativi al 2018 emerge quanto segue:

- rispetto all'anno precedente, **nel 2019 la COMCO ha concluso un numero nettamente maggiore di inchieste con una decisione**. Ciò è dovuto al fatto che molte inchieste erano nella fase finale;
- il numero di **inchieste preliminari** è rimasto pressoché invariato;
- rispetto all'anno precedente, nel 2019 alla COMCO è stato annunciato un **numero maggiore di progetti di concentrazione**; rispetto al 2018 altrettante concentrazioni sono state sottoposte a un esame approfondito. Nessuna concentrazione è stata vietata;
- nel 2019 – come già nel confronto tra il 2017 e il 2018 – il numero di **ricorsi presso il TAF e il TF** è aumentato, mentre il numero di ricorsi pendenti è sceso al di sotto del livello del 2018. Nel 2019 il TF ha preso più decisioni rispetto al 2018, il TAF ne ha prese di meno;
- il numero di **consulenze** è aumentato, mentre il numero di **osservazioni del mercato** è diminuito. La COMCO ha ricevuto un numero molto minore di **domande LTras**. Anche le **richieste** dei cittadini, delle aziende e le consultazioni degli uffici sono diminuite rispetto all'anno precedente;
- nel 2019 la COMCO ha prestato all'incirca lo stesso un **numero di consulenze LMI** dell'anno precedente.

5 Tema speciale: violazioni del diritto della concorrenza e risarcimento danni

5.1 Situazione iniziale

Negli ultimi due anni alla COMCO e alla sua Segreteria sono pervenute varie richieste da parte di imprese, privati e servizi pubblici (p. es. Cantoni, Comuni) in merito a richieste di risarcimento danni a seguito di decisioni della COMCO su accordi illeciti. I potenziali danneggiati hanno discusso in particolare la possibilità di ottenere il risarcimento dopo la decisione della COMCO nell'ambito del leasing di automobili (v. capitoli 1.1 e 2.2.1) e dopo le diverse decisioni della COMCO sugli accordi nel settore edilizio del Cantone dei Grigioni (v. capitoli 1.1. e 2.1.1). Molti committenti hanno chiesto alle autorità in materia di concorrenza informazioni sulla possibilità di ottenere un risarcimento danni da parte delle imprese che facevano parte del cartello. Tali richieste di risarcimento in relazione a un cartello presentate a un tribunale civile sono definite «azioni follow on», ossia azioni basate su quanto emerso dal procedimento di diritto amministrativo della COMCO.

La legislazione vigente sui cartelli prevede che chi è impedito nell'accesso o nell'esercizio della concorrenza da una limitazione illecita della stessa può chiedere il risarcimento danni e la riparazione morale attraverso un procedimento civile nonché la consegna dell'utile illecito (il cosiddetto «private enforcement» sulla base dell'art. 12 LCart). Di fatto simili cause davanti ai tribunali civili cantonali vengono raramente avviate e raramente hanno successo. Per far valere i diritti in materia di cartelli sul piano civile in Svizzera rispetto agli altri Paesi (p. es. Paesi Bassi, Germania, Regno Unito) gli ostacoli sono eccessivamente alti.

- Spesso è molto complesso e costoso verificare la presenza di una violazione del diritto. Una parte danneggiata che fa causa per una limitazione illecita della concorrenza deve spesso anticipare le spese e rischia di non rientrare di queste spese se alla fine non vince la causa;
- in materia di cartelli il diritto delle obbligazioni prevede termini di prescrizione brevi. Per le parti danneggiate è quindi difficile presentare per tempo una documentazione fondata presso il tribunale civile;
- spesso, inoltre, le vittime che hanno fatto causa devono illustrare e provare i fatti davanti al giudice; ma per loro è quasi impossibile ottenere i mezzi di prova necessari, che perlopiù sono esclusivamente in possesso dei soggetti appartenenti al cartello o delle autorità in materia di concorrenza. Visto il segreto d'ufficio e l'interesse delle autorità in materia della concorrenza a tutelare l'istituto dell'autodenuncia è possibile prendere visione solo in parte dei documenti ufficiali. Per questo motivo e per proteggere i segreti d'affari anche le decisioni della COMCO vengono quindi pubblicate con degli omissis;
- anche quando l'attore riesce a provare una violazione della legge sui cartelli deve quantificare il danno subito. Quest'ultimo è definito in base al concetto di differenza: la parte danneggiata deve indicare esattamen-

te la differenza tra l'attuale situazione patrimoniale e quella che sussisterebbe se la violazione non fosse stata commessa. Vista la complessità delle varie situazioni economiche, è estremamente difficile determinare lo stato ipotetico della situazione patrimoniale (e quindi del danno).

- la legge sui cartelli vigente nega, secondo l'interpretazione prevalente della legge, il diritto d'azione ai richiedenti, quindi in particolare ai consumatori;
- il procedimento amministrativo rappresenta inoltre una forte concorrenza nei confronti del procedimento civile: la scelta di rivolgersi alla COMCO è più conveniente perché evita a chi presenta una denuncia i costi e i rischi di un processo civile e perché le autorità in materia di concorrenza dispongono di strumenti di inchiesta più incisivi di quelli dei tribunali civili (p. es. perquisizioni).

Per i suddetti motivi in Svizzera la prassi in materia di richieste di risarcimento danni relative a pratiche illecite ai sensi della legge sui cartelli è insufficiente. Se il procedimento civile rappresenta un'opzione secondaria e l'attuazione della legge sui cartelli viene di fatto lasciata alle autorità in materia di concorrenza ciò comporta uno svantaggio essenziale: i danneggiati non vengono risarciti per i danni subiti. Bisogna pertanto chiedersi in che misura sia necessario migliorare il «private enforcement».

5.2 Rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli nel diritto vigente

5.2.1 Conflitto di obiettivi

Il doppio approccio della legge sui cartelli per contrastare le violazioni è sensato: le violazioni gravi vanno punite dalla COMCO con multe in un procedimento amministrativo. Chi ha violato la legge deve inoltre risarcire il danneggiato sul piano civile. L'obiettivo di queste misure è far capire che non conviene violare la legge sui cartelli: da un lato c'è quindi la compensazione tra privati del danno causato e dall'altro la prevenzione di futuri danni, ovvero l'effetto deterrente.

Vi è tuttavia un certo conflitto tra questi obiettivi. La COMCO e la sua Segreteria sono responsabili, sulla base della legge sui cartelli, dell'attuazione del diritto amministrativo in materia di cartelli. Possono disporre di misure per impedire violazioni e applicare multe elevate. Hanno a disposizione strumenti efficaci per identificare le violazioni, per esempio audizioni, perquisizioni e il cosiddetto programma di clemenza (autodenuncia, trattamento favorevole o istituto dei pentiti), in base al quale a impresa che si autodenuncia e rivela in tal modo l'esistenza di un cartello viene punita in maniera più lieve o non viene punita. Se le vie legali civili venissero eccessivamente sostenute, le vittime potrebbero chiedere il risarcimento danni e in tal modo disincentivare le violazioni della LCart. Viceversa, però, facilitare le cause civili farebbe aumentare il rischio di dover risarcire i danni, per cui chi avesse violato la legge non sarebbe più disposto a cooperare con le autorità e a fornire informazioni nel quadro del programma di clemenza. Di conseguenza, le violazioni alla LCart non verrebbero più scoperte e ciò andrebbe a svantaggio delle vittime. Le autorità devono pertanto trovare un equilibrio, considerando da un lato gli interessi finanziari delle vittime e dall'altro l'interesse dello Stato a scoprire le violazioni della LCart (e, connesso a questo interesse, anche l'interesse alla segretezza per chi ha violato la legge).

Nel rafforzare il diritto civile in materia di cartelli le autorità della concorrenza non devono perdere di vista questo conflitto tra gli obiettivi: in altre parole, rendere più facili le procedure civili non deve rendere più difficile l'individuazione dei cartelli e indebolire di conseguenza il diritto della concorrenza nel suo insieme (sia quello amministrativo che quello civile).

5.2.2 Accesso alle informazioni

Questo conflitto tra obiettivi viene considerato per esempio nell'ambito delle attività di informazione delle autorità in materia di concorrenza: la COMCO e la sua Segreteria mettono a diposizione varie informazioni alle possibili vittime a seguito di violazioni della LCart; pubblicano in particolare le loro decisioni, perlopiù estremamente dettagliate, e a certe condizioni consentono di prendere visione di determinati documenti e atti interni delle autorità.

Per non svantaggiare le imprese che cooperano rispetto a quelle che non cooperano le autorità devono tuttavia evitare di consegnare a coloro che hanno intenzione di intentare un'azione giudiziaria le informazioni presentate alle autorità con un'autodenuncia dalle imprese appartenenti a un cartello. In caso contrario svaluterebbero lo strumento efficace del programma di clemenza. Dato questo dilemma il potenziale per sostenere le cause civili è pertanto ridotto.

5.2.3 Riduzione delle sanzioni a seguito del risarcimento danni

Già la revisione della LCart del 2014 prevedeva di considerare adeguatamente, nella definizione delle sanzioni, il risarcimento danni versato da un'impresa ai danneggiati a seguito della decisione di un tribunale civile (v. capitolo 5.3). Essendo la revisione fallita, la disposizione di legge prevista e le nuove possibilità che ne risultavano non sono state introdotte. Le autorità possono comunque incentivare nel contesto del procedimento della COMCO chi ha violato la normativa sui cartelli a indennizzare le loro vittime.

Con la sua decisione del 19 agosto 2019 riguardante l'inchiesta «Bauleistungen Graubünden/Strassenbau u.a.» la COMCO ha deciso per la prima volta che il risarcimento danni corrisposto alle vittime di una limitazione illecita della concorrenza prima della decisione della COMCO possa essere considerato una condizione attenuante per la sanzione. Questa possibilità di ridurre le sanzioni a seguito di un risarcimento danni rappresenta un incentivo importante a risarcire rapidamente e ampiamente le parti danneggiate e contribuisce a fare in modo che chi ha contravvenuto alla legge sui cartelli restituisca «volontariamente» l'utile realizzato tramite la limitazione della concorrenza o parte di esso alle vittime. Il diritto vigente prevede in ogni caso che la riduzione della sanzione a seguito di un impegno al risarcimento danni possa avvenire soltanto se tale impegno è sufficientemente concreto e definito prima della decisione della COMCO.

Nel diritto sui cartelli svizzero vigente la riduzione della sanzione a seguito del risarcimento danni non è prevista esplicitamente, ma può basarsi su norme esistenti (in particolare art. 49a cpv. 1 per. 3 e 4 LCart e art. 3 e 6 OS LCart). La possibilità di ridurre la sanzione a seguito del pagamento per risarcire i danni alle vittime dei cartelli corrisponde in linea di massima anche al regime delle multe e delle sanzioni di altri ambiti del diritto svizzero e di quello estero. Nel diritto penale, per esempio la riparazione da parte dell'autore del reato può portare una riduzione di pena. Da qualche tempo, anche il diritto della concorrenza dell'UE e altri ordinamenti esteri sulla concorrenza prevedono la possibilità di una riduzione delle sanzioni a seguito del risarcimento danni. Si rimanda in particolare alla relativa direttiva UE e alla direttiva ECN+ in base alla quale le autorità in materia di concorrenza possono tener conto nella definizione della sanzione dei risarcimenti effettuati a seguito di un confronto precedente all'applicazione di una multa. Al momento non vi sono tuttavia sufficienti esperienze legate a queste norme.

Nel caso in cui venga tenuto conto di tali pagamenti alle vittime dei cartelli si pone la questione di come confluiscano nella definizione delle sanzioni. Nel caso citato dei Grigioni, la COMCO ha ridotto la sanzione in base all'importo effettivo dei risarcimenti versati e ha fatto le seguenti considerazioni:

- il calcolo si basa sempre sull'importo concreto effettivamente versato alle vittime;
- in ogni caso deve essere mantenuta una multa ai sensi della legge sui cartelli in modo da garantire l'elemento sanzionatorio, deterrente e preventivo. Anche se il risarcimento danni dovesse essere superiore alla sanzione le imprese dovranno pagare una parte della sanzione. L'effettivo importo del risarcimento non verrà pertanto considerato per intero, ma solo in parte;
- sia la multa che l'importo della riduzione devono inoltre essere proporzionati: ciò presuppone che la riduzione sia in un rapporto ragionevole con gli altri criteri impiegati per la definizione delle sanzioni e alla sanzione complessiva;
- considerando la protezione dell'istituto dell'autodenuncia l'incentivo a presentare un'autodenuncia deve essere sufficientemente forte.

La riduzione concreta della sanzione a seguito di risarcimenti danni è dipeso nel caso in questione da varie circostanze. Anche in futuro sarà da valutare in modo diverso caso per caso a seconda del tipo di violazione del diritto della concorrenza e del risarcimento avvenuto.

Gli autori della violazione pagano di più rispetto a quello che pagherebbero se fossero stati semplicemente multati ma non condannati al risarcimento danni, ma pagano di meno di quanto non pagherebbero se dovessero pagare la multa intera più il risarcimento danni. Detto in maniera semplice: la Confederazione aumenta l'incentivo a risarcire i danneggiati rinunciando in parte a carico delle casse della Confederazione a entrate legate alle sanzioni.

Nel caso citato dei Grigioni il modo di procedere è stato efficace: anziché le sanzioni originariamente calcolate di 14 milioni di franchi circa le imprese che facevano parte del cartello hanno dovuto alla fine pagare alla Confederazione «soltanto» 11 milioni di franchi circa, ma in più hanno versato 6 milioni di risarcimento alle loro vittime. Soprattutto per queste ultime la procedura scelta è stata vantaggiosa: hanno ricevuto in modo relativamente rapido e semplice il risarcimento danni senza dover affrontare un procedimento civile lungo, costoso e dall'esito incerto.

5.3 Rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli mediante una revisione di legge

Gli incentivi ad avviare un'azione davanti a un tribunale civile potrebbero essere nettamente aumentati con modifiche della legge conformi al sistema. Non si tratta di rafforzare il diritto civile in materia di cartelli a scapito di quello amministrativo ma piuttosto di assicurare una migliore attuazione del diritto della concorrenza in generale. Le esperienze fatte nei Paesi europei mostrano che è possibile rendere più attrattiva la procedura civile senza che si arrivi a una «cultura» eccessiva dell'azione legale. La riforma dovrebbe fare in modo che coloro che subiscono una limitazione della concorrenza possano in futuro chiedere più spesso il risarcimento danni (p. es. tramite le azioni follow-on) o prendere l'iniziativa (p. es. per rivendicare l'azione inibitoria) e quindi non dipendere dalla discrezione dell'autorità in materia di concorrenza.

Già in occasione della revisione della LCart fallita del 2014 il Consiglio federale aveva tra le altre cose proposto di estendere la possibilità dell'azione di diritto civile, oggi limitata ai concorrenti, a tutte le parti interessate dai cartelli. Ciò avrebbe consentito ai clienti finali e ai committenti pubblici (in particolare i Cantoni e i Comuni) di far valere i loro diritti sul piano del diritto civile. Inoltre, il termine di prescrizione previsto dal diritto civile in materia di cartelli doveva essere sospeso dal momento dell'apertura di un'inchiesta da parte delle autorità in materia di concorrenza fino al momento della decisione finale passata in giudicato. Si intendeva in tal modo evitare che procedimenti di diritto amministrativo lunghi impedissero di avviare efficacemente un'azione civile. Il fallimento della revisione della LCart del 2014 ha lasciato irrisolti molti problemi.

5.4 Conclusione

Il rapporto tra diritto amministrativo e diritto civile in materia di cartelli, di cui il legislatore aveva originariamente previsto la coesistenza, non è equilibrato: mentre la procedura amministrativa è stata rafforzata con l'introduzione di sanzioni, con il programma di clemenza e con perquisizioni, quella civile non ha assunto un'importanza pratica vera e propria.

Per promuoverla, le autorità in materia di concorrenza possono in certi casi contribuire a fare in modo che le vittime dei cartelli siano rimborsate dagli autori della violazione. Su questa base la COMCO in un caso pilota ha detratto metà dell'importo del risarcimento pagato ai danneggiati prima della decisione della COMCO dalla sanzione prevista nei confronti dei membri di un cartello del settore edilizio. Si tratta, anche vista sul piano inter-

nazionale, di una tappa fondamentale nell'attuazione del diritto civile in materia di cartelli.

Questo strumento è solo un elemento che consente di rafforzare tale diritto. Le autorità in materia di concorrenza si impegnano inoltre affinché il legislatore apporti i miglioramenti necessari alla legge e aggiorni il diritto civile in materia di cartelli. Rendere più facili le procedure civili non deve però rendere più difficile l'individuazione dei cartelli a seguito di autodenunce e indebolire di conseguenza il diritto della concorrenza nel suo insieme (sia quello amministrativo che quello civile).

A 1.	**4. Annual Report 2019 of the Competition Commission**

Table of Contents

1 Foreword from the President 60

2 The Most Important Decisions in 2019 61

2.1 ComCo Decisions 61

2.2 Court judgments 63

3 Activities in Individual Sectors 64

3.1 Construction 64

3.1.1 Bid rigging 64

3.1.2 Building materials and landfills 64

3.1.3 Waste disposal 64

3.1.4 Raising awareness about bid rigging 65

3.2 Services 65

3.2.1 Financial services 65

3.2.2 Healthcare 65

3.2.3 Liberal professions and other services 66

3.3 Infrastructure 66

3.3.1 Telecommunications 66

3.3.2 Media 66

3.3.3 Energy 67

3.3.4 Transport 67

3.4 Product Markets 67

3.4.1 Focus on vertical agreements 67

3.4.2 Consumer goods industry and retail trade 67

3.4.3 Watch industry 68

3.4.4 Automotive sector 68

3.4.5 Agriculture 69

3.4.6 Other sectors 69

3.5 Internal Market 69

3.6 Investigations 70

3.7 International 70

3.8 Legislation 71

4 Organisation and Statistics 72

4.1 Competition Commission, Secretariat and Statistics 72

4.2 Statistics 72

5 Special Topic: Violations of Competition Law and Damages 74

5.1 Introduction 74

5.2 Strengthening the current civil law on cartels 75

5.2.1 Conflict of objectives 75

5.2.2 Access to information 75

5.2.3 Reduced sanctions where damages are paid 75

5.3 Strengthening the civil law on cartels by revising the current law 76

5.4 Conclusion 76

1 Foreword from the President

What would be the point of a sprint relay if it was agreed in advance which team was going to win? What would Geneva's Escalade Run be like, if the competitors worked out before the race who was going to take the first three places and in what times? How could we enjoy the Swiss wrestling championships if we already knew who would bite the dust in the final? There would be no top results and no prospect of genuine contests. The same applies in the world of business: companies that limit or indeed eliminate competition with each other, by agreeing on prices, for example, do not perform to their best. This has a negative effect on their value for money and their level of innovation. This is why various Swiss laws, such as the Cartel Act and the Internal Market Act, aim to encourage competition in markets and prevent restraints on competition. The Competition Commission (ComCo) once again dedicated itself to this task in 2019.

ComCo reached important decisions in the report period in a wide range of fields. From driving instructors to banks, from tractors to skis, from leasing payments to urea solution, from agreements and protection charges in public procurement to mergers between telecommunications providers, from transshipment centres to the Healthcare Occupations Act. Some cases are highly significant, others are of lesser importance. Some decisions are more beneficial for public authorities and taxpayers, others for consumers. All the activities serve to foster competition in Switzerland, as competition is the engine that drives Switzerland's success as a business location. What should also be highlighted at this point are the countless activities that are not so much in the public spotlight. For example, ComCo and its secretariat dealt with around 500 enquiries from businesses and members of the public in 2019, brought the issue of bid rigging to the attention of around 500 buyers of goods and services, and assessed in consultation procedures over 200 legislative projects, such as the Gas Supply Act.

The past two years have seen a substantial rise in the number of enquiries that ComCo has received from businesses, private individuals and public agencies in connection with bringing compensation claims following ComCo decisions on unlawful agreements. At times the debate has been quite heated, particularly about the recent decisions about unlawful agreements on automobile leasing and on bid rigging in the canton of Graubünden. For the first time, ComCo has taken account of compensation agreed during an ongoing procedure in order to reduce sanctions, in order to increase the incentives for similar payments to be made to other aggrieved parties.

The 2019 Annual Report aims to provide a concise account of the work that ComCo and its Secretariat have done in the past year. We hope to give you an insight into our activities and our dedication to ensuring the success of the Swiss economy.

Prof. Dr. Andreas Heinemann
President of the Competition Commission

2 The Most Important Decisions in 2019

2.1 ComCo Decisions

In the report year ComCo took two decisions in connection with **vertical agreements**:

Bucher Landtechnik contractually required its dealers to purchase all their spare parts for New Holland tractors from them. In addition to this purchase obligation, they ran an incentive scheme that linked the volume of spare parts purchased to the discount terms for New Holland tractors. The purchase obligation and the incentive scheme contractually prevented Bucher Landtechnik dealers from using foreign suppliers, and thus prevented competition. ComCo decided on 1 July 2019 that these practices, which had been followed from July 2016 until April 2017, constituted unlawful territorial protection agreements and fined Bucher Landtechnik around CHF 150,000. Bucher Landtechnik concluded a sanction-reducing amicable settlement with the competition authority. The company undertook in future not to stop dealers that sell New Holland tractors from purchasing New Holland spare parts from a source of their choice. The import of spare parts and tractors of the New Holland brand should now be possible without any restrictions.

On 19 August 2019 ComCo concluded an amicable settlement with Stöckli Swiss Sports. Between the end of 2003 and the end of 2018, unlawful vertical price-fixing agreements relating to **Stöckli skis** applied between Stöckli and its ski retailers, who were not permitted to undercut the Swiss sales prices that Stöckli stipulated. Agreements of this type inhibit competition and are in breach of the Cartel Act. ComCo imposed a sanction of around CHF 140,000 on Stöckli. The company cooperated with the competition authorities and undertook not to stipulate any minimum or fixed retail prices for dealers. An amicable agreement was also reached on online trading, cross-supplies between Stöckli retailers, and on direct and parallel imports of Stöckli products. Stöckli cooperated fully, which resulted in a substantial reduction in sanctions.

The following decisions were taken in 2019 in relation to **horizontal agreements**:

Based on a report from the Price Control Commission, in March 2018 ComCo opened an investigation into **driving instructors in the Oberwallis**. They had agreed recommended prices for practical driving instruction and for theory lessons. The information gathered in a search of houses and premises confirmed the agreements between the driving instructors. ComCo held in its decision of 25 February 2019 that these price recommendations constituted unlawful price-fixing agreements. At the same time, it approved the amicable settlement agreed with the Oberwallis Association of Driving Instructors (Fahrlehrerverband Oberwallis FVO). The FVO and its active members undertook not to issue recommended prices in future and to stop exchanging information on prices and tariffs. ComCo imposed a sanction totalling CHF 50,000.

In May 2019 ComCo's decided to terminate the investigation into suspected **agreements in the trade in precious metals**. Enquiries had failed to substantiate the suspicions that had led to the investigation being opened. The investigation related to possible agreements between Julius Bär, Barclays, Deutsche Bank, HSBC, Mitsui, Morgan Stanley and UBS relating to the trade in gold, silver, platinum and palladium.

At the beginning of June 2019, ComCo concluded two investigations in connection with agreements on **foreign exchange spot transactions between banks (FOREX)**. Traders at several international banks had sporadically coordinated their activities in relation to foreign exchange spot transactions involving certain G10 currencies in two separate cartels. Traders from Barclays, Citigroup, JP Morgan, the Royal Bank of Scotland (RBS) and UBS had participated in the "Three-way banana split" cartel between 2007 and 2013, while traders from Barclays, MUFG Bank, RBS and UBS were members of the "Essex express" cartel between 2009 and 2012. The coordination of certain G10 currencies was organised in chatrooms. The banks mentioned issued an amicable undertaking not to enter into agreements of this type in future. ComCo fined the cartels around CHF 90 million. An investigation into Credit Suisse is continuing according to the ordinary procedure. The investigations against Julius Bär and the Zurich Cantonal Bank were stopped.

In February 2012, ComCo opened an investigation into numerous banks and brokers on suspicion of manipulating reference interest rates in the trade in interest rate derivatives. The investigation covers inter alia **Yen interest rate derivatives based on Yen LIBOR and Euroyen TIBOR**. At the end of 2016, certain enquiries were concluded with amicable settlements and fines. At the beginning of July 2019, ComCo's part-rulings chamber approved a further amicable settlement with Lloyds Bank and Rabobank. The fines amounted to just under CHF 700,000. The investigation relating to Yen interest rate derivatives based on Yen LIBOR and Euroyen TIBOR is continuing against UBS and HSBC and the brokers ICAP, RP Martin and Tullett Prebon.

In July 2019, ComCo's part-rulings chamber-imposed fines totalling CHF 30 million on eight finance companies that offer **vehicle leasing**. For several years they had exchanged information on special offers and on figures used to calculate leasing rates. With exception of Ford Credit Switzerland, all the companies under investigation reached an amicable settlement with ComCo and undertook not to enter into illegal agreements of this type again. No sanctions were imposed on the company that had been first to file a voluntary report, while sanctions were reduced on the other undertakings that had filed voluntary reports. The investigation is continuing under the rules of ordinary procedure against the company that did not conclude an amicable settlement.

In the summer of 2019, ComCo concluded the final two of ten investigations in the **canton of Graubünden,** "**Engadin II**" and "**Road construction**" (construction services in Graubünden). In the "Engadin II" decision, ComCo found that two, and in one case three, structural and civil engineering companies had agreed on bids in specific construction projects in the Oberengadin. The ten unlawful agreements affected construction and civil engineering projects for both private and public sector

clients. The fines in this case amounted to just under CHF 500,000. In the larger "**Road construction**" investigation, ComCo found that in the period from 2004 to 2010 twelve road construction companies in Nord- and Südbünden had shared out the cantonal and communal road construction projects among themselves by agreeing on the bids they would submit. Agreements were reached on several hundred projects with a total value of at least CHF 190 million. Both the canton and its communes were affected by the agreements. On 19 August 2019 ComCo imposed fines totalling around CHF 11 million for this unlawful bid rigging. Nine of the twelve road construction companies had reached out-of-court settlements with the victims of their cartels before ComCo issued its decision. In the settlements they undertook to pay around CHF 6 million in total to the canton and the Graubünden communes affected (see Section 5.1). As a consequence, ComCo reduced the sanctions imposed on the nine companies by around CHF 3 million.

In December 2019, ComCo concluded the investigation into Brenntag Schweizerhall and Bucher Langenthal by reaching an amicable settlement. From 2014 to 2017, the two companies shared out their customers for **AdBlue**. AdBlue is an aqueous urea solution that reduces the emissions nitrogen oxides from diesel engines. In the amicable settlement the two companies undertook not to share customers for AdBlue in future. In its decision ComCo took account of the fact that Brenntag is both a supplier and competitor of Bucher. As the vertical supply relationship between Brenntag and Bucher took precedence in the case in question, ComCo did not impose any sanctions.

ComCo made a detailed assessment of **two mergers** in the report year:

With their **Gateway Basel North** (GBN) project, SBB, Hupac and Rethmann want to create a hub for import and export movements and the trans-Alpine transit traffic of goods. When finally completed, the GBN should provide both landside (road and track) and ship-borne goods handling services. ComCo examined the plan in detail and decided not to raise any objections. Although the project may remove effective competition in the handling of containers, swap bodies and semi-trailers in the import and export business, this primarily relates to the turnover of goods transported by rail and that of goods transferred from ship to rail. However, the GBN will also result in substantial cost and time savings in combined transport. In view of statutory requirements for non-discriminatory access to the GBN and the other conditions imposed by the Federal Office of Transport (FOT), ComCo assumes that the GBN will actually improve competition in import and export movements by rail. These advantages outweigh the disadvantages that the GBN's dominant position in the goods handling services sector will bring. Therefore, it was possible to approve the merger. In October 2019, the Federal Administrative Court upheld an appeal against the federal government's decision on funding for the GBN, with the result that CHF 83 million in federal funds will not be paid out for the project as yet, which has led to work being suspended.

ComCo also examined the planned merger between **Sunrise and Liberty Global** in detail. With the takeover of UPC and its cable network infrastructure, Sunrise would become the second largest telecommunications company in Switzerland. Like Swisscom, Sunrise would be able to offer fixed network, broadband internet and mobile telephony services, and digital television on its own infrastructure in Switzerland. ComCo examined the planned merger in detail to confirm whether there was potential for joint market dominance with Swisscom. It concluded that there would not be any collective dominance and that coordination between the two companies was unlikely, because the parties to the mergers and Swisscom are differently positioned. ComCo took the view that the merger would not lead to the creation or consolidation of a dominant position in any of the markets analysed. It therefore approved the planned merger.

ComCo issued two **recommendations under the Internal Market Act** in the report year.

From the start of 2020, the new **Healthcare Occupations Act** will regulate access to jobs for healthcare specialists in the cantons. The cantons will grant authorisation to work in various medical professions, such as nursing and physiotherapy. ComCo recommends that in principle the cantons should recognise professional licences from other cantons without further examination. Healthcare specialists should therefore be authorised to carry out their profession solely on the basis of the licence issued by their canton of origin. An additional review may only take place if there are specific indications that a person no longer meets the requirements for granting a licence in the canton of origin. Decisions on authorising healthcare specialists from another canton must be taken in a simple and quick procedure that is free of charge. After making these recommendations, the Secretariat was contacted by one association and persons who were affected. The action taken in the cantons made access possible in accordance with the internal market legislation, for midwives among other professions.

In spring ComCo issued a recommendation to the cantons that they should stop **imposing "protection charges" in connection with public invitations to tender**. These charges are levied by cantonal procurement offices in certain cases on companies interested in submitting a bid, partly in order to safeguard business secrets before the companies receive the tender invitation documents. The fee often amounts to several thousand francs. ComCo reviewed the legality of these charges from the viewpoint of the Internal Market Act. It has concluded that the imposing protection charges constitutes a barrier to market access and has a negative influence on competition. Potential bidders could be deterred from submitting offers. Any justification based on the Internal Market Act, for example that business secrets must be preserved, is basically out of the question. Normally less drastic methods are available, such as confidentiality agreements or issuing the tender invitation documents in stages. The solution ComCo has proposed has been adopted in the revised law act on public procurement.

2.2 Court judgments

In a ruling dated 6 June 2016, ComCo reached an amicable settlement with AMAG in the case "**VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013**". Two garages then challenged the ruling in the Federal Administrative Court. The Federal Administrative Court decided on 3 May 2018 not to consider the appeal brought by the companies that were not party to the amicable settlement on the grounds that they had no right to appeal. In the judgments dated 8 May 2019, the Federal Supreme Court confirmed the decision of the Federal Administrative Court. In an order dated 19 October 2015, ComCo had already imposed sanctions for participating in an unlawful agreement restricting competition on the four companies that had not reached an amicable settlement. Three of the four companies, including the two that had appealed to the Federal Supreme Court, have contested the ruling on sanctions; this appeal is currently pending before the Federal Administrative Court.

The Federal Supreme Court decided on 24 June 2019 on Ticketcorner's right of appeal against the ComCo decision to prohibit the **planned merger between Ticketcorner and Starticket**. The Federal Supreme Court reversed the judgment of the Federal Administrative Court and instructed the Federal Administrative Court to consider the appeal and reach a decision in the case.

In a judgment dated 26 June 2019, the Federal Supreme Court rejected the appeal by a party to the proceedings against the judgment of the Federal Administrative Court dated 24 October 2017 (ruling on publication). This allowed ComCo to publish its ruling on sanctions of 29 June 2015 in the case of **bathrooms (wholesalers of sanitary facilities)** in its entirety. With this judgment, the Federal Supreme Court confirmed its decision in the Nikon judgment and followed the arguments that ComCo had put forward.

On 30 January 2019, the Federal Administrative Court issued a decision in the case relating to the **publication of the final report on a preliminary investigation**. The Federal Administrative Court basically upheld the contested ruling: final reports on preliminary investigations are "decisions" within the meaning of Article 48 paragraph 1 Cartel Act and may be published (provided, as in the case in question, there is a public interest in publication). On two points, however, the Federal Administrative Court sided with the appellant and referred the matter back to ComCo for it to reassess the matters taken into consideration: on the one hand, the final report must be rendered anonymous (although appellants must accept that their identity may be obvious from the circumstances), while on the other the Federal Administrative Court regarded certain parts of the final report as business secrets, which therefore had to be redacted. The appellant has appealed the decision to the Federal Supreme Court.

On 29 November 2010, ComCo fined the company **SIX** around CHF 7 million because it had refused other terminal providers access to its **DCC** (Dynamic Currency Conversion) function. SIX Multipay had abused its dominant position in order to give preference to the debit/credit card terminals of its affiliated company SIX Card Solutions. The DCC function launched by SIX Multipay in 2005 was made available on the terminals of the affiliate, but not on those of other terminal providers. DCC involves the conversation of foreign currencies at retailers' card terminals. DCC allowed holders of foreign credit or debit cards to choose directly at the terminal whether they wanted to pay the cost of their purchase in Swiss francs or in their home currency. SIX had filed an appeal in the Federal Administrative Court against the ruling. In May 2019 the Federal Administrative Court published its decision, which for the most part confirmed the ComCo ruling. SIX has appealed this decision to the Federal Supreme Court.

On 24 October 2019, the Federal Administrative Court decided that **access to a voluntary report may only be granted** persons who are parties to proceedings in question. Whereas appeal proceedings in relation to granting access had until that point always been brought by the cartel members in order to prevent access, in this case for the first time a procurement agency, the Canton of Graubünden, requested more wide-ranging access. The background was its application for access to all the files in the Münstertal case, which has been concluded with full legal effect. ComCo had granted the applicant a limited right to inspect the files, preventing access to the voluntary admissions in particular. At the same time, it limited the use of the documents disclosed. The Federal Administrative Court followed ComCo's opinion, holding that the public interest in protecting the institution of voluntary reporting outweighed the interest of the procurement agency in gaining access to the files. The Canton of Graubünden has appealed the decision to the Federal Supreme Court.

On 27 May 2013, ComCo imposed fines amounting to around CHF 16.5 million on ten **sales partners/suppliers of French language books** in Switzerland for their obstruction of parallel imports. The wholesalers had built up distribution systems which they used to limit competition in the purchasing market for French language books. Because they had entered into agreements on exclusivity, bookshops were unable to purchase any books abroad during the period under investigation. As a result, between 2005 and 2011 hardly any parallel imports were made, as any efforts the bookshops made to obtain supplies directly from abroad at cheaper prices failed. On 30 October 2019, the Federal Administrative Court confirmed ComCo's decision, but reduced the sanctions imposed on the suppliers/sales partners in four cases. In total, the sanctions amounted to around CHF 14.5 million. Most of the parties have appealed the decision to the Federal Supreme Court.

In its decision of 9 December 2019, the Federal Supreme Court rejected the appeal by Swisscom against the decision of the Federal Administrative Court in the **ADSL** case, confirming the decision of the Federal Administrative Court, including the sanction of around CHF 186 million. The decisions of the two courts relate to a Competition Commission decision from 19 October 2009. ComCo concluded at the time that Swisscom had set the prices for advance service offers for broadband internet in comparison with the offers Swisscom made to end customers so high that other providers of telecom-

munications services were unable to make sufficient profits to survive in the market. This practice is known as margin squeezing. The sanction that ComCo imposed amounted to around CHF 220 million. On 14 September 2015 the Federal Administrative Court confirmed the substance of the decision that the Competition Commission had made in 2009, but reduced the sanction to CHF 186 million, a decision which has now been confirmed by the Federal Supreme Court.

3 Activities in Individual Sectors

3.1 Construction

3.1.1 Bid rigging

Seven of the twelve parties in the case of **bid rigging in the canton of Graubünden** (see Section 2.1) have filed appeals in the Federal Administrative Court against the rulings issued by ComCo. Seven appeals relate to the decision on road construction, one to the Engadin II case.

In connection with the road construction investigation, it was suspected that road construction companies worked together as part of "**permanent consortiums**" in order to share out road construction projects among themselves in the longer term and to jointly agree on the level of bids submitted. ComCo has repeatedly stressed that from the standpoint of competition law, consortiums basically encourage competition and are therefore permitted. A permanent consortium, or the joint long-term cross-project allocation of construction projects and market splitting, however, has the potential to restrict competition in an unlawful manner and thus be contrary to competition law, but even so, it can still encourage competition. The Secretariat has therefore opened a preliminary investigation in order to clarify the facts in this case. The preliminary investigation will examine whether there are any indications of an unlawful restraint of competition or not.

The appeals against the ComCo decision from July 2016 that in several hundred tendering procedures between 2002 and 2009, eight road construction and civil engineering companies in the districts of **See-Gaster (SG) and March and Höfe (SZ)** had unlawfully discussed bids and decided which company was to be awarded the contract remain pending before the Federal Administrative Court. Some companies also took the view that ComCo's decision should not be published. One of the parties filed an appeal in the Federal Administrative Court against ComCo's two publication rulings from October 2017. In a judgement dated 25 June 2019, the Federal Administrative Court rejected the main parts of the appeal. The only part that was upheld related to individual passages of text in the ruling on sanctions, which contrary to ComCo's ruling on publication should be further redacted. The Federal Administrative Court decided that it was correct to publish the ruling, that there was no violation of the right to fair hearing, that there was no right to anonymity and that bandwidths were set correctly. The Federal Administrative Court has yet to issue its appeal decision in the main action.

On 25 May 2018, the Federal Administrative Court for the most part confirmed the ComCo ruling of 16 December 2011 in the case relating to **road construction and civil engineering in the canton of Aargau**, in which seventeen construction companies in the canton of Aargau had engaged in bid rigging and had therefore been fined by ComCo. One of the companies appealed the decision to the Federal Supreme Court; this appeal is pending. Two **procurement offices** from the canton of Aargau filed **requests to inspect** the unredacted ComCo ruling and the corresponding files. ComCo approved these requests for access in part. In a judgment dated 23 October 2018, the Federal Administrative Court upheld appeals filed by two construction companies against the ComCo decision and thus refused even partial access. The EAER, working with ComCo, appealed these decisions relating to one of the procurement offices to the Federal Supreme Court. Clarification of the issue here is of fundamental importance, as it relates to the extent to which third parties, in particular victims of cartels, can be allowed inspect the files in order to assert their claims for damages before a ruling on sanctions takes full legal effect. ComCo has postponed its decision on several further requests for access while it awaits the decision of the Federal Supreme Court.

3.1.2 Building materials and landfills

In January 2015, ComCo opened an investigation into several companies in the building materials and landfill industry in the Bern area. After the investigation was divided into two cases (KTB-Werke and KAGA) for reasons of procedural economy, the smaller **KTB-Werke case** was concluded on 10 December 2018 with a ruling on sanctions from ComCo. The Kästli Group and the Alluvia Group had agreed on prices and price elements in the concrete and gravel industry for several years and divided up territories in the area in and around the city of Bern. Both parties to the proceedings appealed against the decision to the Federal Administrative Court. That case is pending. The larger of the two investigations, **KAGA**, has proven to be more time consuming in legal and factual terms but should be concluded in 2020.

On 5 March 2019, ComCo opened an investigation into **two surfacing works** in the Canton of Bern as well as against the shareholders of one of the two surfacing works. There are indications that the two surfacing works coordinated their market behaviour. A suspected agreement among the shareholders of one of the surfacing works not to compete with the jointly run surfacing works is also the subject of the investigation. In addition, there are indications that one of the surfacing works holds a dominant position that it has abused. More specifically, it is suspected that the company has given preferential treatment to its shareholders and has developed a long-term customer loyalty scheme to the prejudice of other surfacing works.

3.1.3 Waste disposal

Although the Office of the Price Supervisor found that there had been irregularities in connection with the incineration prices for the domestic waste disposal at the **Limeco waste incineration plant (KVA) in Dietikon**, it was unable to reach an amicable settlement with the company concerned. In order to issue a ruling, the Price Control Commission must consult ComCo on the issues of market power and effective competition. ComCo stated in its opinion dated 15 July 2019 to the Price Control

Commission that Limeco had market power in the relevant market and that the prices in the relevant market were not the result of effective (price) competition.

Swiss Waste Incineration Plants (*Schweizer Kehrichtverbrennungsanlagen KVA*) are planning to build and run a joint **processing plant for hydroxide sludge**, a metal-rich residue from waste incineration. The SwissZinc AG has been set up in order to plan this plant, which is to be known as the SwissZinc Plant. SwissZinc has requested ComCo to assess its plans and has filed a report with ComCo under the objection procedure. The Secretariat opened a preliminary investigation on 29 October 2019. The result of the preliminary investigation is expected in the second quarter of 2020.

3.1.4 Raising awareness about bid rigging

In order not only to combat bid rigging, but to nip it in the bud, well-informed and trained procurement agencies are needed at all levels. The early recognition of signs of agreements is preferable to bringing proceedings under competition law. After **awareness-raising events on bid rigging** were held in 2009 and 2014 in the **German-speaking cantons**, the ComCo Secretariat went to visit the cantons again this year. Between May and December 2019, 22 events in 17 cantons were held on “Bid rigging and the Internal Market Act” (including some joint events in the half-cantons); around 500 people attended the events.

As in previous events, the aim was to raise awareness in procurement agencies about bid rigging, provide information about the more recent ComCo decisions, and equip the participants with instruments they could use to recognise and prevent bid rigging. The events also focused on aspects of the Internal Market Act related to **procurements**. In particular, discussions covered definitions and procedures, as well as minimum standards and how they can be infringed.

In addition to this campaign, ComCo and the Secretariat made presentations at professional events held by associations, federal enterprises, etc.

3.2 Services

3.2.1 Financial services

In the financial services sector, two investigations in the case relating to currency exchange rates (“**Forex**”) were definitively concluded through amicable settlements. The case related firstly to the “Three-way banana split” cartel involving Barclays, Citigroup, JP Morgan, the Royal Bank of Scotland (RBS) and UBS, and secondly to the “Essex express” cartel, whose participants were Barclays, MUFG Bank, RBS and UBS. In total ComCo imposed sanctions of around CHF 90 million. An investigation is continuing against Credit Suisse under the ordinary procedure. Investigations into the Julius Bär Bank and the Zurich Cantonal Bank have been terminated (see Section 2.1).

The investigation into possible agreements between banks in the trade in **precious metals** has been terminated. The suspicions that had led to the investigation being opened were not substantiated in the course of the investigation.

In the IBOR investigations, a further milestone was successfully reached with the cases against Lloyds Bank and Rabobank relating to Yen interest rate derivatives based on **Yen LIBOR** being concluded with an amicable settlement and the payment of fines. The Yen LIBOR / Euroyen TIBOR and EURIBOR investigations continue against other parties (see Section 2.1).

In the investigation into **automobile leasing**, the chamber for part-rulings approved an amicable settlement in relation to eight of the nine parties, imposing sanctions of around CHF 30 million, because they had exchanged information on the level of leasing interest payments. No agreement could be reached with Ford Credit Switzerland GmbH, with the result that the investigation is continuing against this company under the ordinary procedure and will be concluded with a final ruling from the plenary Commission. One addressee of the partial ruling filed an appeal, with the result that proceedings have only reached a legally binding conclusion in respect of seven of the parties (see Section 2.1).

The investigation in the **Boycott Apple Pay** case, which was opened last year, was continued in the report year. A number of interviews conducted in this case were challenged. There is disagreement between the parties and the authority mainly in relation to the question of which of the current and former employees of one of the companies should be questioned as witnesses and which as parties. The Federal Administrative Court held in a judgment at the start of December that former senior executives should be questioned as witnesses, but could decline to make a statement on the basis of the company’s right to remain silent (*nemo tenetur* principle). In order to resolve the issue of whether a non-statutory right to refuse to testify of this type exists, the authority referred the decision to the Federal Supreme Court.

The Secretariat chalked up a success in the appeal proceedings in the **DCC** case. In its judgment of 18 December 2018, the Federal Administrative Court confirmed ComCo’s ruling on sanctions dated 29 November 2010 against the SIX Group and SIX Payment Services in its entirety. However, the appellants have referred the decision to the Federal Supreme Court.

In addition, the Secretariat received several requests for advice in relation to financial services. Worth mentioning here is the Secretariat’s advice in relation to the replacement of the LIBOR reference interest rates by the **SARON** (Swiss Average Rate Overnight). The Secretariat was asked by the Swiss National Bank’s national working group for reference interest rates to review the permissibility under competition law of certain recommendations in relation to credit products based on the SARON (e.g. mortgages).

Lastly in the financial services sector, various **company mergers** were assessed and permitted, including CS’s sale of Investlab to Allfunds.

3.2.2 Healthcare

In September 2019, the competition authorities opened an investigation into various Swiss and international companies involved in the manufacture, distribution and sale of the pharmaceutical agent **scopolamine butylbromide**. There are indications that these companies

have been keeping the sales prices of this agent at a high level and have been dividing up the markets by region. As part of the investigation, which is being conducted in cooperation with the European competition authorities, an assessment must be made of whether there actually are any unlawful restraints of competition.

In the course of the year, the Secretariat responded to five **requests for guidance** from the healthcare sector. Three were related to the possibility of fixing tariffs for hospital and out-patient services in the supplementary insurance sector. Based on the precedent of the competition authorities in relation to tariffs and prices, the Secretariat took a rather sceptical view of this.

In addition, ComCo was called on to assess the following **company mergers** in the healthcare sector: Migros/ Topwell; Bristol Meyer Squibb/Celgene; Medbase AG/ LUKS; Medbase AG/Spital STS AG; Medbase AG/Zur Rose. ComCo gave the green light to all these mergers following a preliminary assessment.

Numerous enquiries from members of the public in relation to healthcare services and more than 150 consultation procedures, for the most part relating to parliamentary proposals on social insurance and healthcare markets, claimed additional resources from the Secretariat.

3.2.3 Liberal professions and other services

The investigation opened at the start of 2018 into the **Oberwallis Driving Instructors Association (FVO)** and its members was concluded in spring with an amicable settlement. The active members agreed to pay a sanction of CHF 50,000 and procedural costs of CHF 30,000 for participating in an unlawful price agreement. This competition law investigation, which was triggered by a report made by a member of the public to the Office of the Price Supervisor, illustrated how well the Price Office of the Price Supervisor and ComCo work together (see Section 2.1).

The investigation opened in 2018 into ten **Geneva electrical companies** is continuing.

The rates of commission that the **online booking platform Booking.com** charges hotels in Switzerland are the subject matter of ongoing proceedings by the Price Supervisor. In the procedure provided for in the Price Supervision Act, the Price Supervisor consulted ComCo at the beginning of 2019 for its assessment of Booking.com's market position. ComCo concluded in its opinion in April 2019 that Booking.com is a company with significant market power in accordance with the Price Supervision Act and that the rates of commission charged by Booking.com are not the result of effective competition. Based on this analysis, the rates of commission charged by Booking.com fall within the Price Supervisor's jurisdiction. The Price Supervisor is now assessing whether the current rates of commission charged by Booking.com constitute an abuse under the Price Supervision Act.

Lastly, the Secretariat conducted several **proceedings in the field of sport**, in particular in relation to the International Federation of Mountain Guides Associations, tandem parachute jumping and tandem para-gliding and hang-gliding flights. As private associations regulate these activities, their organisation could make access to the market more difficult for companies which are not members.

3.3 Infrastructure

3.3.1 Telecommunications

In December 2019, the Secretariat opened a preliminary investigation in the case of **Swisscom Directories** into Swisscom and Swisscom Directories. The aim is to determine whether there is any evidence that Swisscom or Swisscom Directories holds a dominant position in relation to directories and digital marketing and if so, has unlawfully abused that position. The investigation is primarily based on a suspicion of data being withheld from third parties and of the linkage of various services.

Further progress was made in the preliminary investigation in connection with the **broadband networking of business locations (WAN connection).**

ComCo subjected the planned merger between **Sunrise and Liberty Global** to a detailed examination, ultimately giving the merger the green light (see Section 2.1).

Also in the telecommunications sector, ComCo had to assess the merger between **Swisscom Directories and Websheep**. Here Swisscom Directories planned to take over 100 % of the shares in Websheep from Swissvit. Following the preliminary assessment of the plan, ComCo gave it the go-ahead.

3.3.2 Media

The investigation opened by ComCo in May 2017 into UPC Switzerland GmbH in response to allegations that it was abusing a dominant position in relation to the broadcasting of ice **hockey on Pay TV** was continued and various procedural rulings had to be issued. In the summer of 2016, UPC acquired the broadcasting rights for the top Swiss ice hockey leagues from the Swiss Ice Hockey Federation for five years from season 2017/18. The key question in the investigation is whether UPC is unfairly preventing rival TV platform providers, in particular those not operating via the cable network, from broadcasting ice hockey matches.

ComCo assessed three company mergers in the media industry. In the merger between Tamedia and Zattoo International, Tamedia intended to acquire exclusive control of Zattoo International. Infront / Ringier II involved Ringier obtaining exclusive control of Infront Ringier Sports & Entertainment Switzerland. In the case of Tamedia / Planet 105, Tamedia planned to obtain exclusive control of the Planet 105 radio station business. In all these cases, ComCo gave the green light to the mergers following the preliminary assessment.

On 30 October 2019, the Federal Administrative Court essentially confirmed ComCo's decision of 27 May 2013 in the case of **book pricing in French-speaking Switzerland (marché du livre en français)**. The court concluded that nine companies had entered into agreements with their business partners that amounted to a ban on passive sales by other authorised retailers, and had thus eliminated competition in the procurement market for French-language books (see Section 2.2).

3.3.3 Energy

On 30 January 2019, ComCo opened an investigation in the **network access** case into Erdgas Zentraschweiz (EGZ) and ewl Energie Wasser Lucerne Holding (ewl). The investigation will examine whether EGZ and ewl hold a dominant position in relation to the transport and in particular the supply of natural gas via their natural gas networks and have effectively abused this position by refusing to allow third parties access to their networks, thus preventing these third parties from supplying natural gas to certain end customers in the ewl network region.

The **preliminary investigation** into a **local gas network operator** was terminated with a final report dated 23 July 2019. Although the Secretariat concluded that there were signs of unlawful practices by a dominant company, the decision was taken not to open an investigation at present, provided that practices that had been criticised stopped as of 1 October 2019. The case relates primarily to the question of the company's own end customers being charged different amounts for using the network in comparison with the charges paid by those supplied by third parties.

In September 2019, the Secretariat opened a preliminary investigation into an electricity grid operator. The preliminary investigation aims to establish whether there is any evidence that this operator has been using **data from its monopoly area** for activities in other markets, and in particular in relation to the installation and maintenance of photovoltaic systems. The case could involve an unlawful practice by a dominant company.

ComCo was required to assess two **mergers** in the energy sector: in the case of BKW Energie/swisspro group, BKW Energie planned to acquire 100 % of the share capital in the swisspro group. The case of Gasverbund Mittelland/Gaznat/SET Swiss Energy Trading involved a planned merger relating to unbundling measures at SET Swiss Energy Trading. Swissgas and Erdgas Ostschweiz wanted to sell their shareholdings in SET to the other shareholders Gasverbund Mittelland, Gaznat and Erdgas Zentralschweiz. In both cases, ComCo gave the go-ahead to the projects after the preliminary assessment.

In the **electricity** sector, both the Secretariat and ComCo were requested on several occasions to provide opinions in office consultation procedures and in legislative consultation proceedings and hearings respectively, in particular with regard to the Federal Council's plan for complete market liberalisation in relation to the supply of end customers. In addition, the consultation period for the new **Gas Supply Act** will run until 14 February 2020.

3.3.4 Transport

In the goods transport sector ComCo subjected the planned **SBB/Hupac/Rethmann/GBN** merger to a detailed examination. ComCo ultimately decided to approve the merger (see Section 2.1).

In December 2019, ComCo also began a detailed examination of the planned **SBB Cargo** merger. In this merger plan, the SBB (Swiss Federal Railways), Planzer-Holding and Camion-Transport Wil CT intend to acquire joint control of SBB Cargo. The preliminary assessment of this takeover revealed signs that a dominant position would be established or strengthened. This would affect various markets for the transport of freight by rail, operator services and goods handling services. There are also indications that a collective dominant position would be established in relation to goods handling services. When it conducts a detailed examination, ComCo in each case has a statutory period of four months to assess the question of whether a dominant position will be established or strengthened with the potential for eliminating effective competition.

The Federal Administrative Court has still to issue a decision in the appeal proceedings in the case relating to **air freight**. Various parties have appealed to the Federal Administrative Court against the ruling of 2 December 2013, which concluded the air freight investigation and led to sanctions totalling around CHF 11 million being imposed on 11 airlines for entering into horizontal price-fixing agreements. Also in dispute was whether and to what extent the ruling of 2 December 2013 will be published. On 30 October 2017, the Federal Administrative Court partly upheld the nine appeals filed in relation to the extent of publication. After the matter was referred back to ComCo, on 12 November 2018 ComCo ordered a revised version to be published. Once again appeals have been filed against this decision in the Federal Administrative Court.

3.4 Product Markets

3.4.1 Focus on vertical agreements

The prosecution of agreements affecting competition that prevent parallel and direct imports and/or limit the opportunity for resellers to set prices has been a priority activity for the competition authorities for several years. In 2019 ComCo concluded two investigations, **Bucher Landtechnik** and **Stöckli**, with amicable settlements (see Section 2.1).

On the subject of "**Switzerland as an island of high prices**", the Secretariat conducted several market monitoring procedures in response to suspicions of price-fixing agreements, market foreclosures and the prevention of online trading. In several cases, contracts were revised and circulars sent to sales partners in order to achieve clarity and prevent misunderstandings.

3.4.2 Consumer goods industry and retail trade

The Secretariat conducted a survey of major Swiss retailers as part of a market monitoring procedure in order to clarify in particular whether retailers are confronted with restrictions of relevance to competition when **purchasing foodstuffs abroad**. The survey of retailers did not disclose any specific indications of unlawful restraints of competition in terms of the Cartel Act. On the other hand, the retailers interviewed pointed out that state trade barriers, such as high customs duties on agricultural products and regulations related to packaging, declaration and the proof of origin could obstruct parallel imports.

At the end of November 2019, the Federal Council proposed the **repeal of industrial tariffs** as part of a package of measures to counter Switzerland's reputation as

an “island of high prices”, and approved the related dispatch for the attention of Parliament. The abolition of industrial tariffs would mean that most industrial products could be imported duty-free. This would largely eliminate the need for proof of origin for the duty-free import of industrial products. However, for the import of foodstuffs, customs duties on agricultural products take priority, and will continue to apply. ComCo strongly supported the abolition of industrial tariffs in the consultation procedure. It regards the removal of tariff and non-tariff barriers to trade – in particular the unilateral abolition of industrial tariffs, the reduction of customs duties on agricultural products and the reduction of exceptions from the Cassis-de-Dijon Principle as well as of regulations and standards that apply specifically to Switzerland – as an obvious and potentially successful way of encouraging competition in Switzerland and thus of putting perceptible pressure on prices.

3.4.3 Watch industry

On 16 December 2019, ComCo ordered precautionary measures in the **Swatch Group Supply Stop** reassessment procedure, based on the Swatch Group Supply Stop investigation. In October 2013 ComCo approved an amicable settlement with the Swatch Group. This provided that the subsidiary ETA Manufacture Horlogère Suisse (ETA) would have to supply its customers until the end of 2019 with a gradually diminishing quantity of mechanical watch movements and thereafter would no longer be obliged to supply these parts. In the intervening period, it was expected that a competitor to ETA would establish itself in the market and be able to meet the demand for mechanical watch movements from independent watch manufacturers. ComCo reserved the right to take a new decision if by the start of 2020 there were insufficient alternative offers in the market to the watch movements produced by ETA. As there were indications that this was going to be the case, ComCo opened a reassessment procedure in November 2018. A decision before the end of 2019 was not possible. Accordingly, ComCo ordered **precautionary measures** until the time of the decision, but at the latest until 31 December 2020. These measures will ensure that the reassessment procedure can have various outcomes. They formally prolong ETA’s obligation to supply until ComCo has made its final decision. Because of ETA’s ordering process, deliveries are being temporarily halted. This means that ETA is temporarily not required to supply current customers, but at the same time it is not permitted to supply selected (major) customers either. This guarantees that ETA does not jeopardise the investments that its competitors have already made. ETA is also permitted to supply SMEs with mechanical watch movements on a voluntary basis. However, all SMEs must be treated equally if any supplies are made.

3.4.4 Automotive sector

On 9 December 2019, ComCo expanded the **Concessionari Volkswagen** investigation, which was opened in June 2018, to include further offences and further authorised dealers of VW Group vehicles in the canton of Ticino. The subject of the investigation, in addition to suspected unlawful bid rigging in the purchase of VW Group cars and commercial vehicles in the canton of Ticino, now includes potentially unlawful agreements on the conditions of sale for the vehicles and an allocation of markets by region.

In September 2019, ComCo updated the **MV Notice** and the related **explanatory guide**. Based on the judgment of the Federal Supreme Court in the case of Gaba and the Secretariat’s latest decisions in connection with manufacturers’ warranties, ComCo made various modifications to the Notice for reasons of legal certainty and transparency. It took the opportunity to extend the MV Notice’s term of validity to 31 December 2023. The changes relate solely to updating the MV Notice and the explanatory guide to the Notice; the question of any revision will be considered in the run up to the expiry of the Notice at the end of 2023.

The Secretariat considered whether and how AMAG is implementing the measures proposed in the **AMAG Sales Network** preliminary investigation to eliminate and prevent the restraints of competition identified in the final report. The Secretariat will continue to monitor developments in this connection.

As part of a market monitoring procedure, the Secretariat examined the legality of **restricting manufacturers’ warranties** to vehicles that have been sold through official dealers. It concluded that the invalidity of the manufacturer’s warranty on directly or parallel imported vehicles may constitute an indirect absolute territorial protection. However, in the context of a selective distribution system that is permitted by the Cartel Act, a manufacturer or importer of vehicles is not in breach of the Cartel Act if it only grants the manufacturer’s warranty on new vehicles that have been sold through authorised dealers. ComCo has amended the explanatory guide to the MV Notice to explain this point.

In addition, the Secretariat followed up several reports from dealers and workshops that an automobile manufacturer was imposing restrictions on the **purchase of spare parts** by its authorised sales partners. There was also a suspicion that the manufacturers of spare parts were being restricted in the sales they could make to the authorised dealers and workshops. Under the MV Notice, such restrictions are regarded as seriously harmful to competition. The Secretariat confronted the automobile manufacturer concerned with the accusations and issued recommendations on how to correct the situation, which the manufacturer has implemented.

In relation to various **terminations of dealership and service partner contracts**, the Secretariat assessed whether these had been terminated in accordance with the periods of notice laid down in the MV Notice. The competition authorities do not normally intervene if the periods of notice are honoured, unless there are specific indications of unlawful restraints of competition. The MV Notice ensures that workshops that are not tied to a specific brand can offer to carry out repairs and servicing. The Secretariat consistently follows up individual cases where there are indications of restrictions to the access that independent workshops have to spare parts or technical information.

The termination of contracts was also a priority in the discussion with the civil courts **on the parallel enforce-**

ment of the Cartel Act through civil and administrative proceedings which was held in November 2019. A large percentage of the civil disputes based on competition law that the civil courts have considered in the past ten years related to terminations of service partner contracts. The representatives of the competition authorities pointed out that, unless the case is clear, the civil courts are required to refer the question of whether there is an unlawful restraint of competition to ComCo for an opinion. In addition, possible measures to strengthen the civil law on cartels were highlighted.

In two judgments dated 8 May 2019 in the case of **VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013**, the Federal Supreme Court confirmed the decisions of the Federal Administrative Court that parties not participating in the amicable settlement were not entitled to contest the approval ruling (see Section 2.2).

3.4.5 Agriculture

ComCo took part in the consultation procedure on **Agriculture Policy from 2022 (AP22+)** and made several proposals. These included the further dismantling of frontier protection, the replacement of the award of tariff quota shares based on domestic performance with more competitively neutral award procedures, and the abolition of milk price subsidies.

In 2019, the Secretariat was involved in around 30 office consultation procedures relating to agriculture, for example with regard to amendments to ordinances, the AP22+ and around 20 proposals from Parliament. In addition, the Secretariat received a number of enquiries relating to agricultural topics, which led to meetings, the provision of advice and market monitoring procedures.

Furthermore, in 2019 ComCo dealt with several reports of planned mergers between companies operating in downstream agriculture markets. For example, ComCo assessed the setting up of a joint undertaking between IP-Suisse and the Migros Group in relation to the pig trade. The preliminary assessments of the reported planned mergers revealed no indications that they would establish or consolidate a dominant position, so ComCo decided against a detailed examination in each case.

3.4.6 Other sectors

On 2 December 2019, ComCo concluded the **AdBlue** investigation into Brenntag Schweizerhall and Bucher Langenthal with an amicable settlement (see Section 2.1).

In September 2019, the Secretariat opened a preliminary investigation into an exclusive importer in connection with the **sale of motorcycles and scooters**. The subject of the preliminary investigation includes indications of possible unlawful pricing and territorial protection agreements related to the sale of motorcycles and scooters.

On 30 January 2019 the Federal Administrative Court issued its decision in a case relating to the **publication of the final report of a preliminary investigation** (see Section 2.2). According to the judgment, the ComCo Secretariat may publish final reports from preliminary investigations, but they must be anonymised.

3.5 Internal Market

The Federal Act on the Internal Market (**Internal Market Act**) guarantees intercantonal freedom of movement and a public bidding process for concessions, as well as ensuring that certain minimum requirements apply to cantonal procurements. ComCo is responsible for supervising compliance with the Internal Market Act.

The Internal Market Act provides for a right of access to inter-cantonal markets according to the origin principle, i.e., that a person must in principle be allowed access to the market in a new canton if he or she is lawfully entitled to carry out the activity in question in the canton he or she has come from. One of the key areas in which ComCo is active on issues relating to intercantonal freedom of movement is the **healthcare sector**. ComCo issued a recommendation on the implementation of the Healthcare Occupations Act (see Section 2.1) and the Secretariat also conducted a market monitoring procedure on access to the market in the case of out-patient community nursing services (Spitex).

The **monitoring of the Spitex market** examined the access to the market granted to Spitex organisations from other cantons in 13 cantons. The market monitoring procedure was based on a report from a Spitex organisation that operates throughout Switzerland. The analysis revealed major cantonal differences, with only a minority of cantons applying the internal market requirements correctly. The majority of cantons did not properly comply with the requirements of the Internal Market Act on the authorisation of Spitex organisations from other cantons. Criticism relates in some cases to overcomplicated procedures and slowness, and to charges being imposed for procedures in certain cantons. In addition, many cantons made the error of failing to grant authorisation based on the authorisation granted in the canton of origin, instead demanding additional documentation without having sufficient legal grounds for doing so. The Secretariat analysed practices in the individual cantons and reported the results to the cantonal departments of health.

ComCo also issued two **recommendations to the authorities in Ticino** on the subject of free market access. In a first recommendation dated 25 February 2019, ComCo considered the draft of a new Ticino Small Businesses Act (Legge sulle imprese artigianali, LIA). ComCo concluded in particular that the register based on the new LIA was not organised in accordance with internal market law. On 25 February 2019, ComCo issued a second recommendation to the cantonal authorities in Ticino on how to implement an amendment to the regulations of the Ticino Construction Management Act in accordance with internal market law. In particular, the recommendation dealt with the issue of how advance notice of an intended activity should be formulated in specific terms.

The Internal Market Act also contains minimum requirements for cantonal procurements. ComCo made a recommendation on the limited permissibility of **protection charges** (see Section 2.1) and on 21 October 2019 issued an expert opinion on the question of applying the **place of performance principle**. The ComCo opinion was a response to the cantons on the question of

whether the place of performance principle applies to conditions of employment at cantonal level under the revised law on public procurement. On the basis of the Internal Market Act, the place of origin principle continues to apply.

The Federal Parliament approved the **revised law on public procurement** on 21 June 2019. On 15 November 2019, the cantons approved the revised Intercantonal Agreement on Public Procurement (IAPP), which largely harmonises cantonal law with the new federal law. ComCo has highlighted competition issues and in particular internal market law aspects in the course of the revision of the law on public procurement in the last few years. Most of the points that ComCo made were taken into account, including ComCo's right of appeal, which remains in the Internal Market Act. As part of the revision of federal public procurement law, the Internal Market Act was also selectively revised. In substantive terms, for example, concessions in the public interest will in future be made subject to the law on public procurement.

In addition, an increasing number of **reports** are coming in on practices adopted by contract awarding entities that may be contrary to the law on public procurement and the internal market. Where there are possible infringements of the minimum requirements on procurement in the Internal Market Act, the Secretariat normally makes requests for information and proposals to the contract awarding entities concerned. The question frequently comes up of whether the purchase of electricity is subject to the law on public procurement. In response to an enquiry, the Secretariat considered as part of a market monitoring procedure the extent to which the **procurement of electricity** by the city transport corporations in Bern is subject to the law on public procurement, and whether a contract for procurement can be awarded without a tendering process.

Under the Internal Market Act, the **transfer of cantonal monopolies** must be carried out by means of non-discriminatory invitations to tender. ComCo submitted an opinion to the Federal Supreme Court in a case relating to **emergency services** in the canton of Valais. The main question that had arisen there was whether a public tendering process was required to licence companies for providing rescue services.

The **campaign to raise awareness** of bid rigging and of the law on the internal market conducted in the cantons (see Section 3.1.4) has helped improve understanding of how the Internal Market Act applies.

3.6 Investigations

In 2019, three series of searches of premises were carried out. The first related to the investigation into surfacing works in the canton of Bern, while the second related to the scopolamine butylbromide investigation. This was the first series of searches that had taken place simultaneously in all three language regions of Switzerland. The third series of searches took place at the end of year in the canton of Ticino, when the Concessionari VW case was expanded to include additional companies.

In relation to the unanswered question of which former and current company employees and executives can claim the right to remain silent when questioned (*nemo tenetur*), the Federal Administrative Court issued a decision at the start of December confirming an earlier judgment according to which former executives could be interviewed as witnesses, but had the right to remain silent on any matters that could incriminate their company. This decision has been appealed to the Federal Supreme Court so that this issue can be resolved by a decision of the highest court (see Section 3.2.1).

Lastly, mention should be made of a regrettable development in an international context. In the report year, the current ECN Forensic IT Working Group changed to become the ECN Digital Investigations and Artificial Intelligence Working Group. The new group is open only to representatives of EU and EEA member states. The Secretariat will attempt to compensate at least in part for Switzerland's exclusion by stepping up bilateral contacts with the authorities in the member states and with the EU Commission.

3.7 International

EU: The competition law cooperation agreement between Switzerland and the EU, which has been in force since 1 December 2014, continues to prove its value. Particularly worthy of mention are the coordinated searches of houses and business premises that took place in the report year. In Switzerland, in various EU member states and in other countries where the EU cooperation agreement does not apply, however, searches were carried out simultaneously at various companies suspected of being involved in international price and territorial agreements. The EU cooperation agreement provides that the competition authorities in Switzerland and the EU can exchange information that they have obtained in their investigations provided the company that discloses the information expressly agrees in writing to its transmission. Without this consent, the information can only be transmitted, in particular for use as evidence, if both competition authorities are investigating the same or associated practices – which was the case in the proceedings mentioned above – and the requesting competition authority submits a specific written request. Information from voluntary admissions and from negotiations on a settlement is never passed on without the express written consent of the company concerned.

In June 2019, ComCo played host to the 10th EURO-COMP, a **conference of European competition authorities** that facilitates technical exchanges. The conference was inaugurated in 2010 by the Netherlands. It is held annually and attended by around ten national authorities, as well as representatives of the European Court of Justice and the EFTA Supervisory Authority. Workshops are held for participant authorities to present their most recent cases and the latest issues, which are then discussed. In 2019, in addition to ComCo as the host, the competition authorities from Portugal, Belgium, Serbia, Slovenia, Croatia, Denmark, Germany, France, Norway, Hungary, Italy and the Netherlands as well as the EFTA supervisory authority and the EU Court of Justice were represented. The programme was rounded off by two presentations: Dennis Oswald from the International Olympic Committee (IOC) and Philippe Dubey

from Court of Arbitration for Sport spoke about the interaction between sports law and the law on cartels.

ECN: A representative of the Secretariat took part in the meetings of the banking and payment group of the European Competition Network (ECN). He provided regular updates on the implementation of the amicable settlement on reducing the interchange fee in Switzerland.

Germany: In the report year, talks continued with the aim of negotiating a bilateral agreement with Germany on cooperation in the field of competition.

OECD: The appointment of the President of the Competition Commission to the office of the OECD Competition Committee was formally confirmed. The office of the Competition Committee decides which issues are discussed in the Competition Committee and in the working groups on Competition and Regulation and on Cooperation and Enforcement. In the report year, the Secretariat prepared written contributions on the subjects of "Judicial review of sanctions in competition law cases" and "Access to files and protection of confidential information". At the six-monthly meeting in Paris, the following topics were among those discussed: "FinTech" and "Disruptive Innovation" in the financial markets, licensing of rights to intellectual property and competition law, and vertical mergers in the technology, media, and telecommunications sectors. One priority issue is competitive neutrality and how to deal with state measures that restrict competition.

ICN: In 2019, the competition authorities played an active role in the further development of the International Competition Network (ICN). The focus was on Switzerland's participation in the ICN Framework for Competition Agency Procedures (CAP), which came into force in 2019. The CAP is a non-binding letter of intent signed by its founder members that regulates fundamental principles of procedural fairness. Recently, various Asiatic and African countries have joined the CAP, alongside the USA, Australia, the EU and most European countries. The current number of members is 72. The member authorities have confirmed their current practice of granting the parties to proceedings recognised fundamental rights. In addition to ensuring compliance with basic legal standards, the CAP aims to improve cooperation among the participant competition authorities and increase the transparency of the various national procedures. A delegation from the Swiss competition authorities attended the ICN annual conference in Cartagena, Colombia in May 2019. The event was devoted to the subject of the digital economy. The Director of the Secretariat made a presentation at the plenary session on how the Swiss competition authorities used ICN work products in their investigations. In addition, the Secretariat answered a complex OECD/ICN questionnaire on cooperation among competition authorities. The Secretariat staff in the ICN groups on advocacy, cartels, mergers and unilateral conduct participated in various conference calls, discussions that were ultimately reflected in various ICN information documents. The report year saw the publication of information documents on incentivising voluntary admissions, the civil law enforcement of competition law, recommended approaches to investigation proceedings and cooperation between competition authorities in assessing company mergers.

UNCTAD: At the UNCTAD annual conference, the draft of "Guiding Policies and Procedures under Section F of the UN Set on Competition" (GPP draft) was presented and approved by the members, who included the Director of the Secretariat. The Secretariat participated in the International Cooperation working group, which prepared the GPP draft and took turns with SECO in participating in the video conferences. The GPP draft will be presented for examination and approval next year at the UN Review Conference in New York and should help to promote international cooperation and to simplify coordination between competition authorities.

3.8 Legislation

Following the rejection of the planned reform of the Cartel Act in September 2014, the current situation with **parliamentary proposals** relating to the Cartel Act that have been submitted but are still pending is as follows:

- The **Altherr Parliamentary initiative** of 25 September 2014 "Excessive import prices. End compulsory procurement on the domestic market" (14.449), which was endorsed by the committees of both Councils, was abandoned in mid-September 2019 because of the pending popular initiative "Stop the island of high prices – for fair prices (Fair-price Initiative)" and the indirect counter-proposal by the Federal Council.
- The **Bischof Motion** of 30 September 2016 "Ban adhesion contracts between online booking platforms and the hotel industry" (16.3902) was approved by both Councils. The concern raised in the Motion should be resolved by an amendment to the Federal Act on Unfair Competition. The EAER is currently preparing a bill for submission to the consultative committee.
- The **Fournier Motion** of 15 December 2016 "Improve the position of SMEs in competition proceedings" (16.4094) demands deadlines for competition law administrative proceedings, compensation of party costs even in first instance administrative proceedings, more lenient sanctions for SMEs and the publication of decisions only after they have become legally enforceable. Following its approval by the Council of States, the National Council accepted the first two points and rejected the other two. The EAER is currently drafting a bill that will be submitted for consultation.
- The **National Council Economic Affairs and Taxation Committee Motion** of 14 August 2017 "Create an effective instrument to prevent unreasonable periodical prices" (17.3629) was abandoned after its rejection by the Council of States on 11 March 2019.
- The **Pfister Motion** of 27 September 2018 on the "Effective implementation of the Cartel Act in the motor vehicle sector" (18.3898) demands that the Federal Council enact an ordinance to protect consumers and SMEs from practices in the motor vehicle sector that distort competition. The Federal Council has called for the motion to be rejected, but the Councils have yet to consider it.

- The **Nantermod Motion** of 12 December 2018 on "Fair and effective procedures in competition law" (18.4183), which calls for changes to the procedural rules on inspecting files and compulsory fees in preliminary investigations, has not yet been considered in the Federal Assembly.
- The **Français Motion** of 13 December 2018 "The revision of the Cartel Act must take account of both qualitative and quantitative criteria in assessing the illegality of an agreement restricting competition" (18.4282), which calls for an amendment to Article 5 Cartel Act, was assigned by the Council of States to the Council of States Economic Affairs and Taxation Committee (EATC–S) on 20 March 2019 for preliminary discussion.
- The **Bauer Motion** of 14 December 2018 on "ComCo investigations: the presumption of innocence must take precedence" (18.4304) demands the repeal of Article 28 Cartel Act, which provides for the public announcement of the opening of an investigation, naming the parties. It has not yet been considered.
- The **Basel-Stadt cantonal initiative** dated 14 March 2018 "Switzerland as an island of high costs and high prices. For fair procurement prices" (18.304) was rejected by the Council of States on 18 June 2019.
- The **Molina postulate** of 9 May 2019 "Strengthen merger controls in the case of direct foreign investments" (19.3491) has yet to be debated in Parliament.

On 29 May 2019, the Federal Council approved its dispatch on the popular initiative "Put an end to Switzerland as an island of high prices – for fair prices (**Fair Prices Initiative**)" and on the indirect counter-proposal (an amendment of the Cartel Act) (19.037; BBl 2019 4877). The popular initiative is currently being debated by the National Council. The indirect counter-proposal, which expressly provides for the introduction of the concept of relative market power, but which is limited to preventing misconduct by companies in cross-border competition, was accepted by the National Council Economic Affairs and Taxation Committee (EATC-N) at the beginning of November 2019 with certain adaptations. The EATC-N has therefore called for the popular initiative to be rejected. The popular initiative and the indirect counter-proposal will probably be debated in the National Council's spring session in 2020.

SECO has overall responsibility for drafting the revision bills for the Administration. The Secretariat plays a part in this work.

4 Organisation and Statistics

4.1 Competition Commission, Secretariat and Statistics

In 2019 **ComCo** held 14 full or half-day plenary sessions. At these meetings it took decisions on matters related to the Cartel Act and the Internal Market Act. More details of these can be found in the statistics below (see Section 4.2).

The following staff changes took place at ComCo: **Andreas Kellerhals** stood down from the Competition Commission at the end of 2019 as he had served the maximum term of office of twelve years.

4.2 Statistics

As of the end of 2019, the **Secretariat** employed 74 (previous year 68) staff members, 41.9 per cent of whom were women (previous year 39.7 %). The 74 employees include both full-time and part-time staff representing a total of 64.2 (previous year 58.1) full-time positions. The number of employees involved in matters relating to the application of the Cartel and Internal Market Acts (including the executive board) is 57 (previous year 51), corresponding to 51.6 full-time positions (previous year 44.3). Seventeen employees (previous year 12) work in the Resources Division (until 30 September the Resources and Logistics Division), providing support for all ComCo's work; this corresponds to 12.6 (previous year 8.8) full-time positions. The Secretariat also offers five (previous year five) internships. These five interns work full-time.

As part of its overall review of resources in June 2018, the Federal Council agreed to four additional positions in the Secretariat, which were filled in 2019. This increase was justified firstly by the more intensive workload, specifically to be able to conclude cases and conduct new investigations. Secondly, as a result of a decision taken by the Head of the EAER, ComCo has since 1 October 2019 provided additional services in the areas of staff, finances, information technology, business administration and logistics for the Federal Office for Housing (FOH) and the Federal Office for National Economic Supply (FONES).

The statistics on the work carried out by ComCo and its Secretariat in 2019 are as follows

	2019	2018
Investigations		
Conducted during the year	19	24
Carried forward from previous year	16	18
Investigations opened	3	6
New investigations from divided investigations	2	0
Final decisions	11	4
Amicable settlements	9	2
Administrative rulings	2	2
Sanctions under Art. 49a para. 1 Cartel Act	10	4
Part-rulings	5	0
Procedural rulings	2	0
Other rulings (publications, costs, searches, etc.)	6	2
Precautionary measures	1	0
Sanctions proceedings under Art. 50 ff. Cartel Act	0	0
Preliminary investigations		
Conducted during the year	14	15
Carried forward from previous year	8	10
Opened	6	5
Concluded	2	7
Investigations opened	1	2
Modification of conduct	3	3
No consequences	0	2
Other activities		
Notifications under Art. 49a para. 3 let. a Cartel Act	2	2
Advice	28	21
Market monitoring	63	72
Freedom of information applications	7	20
Other enquiries	488	581
Mergers		
Notifications	40	34
No objection after preliminary assessment	37	27
Investigations	3	3
Decisions of ComCo after investigation	2	3
Authorisation refused	0	0
Authorised with conditions/requirements	0	0
Authorised without reservations	2	3
Early implementation	0	0
Appeal proceedings		
Total number of appeals before the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court	46	38
Judgments of the Federal Administrative Court	4	7
Success for the competition authority	1	5
Partial success	2	1
Unsuccessful	1	1
Judgments of the Federal Supreme Court	6	1
Success for the competition authority	5	0
Partial success	0	1
Unsuccessful	1	0
Pending at the end of the year (before Federal Administrative Court and Federal Supreme Court)	26	33

Expert reports, recommendations and opinions etc.		
Expert reports (Art. 15 Cartel Act)	0	0
Recommendations (Art. 45 Cartel Act)	0	0
Expert opinions (Art. 47 Cartel Act, 5 para. 4 PMA or 11a TCA)	2	0
Follow-up checks	1	0
Notices (Art. 6 Cartel Act)	1	0
Opinions (Art. 46 para. 1 Cartel Act)	120	152
Consultation proceedings (Art. 46 para. 2 Cartel Act)	17	8
IMA		
Recommendations / Investigations (Art. 8 IMA)	3	0
Expert reports (Art. 10 IMA)	2	3
Provision of advice (Secretariat)	93	94
Appeals (Art. 9 para. 2bis IMA)	0	0

A glance at the statistics for 2019 and a comparison with the figures from 2018 reveal the following:

- **In 2019** ComCo **concluded significantly more investigations with decisions** than in the previous year. This is because various investigations had been in their final stages in 2018.
- The number of **preliminary investigations** conducted remained much the same.
- In comparison with 2019, ComCo received **more reports of planned mergers**. It subjected a similar number to a detailed examination. No mergers were prohibited.
- Although, as in the comparison between 2017 and 2018 – the number of the **appeals before the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court** increased in 2019, the total number of pending appeals fell below the 2018 level. In 2019, the Federal Supreme Court reached more decisions than in 2018, the Federal Administrative Court fewer.
- Although the number of **advisory procedures** increased, the number of **market monitoring procedures** fell. ComCo received significantly fewer **freedom of information requests**. The number of **enquiries** from members of the public, public offices and companies, as well as of office consultation procedures fell in comparison with the previous year.
- In relation to the **Internal Market Act**, ComCo conducted a similar number of advisory procedures as in 2018.

5 Special Topic: Violations of Competition Law and Damages

5.1 Introduction

In the past two years, ComCo and its Secretariat have experienced a growing number of enquiries from companies, private individuals and public authorities (e.g. cantons and communes) about bringing damages claims following Competition Commission decisions on unlawful agreements. In particular, potential claimants have discussed the possibility of obtaining damages following ComCo's decision relating to agreements on automobile leasing (see Sections 1.1 and 2.2.1) and after the various ComCo decisions on agreements in the construction sector in the canton of Graubünden (see Sections 1.1. and 2.1.1). On the latter, the competition authorities received numerous enquiries from construction project clients as to whether they could claim compensation from the companies involved in the cartel and how much compensation that might be. Such actions for damages before a civil court in the aftermath of cartels are known as "follow-up" actions as they build on the findings of the administrative proceedings that ComCo has conducted.

The current law on cartels provides that victims of unlawful restraints of competition are entitled to claim damages and satisfaction in civil proceedings as well as the surrender of the profit that has been unlawfully achieved ("private enforcement" under Art. 12 Cartel Act). In practice, however, such actions are rarely filed in the cantonal civil courts, let alone successfully pursued. This is because the hurdles that must be cleared in Switzerland in order to enforce civil claims related to cartels are excessively high – even by international comparison (e.g. with the Netherlands, Germany or the United Kingdom).

- Proving a violation of competition law is commonly very complex and therefore expensive. The victim of an unlawful restraint of competition who brings a claim must furnish security in respect of procedural costs and runs the risk of having to pay these costs if they do not ultimately win the action.
- Civil claims related to cartels are subject to short prescriptive periods in the Code of Obligations. It is therefore difficult for victims of cartels to file a properly substantiated claim in the civil court in time.
- Furthermore, for the victims of unlawful restraints of competition, who must present and prove the facts of the case in court as the plaintiffs, it is often virtually impossible to obtain the required evidence. In most cases, this evidence is held exclusively by the cartel members or by the competition authorities. The right to obtain access to official documents is however limited firstly by official secrecy and secondly because the competition authorities have an interest in ensuring that there is an incentive for potential cartel members to make voluntary reports. For this reason, and in order to protect commercial secrets, even ComCo rulings are published with partially redacted passages.

- Even if a civil claimant succeeds in proving a breach of competition law to the satisfaction of the court, he or she must still quantify the loss sustained. The loss is determined by what is known in Swiss law as the "difference hypothesis", in which the victim of a cartel must precisely quantify the difference between the current financial situation and the financial situation that would have existed if no breach of competition law had been committed. As a result of the complex interaction of economic factors, determining the hypothetical situation (and thus the loss) can be extremely difficult.
- According to the prevailing interpretation of the current Cartel Act, consumers, and in particular end consumers, do not have the right to take legal action.
- Moreover, civil proceedings face strong competition from administrative proceedings: the path via ComCo is attractive because it means that persons who have a complaint avoid the costs and risks of a civil action and because the competition authorities also have more powerful investigation instruments than the civil courts (e.g. the power to search houses and business premises).

For the foregoing reasons, in Switzerland the process of claiming damages for unlawful competitive practices remains in its infancy. If civil proceedings play a rather subordinate role, and if enforcing the Cartel Act in practice is left to the competition authorities, this brings a substantial disadvantage: victims of cartels receive no compensation from the cartel members for the losses they have suffered. The question therefore arises of how "private enforcement" can be improved.

5.2 Strengthening the current civil law on cartels

5.2.1 Conflict of objectives

The dual approach of the Cartel Act to combating violations of the Cartel Act makes sense: serious violations are penalised by ComCo through administrative proceedings by imposing fines. In addition, cartel members should compensate their victims in civil proceedings for the losses they have incurred. The objective of these measures is to ensure that violations of the Cartel Act do not pay: on the one hand there is compensation, i.e. a procedure between private individuals for the restitution of the losses caused, and on the other there is prevention, i.e. the deterrence of future offenders.

However, there is a certain conflict of objectives here. Under the Cartel Act, ComCo and its Secretariat are responsible for enforcing the administrative law on cartels. They may order state measures to prevent violations of the law, and impose substantial fines. They have effective instruments available to uncover and investigate violations, such as the power to question people, search houses and business premises, and the so-called leniency programme (voluntary report, "crown witness" programme). The latter means that a company that reports its own conduct and uncovers a cartel will receive a more lenient penalty, or no penalty at all. If the option of civil proceedings were to be too heavily promoted from now on, victims could certainly claim damages and, ultimately, they could make violating the Cartel Act appear unattractive; however, making civil actions easier would increase the risk to cartel members of having to pay damages, with the result that they might no longer be prepared to cooperate with the authorities and to provide information under the leniency programme. This in turn could mean that Cartel Act violations remained completely undetected, which would be equally unacceptable to the possible victims. The authorities must consequently seek to achieve a balance between the financial interests of the victims of cartels on the one hand and the state's interest in detecting violations (and the related interest of offenders in confidentiality).

When strengthening the civil law on cartels, the competition authorities must not lose sight of this conflict of objectives: in other words, the facilitation of civil proceedings must not lead to a situation in which the detection and the proof of cartels is made excessively difficult, thus weakening competition law overall, in both its administrative and private law forms.

5.2.2 Access to information

This conflict of objectives comes into consideration in the information provided by the competition authorities: for example, ComCo and its Secretariat provide potential victims of Cartel Act-violations with a variety of information: in particular they publish their rulings, normally with a detailed statement of the grounds, and, subject to specific requirements, grant access to certain official internal documents and files.

To ensure that companies that cooperate are not placed in a worse position than those who do not, the authorities should however avoid giving potential civil claimants information that cartel members have submitted to the authority as part of a voluntary report. If the authorities disclose the content of voluntary reports, they will undermine the effectiveness of the leniency programme. This dilemma means that there is little incentive to encourage civil actions.

5.2.3 Reduced sanctions where damages are paid

In discussions on the reform of the Cartel Act in 2014, it was proposed that when determining sanctions, appropriate account should be taken of any payments a company made to victims based on a decision of a civil court (see Section 5.3). As the revision was not approved, the planned statutory provision and the new options were not introduced. However, based on the existing law, the authorities can create an incentive in ComCo proceedings for cartel members to compensate victims.

In its decision on 19 August 2019 in the investigation into construction services in Graubünden, ComCo for the first time decided that damages payments made to victims of an unlawful restraint of competition before ComCo had reached its decision should be taken into account as a factor that mitigates the sanction. This possibility of a reduced sanction as a result of paying damages is an important incentive to compensate victims of cartels as quickly and fully as possible. It contributes to a situation in which the cartel members "voluntarily" return to the victims all or part of the profits achieved by infringing competition law. Under the current law, in order to secure a reduced sanction based on damages payments, in every case it is essential that the amount of damages

is sufficiently settled and payment guaranteed before any ComCo decision is taken.

There is no express provision in the current Swiss law on cartels for a reduction of a sanction as a result of damages payments, but the practice has a basis in the existing provisions (in particular Art. 49a para. 1 sentences 3 and 4 of the Cartel Act and Art. 3 and 6 of the Cartel Act Sanctions Ordinance). The possibility of a reduced sanction as a result of paying damages to the victims of cartels is basically in line with the principles that apply in the fine or sanctions systems in other Swiss legal fields and in foreign legal systems. For example, in criminal law it is recognised that where an offender makes reparation, this can lead to a more lenient sentence. In EU competition law and in other foreign competition systems the possibility of a reduced sanction as a result of damages payments has recently been recognised in principle. Particular note should be taken of the EU directive on damages as well as the ECN+ directive, according to which competition authorities may take account of damages payments made in terms of a settlement before a fine is imposed when assessing the amount of the fine. However, experience with these provisions is still rather limited.

Where compensation payments made to victims of cartels are taken into account when assessing fines, the question arises of how precisely these payments should influence the assessment. In the case cited from the canton of Graubünden, ComCo made the reduction of the sanction dependent on the amount of damages effectively paid, based on the following principles:

- The starting point for the calculation in each case is always the specific amount that the offender has in fact paid to the victim.
- In each case, however, a competition law sanction must still be imposed to guarantee that the penal, deterrent, preventive element remains. Even if the damages were to exceed the normal competition law sanction, the company would still have to pay a fine. As a consequence, the actual amount paid in damages is not simply deducted in full from the fine, but only determines the percentage by which the fine is reduced.
- In addition, the overall fine and the amount of the reduction must be proportionate: This means that the reduction must be in reasonable proportion to the other criteria for measuring sanctions and to the total sanction.
- In order to protect the institution of voluntary reports, the incentive for companies to submit voluntary reports must remain sufficiently attractive.

As a result, the specific reduction in the sanction as a consequence of making damages payments was dependent on several factors in each decision. In future, the reduction in individual cases will still be assessed differently depending on the nature of the violation of competition and the level of damages paid.

Although offenders pay more than when they are only ordered to pay a fine under competition law, but are not required to pay damages, they pay less than they would if they had to pay the full fine plus damages. In simple terms, the Confederation is increasing the incentive to pay damages to those who have effectively lost money, by partially waiving its claim to sanctions income that would otherwise be paid into the federal coffers.

In the case cited from the canton of Graubünden, this approach was successful: instead of having to pay sanctions amounting to around CHF 14 million as originally calculated, the companies in the cartel were ultimately required to pay “only” CHF 11 million in sanctions to the Confederation. However, they also paid around CHF 6 million in damages to the victims of the cartel. The process was highly beneficial to the victims more than anyone else: they received compensation relatively quickly and easily, without having to take protracted, expensive civil proceedings, whose outcome would have been uncertain.

5.3 Strengthening the civil law on cartels by revising the current law

The incentives to bring civil actions could be increased considerably by amending the Cartel Act while remaining within the present system. In this case the aim is not to strengthen the civil law on cartels at the expense of the administrative law on cartels. Instead the aim is to improve the enforcement of the law on cartels overall. Experiences in other European countries show that it is possible to increase the appeal of taking action in the civil courts, without creating an excessive culture of litigation. The aim of any reform should be to ensure that those who have been affected by restraints of competition are more readily able to obtain compensation for themselves (e.g. via “follow-up” actions) or can take action on their own initiative (e.g. by enforcing an injunction) and are thus no longer dependent on the competition authority’s discretion as to whether it pursues a case.

During the discussions (ultimately unsuccessful) on the reform of the Cartel Act in 2014, one of the Federal Council’s proposals was to expand the option of taking action in the civil courts, which is currently limited to competitors, to include all those affected by cartels. This would allow all end customers and public contractors (in particular the cantons and communes) to enforce their rights in the civil courts. In addition, the prescriptive period under the private law on cartels should be suspended from the opening of an investigation by the competition authority until a legally binding decision has been issued. This would prevent the situation where civil action cannot be effectively taken because the administrative law proceedings have gone on for too long. Because the reform of the Cartel Act in 2014 did not come to fruition, many problems remain unresolved.

5.4 Conclusion

Parliament originally planned that the administrative and the civil law procedures for dealing with cartels would exist in parallel, but in practice the two are not in balance: whereas the administrative procedures have been beefed up, especially with the introduction of sanctions, a leniency programme and searches of houses and business premises, enforcement in the civil courts has not achieved any genuine practical importance.

In order to change this situation, the competition authorities can in certain cases help to ensure that the victims of cartel offences are properly compensated by the perpetrators. With this in mind, in a pilot case ComCo reduced the sanction imposed on members of a construction industry cartel by around half of the damages that they paid to cartel victims before the ComCo decision. Even by international standards, this constituted a milestone in enforcing the civil law on cartels.

This measure in itself is only one element that will strengthen the civil law on cartels. The competition authorities are also committed to ensuring that the Federal Parliament begins work on the improvements required to modernise the civil law on cartels. Making it easier to bring civil actions under competition law must however not lead to a situation in which uncovering and proving the existence of cartels through voluntary admissions is made excessively difficult, thus weakening competition law overall, both in its administrative and civil law forms.

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 2 Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2	**2. Untersuchungen** Enquêtes Inchieste
B 2.2	**1. KTB-Werke**

Hinweis:

Diese Verfügung wurde von den Parteien beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und ist derzeit dort hängig (Stand: Juli 2019). Sie ist daher gegenüber den beschwerdeführenden Parteien nicht rechtskräftig.

Verfügung vom 10. Dezember 2018 in Sachen Untersuchung 22-0477 gemäss Art. 27 KG betreffend KTB-Werke wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 7 KG, gegen

1. **Alluvia Holding AG**, in Bern,
   K. & U. Hofstetter AG, in Bern und
   Messerli Kieswerk AG, in Bern sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften

   vertreten durch […];

2. **Kästli Bau AG**, in Ostermundigen, und
   Kästli Beteiligungen AG, in Ostermundigen sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften

   vertreten durch […]

Inhaltsverzeichnis

A Verfahren 83
A.1 Gegenstand der Untersuchung 83
A.2 Parteien 83
A.2.1 Alluvia-Gruppe 83
A.2.2 Kästli-Gruppe 85
A.2.3 Standorte der Kies- und Betonwerke 85
A.3 KTB AG und KTB-Verband 86
A.3.1 Einführung 86
A.3.2 Kies- und Transportverband Bern und Umgebung – KTB-Verband 86
A.3.3 KTB AG 86
A.4 Verfahrensgeschichte 87
A.4.1 Untersuchungseröffnung 87
A.4.2 Hausdurchsuchungen und weitere Ermittlungshandlungen 87
A.4.3 Verfahrenstrennung 87
A.4.4 Einvernehmliche Regelung 87
A.4.5 Selbstanzeigen 88
A.4.6 Datenlieferungen 88
A.4.7 Gesuch um Erlass einer Zwischenverfügung 89
A.4.8 Beweisanträge 90
A.4.9 Akteneinsicht und Versand des Antrages gemäss Art. 30 Abs. 2 KG 90
A.4.10 Entscheidprozess vor der Wettbewerbskommission 90
B Sachverhalt 91
B.1 Überblick 91
B.2 Vorbemerkungen zum Beweis 91
B.3 Grundsätzliche Bemerkungen zu den Parteistellungnahmen 91
B.3.1 Umfang der Anhörung der Parteien 91
B.3.2 Begründungspflicht 92
B.4 Marktverhältnisse in der Kies- und Betonbranche im Raum Bern 92
B.4.1 Beweisthema 92
B.4.2 Vorbemerkung zu den Beweismitteln, der Beweiswürdigung und dem Beweisergebnis 92
B.4.3 Beschreibung der betroffenen Produkte 92
B.4.3.1 Abbau von Gesteinskörnungen 92

B.4.3.2 Kiesaufbereitung 94
B.4.3.3 Verwendung von aufbereitetem Kies 94
B.4.3.4 Deponie 94
B.4.3.5 Beton 94
B.4.3.6 Mörtel 95
B.4.3.7 Transport 96
B.4.4 Markt 96
B.4.4.1 Nachfrageseite 97
B.4.4.2 Relevante Produkte 97
B.4.4.3 Liefergebiet 98
B.4.4.4 Anbieter 103
B.4.4.5 Markteintrittsschranken 106
B.4.4.6 Preisbildung 109
(i) Definitionen 109
(ii) Umsatzanteil der zum Listenpreis verkauften Produkte 110
(iii) Offertstellung 110
(iv) Preiskalkulation 111
(v) Verhandlungsmacht grosser Bauunternehmungen 113
(vi) Ausmass des preislichen Spielraumraums der Parteien 113
B.4.5 Zusammenfassung der Beweisergebnisse 113
B.5 Wettbewerbsrechtlich relevante Verhaltensweisen 114
B.5.1 Vorbemerkung zur Beweisführung 114
B.5.2 Koordination der Listenpreise 115
B.5.2.1 Konsens, Inhalt und Beteiligte 115
(i) Beweisthema 115
(ii) Beweismittel 115
a. Urkunden 115
b. Zeugenaussagen 115
c. Schriftliche Erklärungen von Dritten 116
d. Parteiaussagen 116
e. Schriftliche Parteiauskünfte 116
(iii) Beweiswürdigung 116
(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen 118
(v) Beweisergebnis 119
B.5.2.2 Verfolgter Zweck 119
(i) Beweisthema 119
(ii) Beweismittel 119
a. Urkunden 119
b. Zeugenaussagen 120
c. Schriftliche Erklärungen von Dritten 120
d. Parteiangaben 120
(iii) Beweiswürdigung 120
(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen 121
(v) Beweisergebnis 121
B.5.2.3 Dauer 121
(i) Beweisthema 121
(ii) Beweismittel 121
a. Urkunden 121
b. Zeugenaussagen 122
c. Parteiauskünfte 122
(iii) Beweiswürdigung 123
(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen 123
(v) Beweisergebnis 123
B.5.2.4 Umsetzung und Auswirkungen zwischen den Parteien 123
(i) Beweisthema 123
(ii) Beweismittel 124
a. Urkunden 124
b. Zeugenaussagen 124
c. Schriftliche Erklärungen von Dritten 124
d. Parteiaussagen 124
e. Parteieingaben 125
(iii) Beweiswürdigung 125
(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen 128
(v) Beweisergebnis 130
B.5.2.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis der Listenpreise 130
B.5.3 Gemeinsamer Mengenrabatt 130
B.5.3.1 Konsens, Inhalt und Beteiligte 130
(i) Beweisthema 130
(ii) Beweismittel 131
a. Urkunden 131
b. Parteiauskünfte 131
c. Schriftliche Parteieingaben 132
(iii) Beweiswürdigung 132
(iv) Beweisergebnis 132
B.5.3.2 Verfolger Zweck 133
(i) Beweisthema 133
(ii) Beweismittel 133
a. Urkunden 133
b. Parteiaussagen 133
(iii) Beweiswürdigung 134
(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen 135

(v) Beweisergebnis 136
B.5.3.3 Dauer 136
(i) Beweisthema 136
(ii) Beweismittel 136
a. Urkunden 136
b. Parteiaussagen 136
(iii) Beweiswürdigung 137
(iv) Beweisergebnis 137
B.5.3.4 Umsetzung und Auswirkungen 137
(i) Beweisthema 137
(ii) Beweismittel 137
a. Urkunden 137
b. Parteiaussagen 137
(iii) Beweiswürdigung 138
(iv) Würdigung der Parteivorbringen 138
(v) Beweisergebnis 140
B.5.3.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis der gemeinsamen Mengenrabatte 140
B.5.4 Koordination der Liefergebiete 140
B.5.4.1 Konsens, Inhalt, Beteiligte und Dauer 140
(i) Beweisthema 140
(ii) Beweismittel 140
a. Urkunden 140
b. Lieferscheindaten 141
c. Zeugenaussagen 141
d. Parteiaussagen 141
e. Schriftliche Antworten auf Fragebogen 142
(iii) Beweiswürdigung 142
1. Koordination der Liefergebiete 1976 142
2. Dauer der Koordination der Liefergebiete aufgrund der Vereinbarung von 1976 143
a. Fortbestand bis ins Jahr 1994 143
b. Fortbestand bis Ende 1997 143
c. Fortbestand bis ins Jahr 1999 144
d. Fortbestand bis 2003 145
e. Fortbestand bis 2009 146
f. Fortbestand bis 2011/2013 148
(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen 149
(v) Beweisergebnis 150
B.5.4.2 Verfolger Zweck 150
(i) Beweisthema 150
(ii) Beweismittel 150
a. Urkunden 150
b. Zeugenaussagen 150
c. Parteiaussagen 151
d. Schriftliche Antworten auf Fragebogen 151
(iii) Beweiswürdigung 151
(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen 153
(v) Beweisergebnis 153
B.5.4.3 Umsetzung und Auswirkungen 153
B.5.4.3.1 Beweisthema 153
B.5.4.3.2 Beweismittel 154
(i) Urkunden 154
(ii) Lieferscheindaten 154
B.5.4.3.3 Beweiswürdigung Urkundenbeweise 154
B.5.4.3.4 Auswertung und Würdigung der Lieferscheindaten 154
(i) Datenbereinigung 154
1. Baustellen-Postleitzahlen 155
2. Baustellen-Adressen 155
3. Netto-Werkpreise 156
(ii) Abgrenzung der Liefergebiete der Alluvia- und der Kästli-Gruppe 156
(iii) Untersuchung des Preissetzungsverhaltens 159
1. Herleitung der Hypothesen 159
2. Methode 161
a. Berücksichtigte Baustellen (Beobachtungen) 161
b. Messung des Netto-Werkpreises (abhängige Variable) 162
c. Messung der Fahrzeit Baustelle – nächstes Alternativwerk (unabhängige Variable) 163
d. Kontrollvariablen 164
i. Weshalb Kontrollvariablen? 164
ii. Messung der Kontrollvariablen 165
e. Spezifikation der Regressionsgleichung und Schätzmethode 165
3. Darstellung und Interpretation der Resultate 166
a. Darstellung und Interpretation der berechneten Parameter 166
b. Statistische Signifikanz 167
c. Test von Hypothese 1 167
d. Test von Hypothese 2 169
e. Liegen für den Test von Hypothese 1 genügend Beobachtungen vor? 171
f. Zuverlässigkeit der Berechnungen 173
g. Alternative Schätzungen der Parteien 173
h. Beurteilung der Ergebnisse der Auswertung der Lieferscheindaten 174

B.5.4.3.5 Beweisergebnis 174
B.5.4.3.6 Parteivorbringen 174
B.5.4.4 Zusammenfassendes Beweisergebnis der Koordination der Liefergebiete 175
B.5.5 Kies- und Betonbatzen 175
B.5.5.1 Konsens, Inhalt und Beteiligte 175
(i) Beweisthema 175
(ii) Beweismittel 175
a. Urkunden 175
b. Zeugenaussagen 176
c. Parteiaussagen 176
d. Schriftliche Parteieingaben 176
(iii) Beweiswürdigung 176
(iv) Beweisergebnis 177
B.5.5.2 Verfolger Zweck 177
(i) Beweisthema 177
(ii) Beweismittel 177
a. Urkunden 177
b. Zeugenaussagen 177
c. Parteiaussagen 177
(iii) Beweiswürdigung 177
(iv) Beweisergebnis 178
B.5.5.3 Dauer 178
(i) Beweisthema 178
(ii) Beweismittel 178
a. Urkunden 178
b. Zeugenaussagen 179
c. Parteiaussagen 179
(iii) Beweiswürdigung 179
(iv) Beweisergebnis 179
B.5.5.4 Umsetzung und Auswirkungen 179
(i) Beweisthema 179
(ii) Beweismittel 179
a. Urkunden 179
b. Zeugenaussagen 180
c. Parteiaussagen 180
d. Schriftliche Parteieingaben 180
(iii) Beweiswürdigung 181
(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen 181
(v) Beweisergebnis 182
B.5.5.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis zum Kies- und Betonbatzen 182
B.5.6 Gemeinsame Inkassostelle 183
B.5.6.1 Konsens, Inhalt und Beteiligte 183
(i) Beweisthema 183
(ii) Beweismittel 183
a. Urkunden 183
b. Zeugenaussagen 183
c. Parteiauskünfte 183
(iii) Beweiswürdigung 184
(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen 187
(v) Beweisergebnis 189
B.5.6.2 Verfolger Zweck 189
(i) Beweisthema 189
(ii) Beweismittel 189
a. Urkunden 189
b. Zeugenaussagen 189
c. Parteiauskünfte 190
(iii) Beweiswürdigung 190
(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen 191
(v) Beweisergebnis 191
B.5.6.3 Dauer 191
(i) Beweisthema 191
(ii) Beweismittel 191
a. Urkunden 191
b. Zeugenaussagen 192
c. Parteiaussagen 192
(iii) Beweiswürdigung 192
(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen 192
(v) Beweisergebnis 192
B.5.6.4 Umsetzung und Auswirkungen 192
(i) Beweisthema 192
(ii) Beweismittel 193
a. Urkunden 193
b. Zeugenaussagen 193
c. Parteiauskünfte 193
(iii) Beweiswürdigung 193
(iv) Beweisergebnis 194
B.5.6.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis zum gemeinsamen Inkasso und Tragen der Debitorenverluste sowie zu den Liefersperren gegenüber Kunden 194
B.5.7 Sämtliche Verhaltensweisen umspannender Konsens zur Zusammenarbeit 194
B.5.7.1 Vorbemerkung und Beweisthema 194
B.5.7.2 Beweismittel 195
B.5.7.3 Beweiswürdigung 195

B.5.7.4 Parteistellungnahmen und Würdigung 195
B.5.7.5 Beweisergebnis 196
C Erwägungen 196
C.1 Geltungsbereich 196
C.2 Verfügungsadressaten 196
C.3 Vorbehaltene Vorschriften 196
C.4 Beachtung von Verfahrensvorschriften 197
C.4.1 Antrag auf Erlass einer Zwischenverfügung 197
C.4.1.1 Vorbringen der Kästli-Gruppe 197
C.4.1.2 Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung 198
C.4.1.3 Würdigung des Antrags 198
C.4.2 Beweisanträge 198
C.4.2.1 Anträge der Kästli-Gruppe 198
C.4.2.2 Beweismassnahmen des Sekretariats 199
C.4.2.3 Ablehnung und Nichteintreten weitergehender Beweisanträge 199
C.4.2.3.1 Die Rechtsgrundlagen 199
C.4.2.3.2 Würdigung der Beweisanträge 199
C.4.3 Behauptete Voreingenommenheit 200
C.4.3.1 Vorbringen der Kästli-Gruppe 200
C.4.3.2 Würdigung der Vorbringen 201
C.4.4 Antrag auf Entfernung eines Aktenstückes aus den Akten 201
C.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede 201
C.5.1 Einleitung 201
C.5.2 Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG 201
C.5.2.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 202
C.5.2.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 202
C.5.2.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufen 203
C.5.2.4 Fazit: Vorliegen von Abreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG 204
C.5.2.5 Qualifikation als Gesamtabrede 204
C.5.3 Qualifikation der Abreden 204
C.5.3.1 Vorliegen von horizontalen Preis- und Gebietsabreden 204
C.5.3.1.1 Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG 204
C.5.3.1.2 Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG 207
C.5.4 Keine Beseitigung des Wettbewerbs 207
C.5.4.1 Prüfungsablauf 207
C.5.4.2 Relevanter Markt 207
(i) Marktgegenseite 207
(ii) Sachlich relevanter Markt 207
(iii) Räumlich relevanter Markt 208
(iv) Zeitlich relevanter Markt 208
(v) Fazit 208
C.5.5 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 208
C.5.5.1 Aussenwettbewerb 208
C.5.5.1.1 Aktueller Wettbewerb 208
C.5.5.1.2 Potenzieller Wettbewerb 209
C.5.5.2 Innenwettbewerb 209
C.5.5.3 Zwischenergebnis 209
C.5.6 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 209
C.5.7 Zwischenergebnis 210
C.5.8 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen 210
C.6 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen 211
C.6.1 Einleitung 211
C.6.2 Marktbeherrschende Stellung 211
C.6.2.1 Vorbemerkung 211
C.6.2.2 Der relevante Markt 212
C.6.2.2.1 Der sachlich relevante Markt 212
C.6.2.2.2 Der räumlich relevante Markt 212
C.6.2.2.3 Zeitlich relevanter Markt 212
C.6.2.2.4 Zwischenfazit 212
C.6.2.2.5 Beurteilung der Marktstellung 212
(i) Einleitung 212
(ii) Aktuelle Konkurrenz 212
(iii) Potenzielle Konkurrenz 213
(iv) Stellung der Marktgegenseite 213
(v) Zwischenfazit 213
C.6.3 Missbrauch 213
C.6.3.1 Einleitung 213
C.6.3.2 Einschränkung des Absatzes und Behinderung in der Ausübung des Wettbewerbs 214
C.6.3.3 Keine Rechtfertigungsgründe 214
C.6.4 Fazit 214
C.7 Massnahmen 215
C.7.1 Anordnung von Massnahmen 215
C.7.2 Sanktionierung 215
C.7.2.1 Allgemeines 216
C.7.2.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG 216
C.7.2.3 Vorwerfbarkeit 216

C.7.2.4 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht 217
C.7.2.5 Bemessung 217
C.7.2.5.1 Konkrete Sanktionsberechnung 217
(i) Basisbetrag 217
1. Massgebliche Umsätze 217
2. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt) 218
3. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses 218
(ii) Dauer des Verstosses 219
(iii) Erschwerende und mildernde Umstände 219
1. Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung vor Verfahrenseröffnung 219
2. Kooperatives Verhalten 219
(iv) Maximalsanktion 220
C.7.2.5.2 Parteieingaben sind keine Selbstanzeigen – keine weitere Sanktionsreduktion 220
(i) Einleitung 220
(ii) Rechtliche Vorgaben an Selbstanzeigen 220
(iii) Beurteilung der Eingaben der Alluvia- und der Kästli-Gruppe 221
1. Alluvia-Gruppe 221
2. Kästli-Gruppe 222
(iv) Fazit 223
C.7.2.5.3 Verhältnismässigkeitsprüfung 223
C.7.2.6 Ergebnis 223
C.7.3 Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten] 223
D Kosten 223
E Untersuchungsergebnis 225
F Dispositiv 225

A. Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Im Rahmen der Untersuchung 22-0477: KTB-Werke wurde abgeklärt, ob die Untersuchungsadressaten unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 KG und Art. 7 KG in den Bereichen Kies und Beton im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) vorgenommen haben.

2. Die Wettbewerbsbehörden untersuchten, ob sich die Untersuchungsadressatinnen insbesondere:

- über Preise betreffend Baustoffe (u.a. Kies und Beton), inkl. Rabatte, absprachen oder ihr Verhalten diesbezüglich aufeinander abstimmten;
- über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern absprachen oder ihr Verhalten diesbezüglich aufeinander abstimmten;
- über die Entrichtung eines Kies- und Betonbatzens an Baumeisterverbände absprachen; sowie
- betreffend das Inkasso, das Tragen von Debitorenverlusten und Liefersperren gegenüber Kunden absprachen.

3. Zudem untersuchten die Wettbewerbsbehörden, ob die Untersuchungsadressatinnen eine individuelle und/oder kollektiv marktbeherrschenden Stellung einnahmen und andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligten, insbesondere indem sie:

- Bezügern von Kies und Beton abhängig vom Gesamtbezug bei den Werken der Untersuchungsadressaten einen gemeinsamen Mengenrabatt gewährten;
- den Kies- und Betonbatzen an Baumeisterverbände von der Bedingung abhängig machten, dass die Mitglieder der Baumeisterverbände sämtliche Bezüge von Kies und Beton bei ihren Werken tätigten.[1]

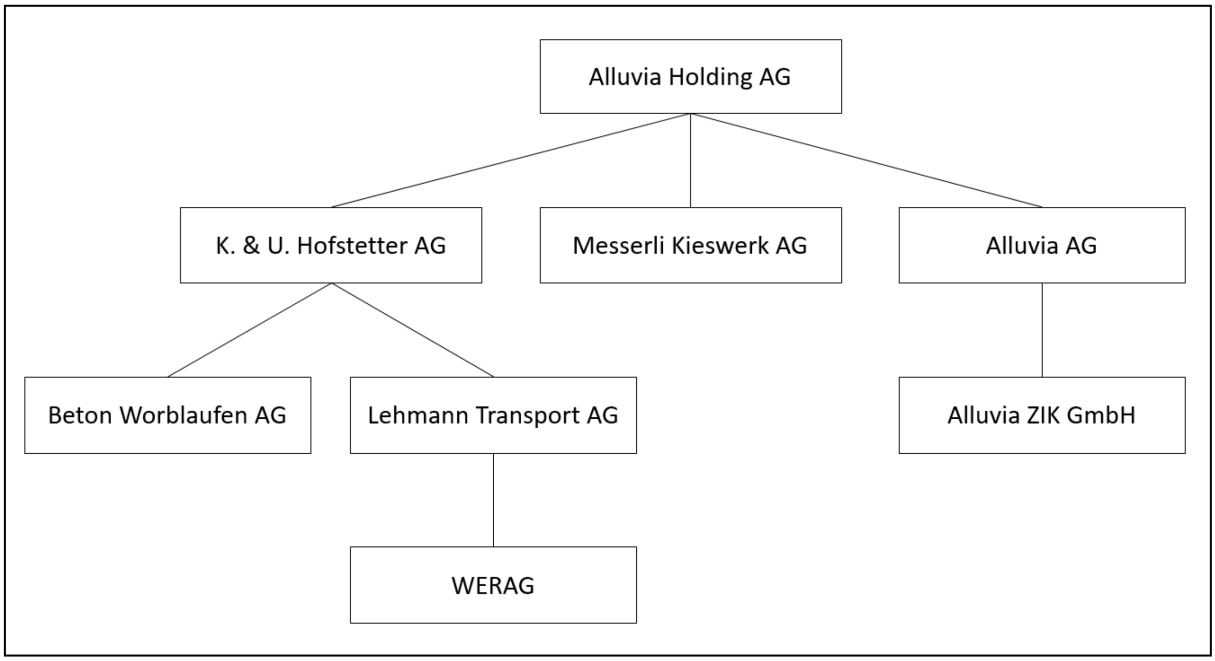
A.2 Parteien

A.2.1 Alluvia-Gruppe

4. Die **Alluvia Holding AG** bezweckt den Erwerb von Beteiligungen insbesondere an Unternehmen zum Betrieb von Kies- und Sandwerken, Transportbetonanlagen, Transporten, Rückbau, Baugrubenaushub sowie Gewinnung von Wertstoffen aus dem Rückbau. Die Alluvia Holding AG hält [>50] % der Beteiligungen an der K.+U. Hofstetter AG, der Messerli Kieswerk AG und der Alluvia AG.

[1] Vgl. SHAB vom 03.02.2015, Nr. 22 (Act. I.56 [22-0440]).

Abbildung 1: Alluvia-Gruppe



Kieswerke		**Transportbetonwerke**	
Hofstetter	Hindelbank, Mattstetten, Berken	Hofstetter	Hindelbank, Berken, Worblaufen
Messerli	Oberwangen	Messerli	Oberwangen und Bern Bethlehem

Quelle: <http://www.alluvia.ch/geschichte> (29.5.2018), <http://www.hofstetter.ch/geschichte> (29.5.2018)

5. Da die Tochtergesellschaften der Alluvia Holding AG in der Vergangenheit voneinander unabhängige Unternehmen waren, ist es für das Verständnis des nachfolgenden Sacherhalts zentral, einen Teil der Geschichte des Unternehmens zu kennen:

K.+U. Hofstetter AG

1974 Die **K.+U. Hofstetter AG** mit Sitz in Bern wurde ins Handelsregister eingetragen. Ihr Gesellschaftszweck besteht im Betrieb von Kies- und Sandwerken, in der Herstellung und Lieferung von Transportbeton, im Betrieb einer Autotransportunternehmung und von mechanischen Werkstätten sowie im Handel und in der Vermietung von Maschinen aller Art. Dazu betreibt sie Kiesaufbereitungsanlagen in Hindelbank, Mattstetten und Berken und Transportbetonwerke in Hindelbank, Berken und Worblaufen.[2]

1997 Die **Beton Worblaufen AG** wurde ins Handelsregister eingetragen. Die Beton Worblaufen AG betreibt ein Transportbetonwerk in Worblaufen. Die K.+U. Hofstetter AG hält die Mehrheit des Aktienkapitals daran. Gemäss Handelsregister bezweckt die Beton Worblaufen AG die Fabrikation und Transport von Beton und Mörtel aller Art.[3]

2011 Die K.+U. Hofstetter AG beteiligte sich an der **Lehmann Transport AG Bern**. Im Jahr 2013 erwarb sie mit [>50] % die Aktienmehrheit.[4] Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt die Lehmann Transport AG mit Sitz in Bern den Betrieb eines Transportgeschäftes. Sie hält [>50] % des Aktienkapitals an der **WERAG Mattstetten AG**.

Messerli Kieswerk AG

1974 Die **Messerli Kieswerk AG** mit Sitz in Bern wird ins Handelsregister eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag ist sie in den Bereichen Kies, Transportbeton, Aushub, Rückbau und der Wiederverwertung von Baustoffen tätig. Ihr Gesellschaftszweck besteht im Abbau und der Aufbereitung von Steinen und Erden, der Herstellung und dem Vertrieb von Frischbeton und verwandten Produkten, der Annahme, Aufbereitung und dem Vertrieb von Sekundärbaustoffen, der Ausführung

[2] <http://www.hofstetter.ch/geschichte> (4.5.2018, PDF-Kopie bei den Akten).
[3] <http://www.hofstetter.ch/geschichte> (4.5.2018, PDF-Kopie bei den Akten).
[4] Act. II.B.X.437 (22-0440).

von Trax- und Baggerarbeiten sowie von Transporten. Sie verfügt über eine Kiesaufbereitungsanlage in Oberwangen und Transportbetonwerke in Oberwangen und Bern Bethlehem.

1994 Die Messerli Kieswerk AG übernahm die **Kessler AG** mit Sitz in Köniz (Handelsregistereintrag 1971). Die Kessler AG war in den Bereichen Kies, Transportbeton und Wiederverwertung von Baustoffen tätig. Sie bezweckte den Abbau und die Aufbereitung von Steinen und Erden, die Herstellung und den Vertrieb von Frischbeton und verwandten Produkten. Zudem bezweckte sie die Annahme, Aufbereitung und den Vertrieb von Sekundärbaustoffen, Recycling und deren Transporte. Die Kessler AG wurde 2007 im Handelsregister gelöscht.

Alluvia Holding AG, Alluvia AG

2006 Die beiden Gesellschaften K.+U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG gründeten die HM Holding AG, an welcher sie je die Hälfte der Beteiligungen hielten.

2007 Die HM Kies + Beton AG wurde als Tochtergesellschaft der HM Holding AG gegründet. Sie übernahm die Leitungs- und Verwaltungsaufgaben der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG.

2013 Die HM Holding AG wurde zur **Alluvia Holding AG** und die HM Kies + Beton AG zur **Alluvia AG** umbenannt.

2014 Im Jahr 2014 gründete die Alluvia AG die zentrale Inkassostelle **Alluvia ZIK GmbH** als Tochtergesellschaft.

A.2.2 Kästli-Gruppe

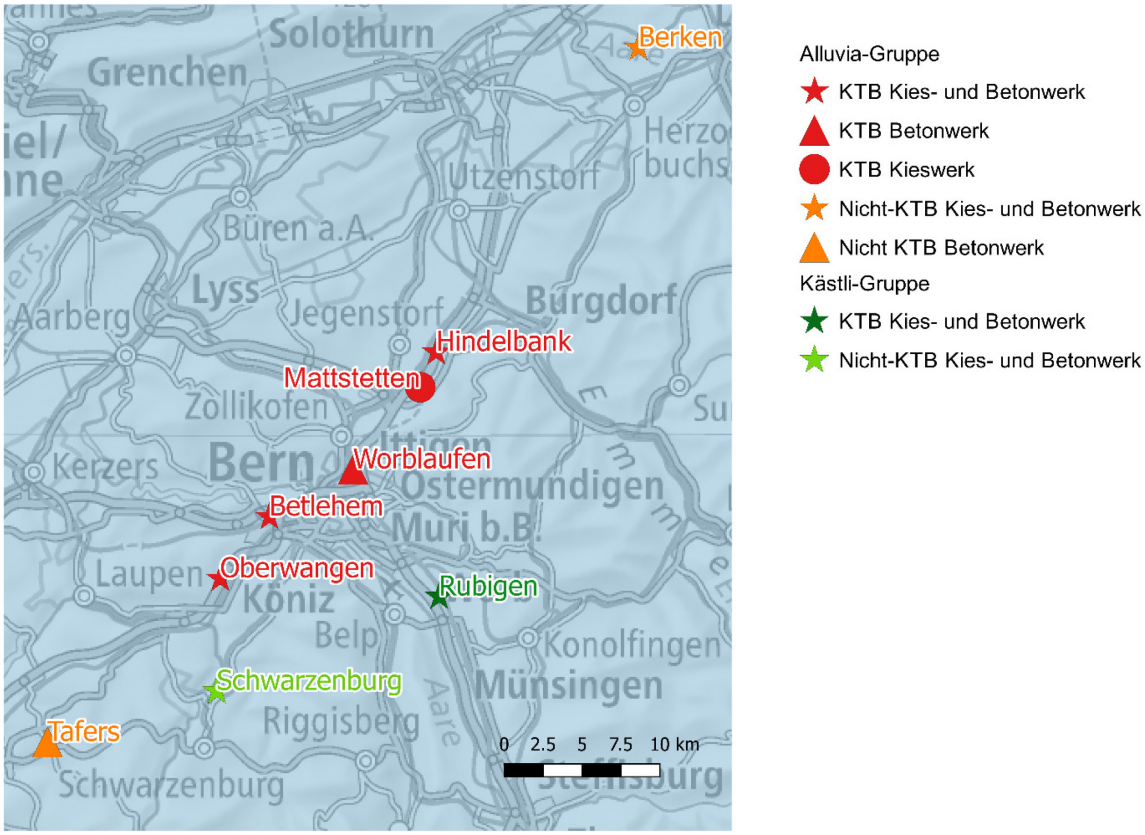
6. Die **Kästli Bau AG** mit Sitz in Ostermundigen ging aus der 1932 gegründeten Bendicht Kästli + Söhne AG hervor und ist seit 2011 im Handelsregister eingetragen. Ihr Gesellschaftszweck besteht u.a. im Betrieb einer Bauunternehmung, dem Abbau von Sand und Kies sowie dem Betreib von Kies- und Recyclinganlagen aller Art. Dazu betreibt sie eine Kiesgrube und ein Kieswerk in Rubigen und verfügt über Zweigniederlassungen in Thun, Belp, Wattenwil, Schwarzenburg und Rubigen.

7. Die Kästli Bau AG ist eine […] Tochtergesellschaft der **Kästli Beteiligungen AG**, ebenfalls mit Sitz in Ostermundigen, welcher zahlreiche Gesellschaften der Bau-, Baustoff-, Recycling-, Baulogistik- sowie Transportbranche angehören. Die Kästli-Gruppe betreibt Kiesabbaustellen und Deponien in Rubigen, Lützelflüh und Schwarzenburg.

A.2.3 Standorte der Kies- und Betonwerke

8. Die Kies- und Betonwerke der Kästli- und der Alluvia-Gruppe sind in Abbildung 2 dargestellt. Dabei werden die der KTB AG angeschlossenen Werke separat gekennzeichnet, weil diese für die vorliegende Untersuchung von besonderer Bedeutung sind (mehr dazu im nachfolgenden Abschnitt A.3).

Abbildung 2: Kies- und Betonwerke der Parteien



Quelle: Swisstopo (Kartenmaterial)

A.3 KTB AG und KTB-Verband

A.3.1 Einführung

9. Vor der Eröffnung der vorliegenden Untersuchung gründeten die Verfahrensparteien gemeinsam die KTB AG und lösten diese wieder auf. Da die KTB AG aufgrund ihrer Auflösung nicht Verfahrensadressatin ist, deren Aktivitäten aber zentral für die vorliegende Untersuchung sind, sei im Folgenden deren Entstehungsgeschichte, Auflösung und der Zweck dargelegt.

A.3.2 Kies- und Transportverband Bern und Umgebung – KTB-Verband

10. Die Entstehung und Auflösung des Kies- und Transportverbandes Bern und Umgebung, genannt KTB-Verband, ist unstreitig, weshalb darüber nicht Beweis geführt werden muss. Der KTB-Verband bestand seit 1974.[5] Er setzte sich 1974 aus der K.+U. Hofstetter AG, der Messerli Kieswerk AG, der Kessler Kies AG, der Kieswerk AG Oberwangen (heute Alluvia-Gruppe)[6], der Bendicht Kästli & Söhne AG (heute Kästli-Gruppe)[7], der ehemaligen Kieswerk Wichtrach AG[8], der ehemaligen W. und E. Künti[9] sowie der Losinger AG, Bern (heute Losinger Marazzi AG)[10]. Anlässlich der Generalversammlung vom 1. November 1996 entschieden die Gesellschafter den KTB-Verband per Ende 1997 aufzulösen.[11]

11. Der Zweck des KTB-Verbandes und der Grund für dessen Auflösung sind nicht vollumfänglich klar, weshalb darüber kurz Beweis zu führen ist. Gemäss den Zeugenaussagen von [A._____] bestand der Zweck des Verbandes hauptsächlich darin «*Preisabreden, Mengenzuteilungen und Gebietsabreden*» zu organisieren. Dazu habe man eigens einen Geschäftsführer organisiert, der dies professionell durchführte.[12] Diese Aussagen stimmen mit den Parteiaussagen des [Organs] der Kästli Bau AG [B._____] überein, wonach der Verband eine Marktaufteilung nach Mengen und Gebieten vornahm[13], und den Parteiaussagen des [Mitarbeiters] der Alluvia-Gruppe [C._____], gemäss dem im KTB-Verband Preise abgesprochen worden seien.[14] Damit stimmt auch die Zeugenaussage von [D._____] anlässlich seiner Einvernahme vom 6. Oktober 2016 überein. Er sagte aus, der KTB-Verband sei aufgrund des neuen Wettbewerbsrechts aufgelöst worden.[15]

12. Aufgrund der übereinstimmenden Aussagen zum Zweck des Verbandes und der Aussage über den Grund der Auflösung des Verbandes ist erwiesen, dass der KTB-Verband bis zu seiner Auflösung den Zweck hatte, «*Preisabreden, Mengenzuteilungen und Gebietsabreden*» zu treffen. Die Parteien waren sich bewusst, dass diese Verhaltensweisen nicht wettbewerbsrechtskonform waren, weshalb der Verband aufgelöst wurde.

A.3.3 KTB AG

13. Es ist unstreitig, dass die heutige Alluvia-Gruppe[16] und die Kästli-Gruppe[17] nach der Auflösung des KTB-Verbandes Ende des Jahres 1997 eine gemeinsame Inkassostelle gründeten, die KTB AG. Bezüglich den Aufgaben und dem Zweck der KTB AG sei auf die nachfolgenden Ausführungen verweisen (dazu hinten B.5.6, Rz 688 ff.). Ebenfalls unstreitig ist, dass die folgenden Unternehmen an der KTB AG angeschlossen waren:

- Kästli-Gruppe:
  - BERAG AG (Rubigen),
  - Kieswerk Rubigen,
  - Frischbeton AG (Rubigen)
- Seitens der Alluvia-Gruppe:
  - Hofstetter AG mit den Werken Worblaufen, Mattstetten und Hindelbank
  - Messerli AG mit den Werken in Oberwangen und Bethlehem.[18]

14. Zum Grund, weshalb die Verfahrensparteien den Namen des KTB-Verbandes für die neu geschaffene Inkassostelle wiederverwendeten, liegen den Behörden die folgenden Aussagen aus Einvernahmen und Urkunden vor:

- Anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2015 sagte [C._____] für die Alluvia-Gruppe aus, der Kürzel KTB sei vom KTB Verband für die KTB AG übernommen worden, weil der Name Kies Transportwerke Bern und Umgebung bekannt gewesen sei.[19] [D._____] gab anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 6. Oktober 2016 zu Protokoll, die Bezeichnung KTB habe sich «*einfach so eingebürgert*», sie sei «*intern geläufig*» gewesen.[20]
- Das Protokoll der Generalversammlung vom 1.November 1996 enthält den Bericht des Verbandspräsidenten [B._____]. Er sagte zum Entschluss den KTB-Verband per Ende 1997 aufzulösen aus, zumal die aktiven Gesellschafter im Rahmen der Kies AG Aaretal regelmässig im Kontakt stünden und sich auch im kantonalen und schweizerischen Fachverband träfen, werde die gesellschaftliche Kontaktpflege «*nicht zu kurz kommen*.» Die guten Beziehungen zu den Baumeisterverbänden könne über die zentrale Inkassostelle und auf bilateralem Weg «*weiterhin aufrechterhalten und gepflegt werden*.»[21]

---

[5] Act. III.17, Zeile 105; Act. III.27, Beilage 1.
[6] Vgl. Act. II.C.X.24 (22-0440), S. 1.
[7] Vgl. Act. II.C.X.24 (22-0440), S. 1.
[8] Liquidiert, vgl. DRACHE Post, Nr. 13, September 2007, 6, <http://www.wichtrach.ch/documents/drachepost_13.pdf> (4.5.2018).
[9] Heute in Liquidation, Firmennummer im Handelsregister des Kantons Bern, CHE-100.888.036.
[10] Act. II.C.X.24 (22-0440), S. 1.
[11] Act. II.A.2, 2 (Bericht des Präsidenten).
[12] Act. III.24, Zeilen 120 ff.
[13] Act. III.14, Zeilen 198 ff.
[14] Act. III.17, Zeile 317.
[15] Act. III.28 (22-0440), Zeilen 119 f.
[16] Damals K. und U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Kessler Kies AG und die Beton Worblaufen AG, Act. II.G.X.33 (22-0440), S. 2.
[17] Beteiligt war die Frischbeton AG Rubigen, welche eine Tochtergesellschaft der Kästli-Gruppe ist; Act. II.G.X.33 (22-0440), S. 2.
[18] Act. II.A.35, Act. II.A.28.
[19] Act. III.14, Zeilen 302 ff.
[20] Act. III.28 (22-0440), Zeilen 129 ff.
[21] Act. II.A.2, 2 (Bericht des Präsidenten).

15. Die Inhalte der Aussagen von [C._____], [D._____] und [B._____] stimmen insofern überein, als dass der Name des KTB-Verbandes in der Umgebung Bern bzw. intern bekannt gewesen seien. Allerdings kommt der unabhängig vom vorliegenden Verfahren gemachten und zeitnahe protokollierten Aussage von [B._____] grössere Bedeutung zu. Aus seiner Aussage geht hervor, dass die guten Beziehungen zu den Baumeisterverbänden aufrechterhalten und gepflegt werden sollten. Die Namenswahl erfolgte folglich bewusst, um auch die Kontinuität der Tätigkeiten des Verbands zu signalisieren. Gewisse bereits im Rahmen des Verbandes übernommene Aufgaben wurden entsprechend weitergeführt (zu den genauen Aufgaben vgl. hinten B.5.6, Rz 688 ff.).

A.4 Verfahrensgeschichte

A.4.1 Untersuchungseröffnung

16. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) erlangte im November 2014 durch Informanten und Medienberichte Kenntnis über mögliche unzulässige Wettbewerbsabreden und missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in der Baustoff- und Deponiebranche im Kanton Bern.[22]

17. Gestützt auf die erhaltenen Informationen und weiteren Abklärungen eröffnete das Sekretariat am 12. Januar 2015 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern nach Art. 27 ff. KG. Die Untersuchungseröffnung richtete sich gegen sechs im Kanton Bern tätige Unternehmen der Baustoff- und Deponiebranche, namentlich auch gegen die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe.[23]

18. Die Untersuchungseröffnung gab das Sekretariat nach den Hausdurchsuchungen mittels Pressemitteilung[24] am 14. Januar 2015 sowie amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG am 3. Februar 2015 im Schweizerischen Handelsamtsblatt[25] und im Bundesblatt[26] bekannt. Die 30-tätige Frist zur Anmeldung einer Verfahrensbeteiligung nach Art. 28 Abs. 2 KG verstrich ohne entsprechende Meldung.

A.4.2 Hausdurchsuchungen und weitere Ermittlungshandlungen

19. Das Sekretariat führte am 13. Januar 2015 in Zusammenarbeit mit der Polizei und IT-Spezialisten zeitgleich an 9 Standorten Hausdurchsuchungen durch, unter anderem bei der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe.[27] Parallel zu den Hausdurchsuchungen wurden erste Einvernahmen mit den Parteien durchgeführt, darunter mit [E._____], [Mitarbeiter] der Kästli Bau AG, und [F._____], [Mitarbeiter] der Alluvia Holding AG. Insgesamt fanden im Anschluss an die Hausdurchsuchungen im Rahmen des Verfahrens 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern 29 Parteieinvernahmen und Zeugeneinvernahmen statt.[28]

20. Von Februar 2015 bis Mai 2016 sichtete das Sekretariat die anlässlich der Hausdurchsuchungen beschlagnahmten Papierdokumente und wertete die sichergestellten elektronischen Daten aus. Die Parteien wurden vorgängig über ihr Recht informiert, der Sichtung der elektronischen Daten beizuwohnen.[29] Sowohl die Alluvia- als auch die Kästli-Gruppe nahmen in der Folge an den jeweiligen elektronischen Sichtungen teil.[30]

A.4.3 Verfahrenstrennung

21. Im Rahmen der Ermittlungen ergaben sich Hinweise auf unzulässige Wettbewerbsabreden zwischen der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe. Mit Zwischenverfügung vom 21. November 2016 trennte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersuchung 22-0477: KTB-Werke von der Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern[31]. Das getrennte Verfahren 22-0477: KTB-Werke wurde gegen die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe weitergeführt.

22. Mit Vorladungen vom 30. Oktober 2017[32] setzte das Sekretariat für den 27. November 2017[33] und den 29. November 2017[34] zwei weitere Zeugeneinvernahmen an, worüber es die Verfahrensparteien informierte und zur Teilnahme einlud.[35] In der Folge nahmen Vertreter der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe an den Zeugeneinvernahmen teil.[36]

A.4.4 Einvernehmliche Regelung

23. Die beiden Verfahrensparteien äusserten im Verlauf des Verfahrens ihr grundsätzliches Interesse am Abschluss des Verfahrens mittels einvernehmlicher Regelung im Sinne von Art. 29 KG. Nachdem die Parteien ihre Bereitschaft zu Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung schriftlich bestätigt hatten,[37] stellte das Sekretariat ihnen am 1. Februar 2017 die Rahmenbedingungen für eine einvernehmliche Regelung zu.[38] In der Folge wurden die standardisierten Rahmenbedingungen von den Parteien unterschrieben retourniert.[39]

24. Im März 2017 stellte das Sekretariat den Parteien das vorläufige Ermittlungsergebnis und den Entwurf der einvernehmlichen Regelung zu.[40] Das vorläufige Beweisergebnis äusserte sich zum sachlich und räumlich relevanten Markt und zu den kartellrechtlich relevanten Sachverhalten. Das Sekretariat erachtete zu diesem Zeitpunkt die Koordination der Listenpreise, den gemeinsamen Mengenrabatt, die Koordination der Liefergebiete, den Kies- und Betonbatzen sowie das gemeinsame Inkasso und Tragen von Debitorenverlusten vor-

[22] Die Identität der Informanten ist den Wettbewerbsbehörden bekannt und wird geheim gehalten.
[23] Vgl. SHAB vom 03.02.2015, Nr. 22 (Act. I.56 [22-0440]) und Untersuchungseröffnungsschreiben an die Parteien vom 12.01.2015 (Act. I.2-I.7 [22-0440]).
[24] Act. I.29.
[25] A.ct. I.56
[26] Act. I.57.
[27] Act. I.8–I.15 und I.18 (22-0440).
[28] Act. III.1-III.29 (22-0440).
[29] Act. I.96, I.102, I.118, I.137, I.174, I.175 und I.367 (22-0440).
[30] Act. I.119 und I.140 (22-0440).
[31] Act. V.5.1-V.5.2 (22-0440).
[32] Act. I.49-I.52.
[33] .Act. III.2
[34] Act. III.3.
[35] Act. I.53-I.54.
[36] Act. I.55-I.56.
[37] Act. I.1-I.4.
[38] Act. I.5-I.6.
[39] Act. I.7-I.10.
[40] Act. I.18.a; I.18.b; I.18.c und I.18.d.

läufig als erwiesen. Der geschilderte Sachverhalt beruhte auf den Angaben in den Parteieinvernahmen, den eingereichten Dokumenten und den sichergestellten Dokumenten.

25. In der Folge führte das Sekretariat am 10. April 2017 mit der Alluvia-Gruppe beziehungsweise am 26. April 2017 mit der Kästli-Gruppe die mündlichen Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung durch.[41]

26. Im Anschluss an die mündlichen Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung bestritten beide Parteien Sachverhaltsteile, die das Sekretariat in seinem vorläufigen Beweisergebnis dargestellt hatte und zu diesem Zeitpunkt als bewiesen erachtete.[42] Da zentrale Elemente des Sachverhalts strittig blieben und ein Rechtsmittelverfahren mit Bezug auf die strittigen Punkte sicher schien, brach das Sekretariat die Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung im August 2017 ab und kündigte den Parteien an, das Verfahren in der Folge auf dem ordentlichen Weg weiterzuführen.[43] Die Kästli-Gruppe erhebt in diesem Zusammenhang Vorwürfe der Voreingenommenheit des Sekretariats. Darauf wird in den rechtlichen Erwägungen angemessen eingegangen (dazu hinten C.4.3, Rz 823 ff).

A.4.5 Selbstanzeigen

27. Nachdem das Sekretariat im Rahmen der mündlichen Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung die Möglichkeit einer Selbstanzeige erläutert hatte, machten die Parteien die nachfolgenden Eingaben. Die Eingaben und Kooperation der Verfahrensparteien werden im Rahmen der Sanktionsbemessung rechtlich gewürdigt und gebührend berücksichtigt (dazu hinten C.7.2.5.2, Rz 961 ff.). Das diesbezügliche Verfahren verlief wie folgt:

Schriftliche Eingaben

28. Die Alluvia-Gruppe machte am 4. Mai 2017 eine Eingabe, welche sie als Selbstanzeige im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG einreichte.[44] Am 12. Mai 2017 machte die Kästli-Gruppe eine Eingabe, welche sie als Selbstanzeige im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG einreichte.[45]

29. Mit Schreiben vom 9. Mai 2017[46] bzw. vom 17. Mai 2017[47] forderte das Sekretariat die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe auf, alle wesentlichen Beweismittel und Informationen zu den ihnen im vorläufigen Beweisergebnis mitgeteilten Vorwürfe einzureichen. Daraufhin reichte die Alluvia-Gruppe am 2. Juni 2017 eine schriftliche Ergänzung der Selbstanzeige ein.[48] Am 6. Juni 2017 reichte die Kästli-Gruppe eine schriftliche Ergänzung der Selbstanzeige vom 12. Mai 2017 ein.[49]

30. Das Sekretariat teilte den Parteien seine Einschätzung zu den Eingaben der Alluvia-Gruppe vom 4. Mai 2017 und 2. Juni 2017 und zu den Eingaben der Kästli-Gruppe vom 12. Mai 2017 und 6. Juni 2017 mit und äusserte sich zum weiteren Vorgehen.[50] Da es nicht davon ausging, dass die Parteien eine vollumfänglich dem Merkblatt „Bonusregelung (Selbstanzeige)“ entsprechende Eingabe einreichen würden, schlug es den Parteien vor, entweder den ganzen oder einen Teil des Sachverhalts gemäss dem vorläufigen Beweisergebnis anzuerkennen und/oder eine umfassende, nicht relativierende Anzeige über einen oder mehrere kartellrechtlich relevante Sachverhalte einzureichen.

31. Mit Schreiben vom 19. Juli 2017 nahm die Alluvia-Gruppe das Analyseresultat des Sekretariats zur Kenntnis und vertrat den Standpunkt, dass die Selbstanzeige vom 4. Mai 2017 vollständig sei und die Alluvia-Gruppe mit dem Sekretariat jederzeit kooperiert habe.[51] Die Kästli-Gruppe äusserte sich mit Schreiben vom 16. August 2017 zum Analyseresultat des Sekretariats und brachte zum Ausdruck, dass die Kästli-Gruppe mit den Eingaben vom 12. Mai 2017 und 6. Juni 2017 eine vollständige und rechtsgenügliche Selbstanzeige eingereicht habe.[52]

Mündliche Ergänzungen der Selbstanzeige

32. Auf Vorladung des Sekretariats erteilte [F._____] am 14. November 2017 mündliche Auskünfte für die Alluvia-Gruppe zu den Lieferscheindaten, der Preisbildung und den Marktverhältnissen. Die Befragung wurde vom Sekretariat vorläufig als mündliche Ergänzung der Selbstanzeige behandelt.[53] Mit Eingabe vom 29. November 2017 reichte die Alluvia-Gruppe Ergänzungen zum Befragungsprotokoll ein.[54]

33. Auf Vorladung des Sekretariats gaben am 20. November 2017 folgende Personen seitens der Kästli-Gruppe dem Sekretariat Auskunft zum Kies- und Betonmarkt einschliesslich Transport:

- [E._____], [Mitarbeiter] der Kästli Bau AG, [Funktionsbezeichnung][55]
- [G._____], [Organ] der Kästli Beteiligungen AG und der Kästli Bau AG, [Funktionsbezeichnung][56].

34. Auch diese Fragen wurden vom Sekretariat vorläufig als mündliche Ergänzung der Selbstanzeige behandelt. Mit Eingabe vom 23. November 2017 reichte die Kästli-Gruppe Präzisierungen zu den protokollierten Aussagen von [G._____] ein.[57]

A.4.6 Datenlieferungen

Alluvia-Gruppe

35. Auf Aufforderung des Sekretariats überreichte die Alluvia-Gruppe den mit der Untersuchung befassten Sekretariatsmitarbeitenden am 1. Juni 2017 einen USB-

[41] Act. I.18.b und I.18.d.
[42] Act. I.18.e und I.18.n.
[43] Act. I.20 und I.23.
[44] Act. VIII.A.1.
[45] Act. VIII.B.1.
[46] Act. VIII.A.4.
[47] Act. VIII.B.3 und 4.
[48] Act. VIII.A.11 und 12.
[49] Act. VIII.B.7.
[50] Act. VIII.A.16 (Alluvia); Act. VIII.B.18 (Kästli).
[51] Act. VIII.A.17.
[52] Act. VIII.B.19.
[53] Act. VIII.A.49.
[54] Act. VIII.A.58.
[55] Act. VIII.B.46.
[56] Act. VIII.B.45.
[57] Act. VIII.B.51.

Stick mit Lieferscheindaten der Betonwerke in Oberwangen, Bern-Betlehem, Worblaufen, Hindelbank und Berken sowie der Kieswerke in Oberwangen, Bern-Betlehem, Hindelbank und Mattstetten für die Jahre 2010 bis 2013.[58] Mit Schreiben vom 25. September 2017 stellte das Sekretariat der Alluvia-Gruppe einen Fragebogen zu den eingereichten Daten zu[59], welchen sie mit Eingaben vom 11. Oktober 2017[60] und 1. November 2017[61] beantwortete. Zusätzlich zu den Antworten auf den Fragebogen reichte Alluvia am 1. November 2017 einen USB-Stick mit den Lieferscheindaten für die Jahre 2007 bis 2013 ein.[62] Weiteren Auskunftsbegehren des Sekretariats bezüglich der Lieferscheindaten kam Alluvia mit Eingaben vom 6. November 2017[63] und 17. November 2017[64] nach. [redacted] [65/66]

Kästli-Gruppe

36. Auf Aufforderung des Sekretariats reichte die Kästli-Gruppe mit E-Mail vom 20. Juni 2017 Lieferscheindaten des Betonwerks in Rubigen für die Jahre 2011 bis 2013 ein.[67] Mit Schreiben vom 25. September 2017 stellte das Sekretariat der Kästli-Gruppe einen Fragebogen zu den eingereichten Daten zu[68], welcher sie mit Eingabe vom 23. Oktober 2017 beantwortete.[69] Zusätzlich zu den Antworten auf den Fragebogen reichte Kästli einen USB-Stick mit Lieferscheindaten des Betonwerks Rubigen für die Jahre 2007 bis 2010 ein.[70] Am 26. Oktober 2017 stellte das Sekretariat Kästli Nachfragen zu den Antworten von Kästli auf den Fragebogen vom 25. September 2017[71], welche Kästli innerhalb der bis am 10. November 2017 erstreckten Frist beantwortete.[72] Mit Eingabe vom 2. November 2017 reichte Kästli auf einem USB-Stick die Lieferscheindaten des Kieswerks Rubigen für die 2007 bis 2013 ein.[73] Das Sekretariat stellte Kästli weitere Nachfragen zu den eingereichten Daten, welche Kästli per E-Mail am 23. November 2017[74] und am 29. November 2017[75] beantwortete.

Inhalt der Lieferscheindaten

37. In den Lieferscheindaten sind sämtliche Kies- und Betonlieferungen der KTB-Werke, die zwischen 2007 und 2013 ausgeliefert wurden, einzeln aufgeführt. Für diese Lieferungen sind insbesondere die folgenden Informationen separat pro Lieferung vorhanden:

- Brutto-Werkpreis (Listenpreis ohne Transport, nur Alluvia-Gruppe)[76]
- Netto-Werkpreis (tatsächlich bezahlter Preis ohne Transport)
- Transportpreis
- Gelieferte Menge in Kubikmeter
- Baustellenadresse

38. Gemäss Auskunft der Parteien sind ähnliche Daten für den Zeitraum 2004–2006 nicht verfügbar. Die Transportpreise lassen sich aufgrund der eingereichten Daten nur für einen Teil der Lieferungen zuverlässig berechnen. Die Brutto-Werkpreise (Listenpreise) decken bei der Kästli-Gruppe nur den Zeitraum von 2010 bis 2013 ab und liegen auch da nur für die wichtigsten Produkte vor. Den Daten kann nicht entnommen werden, zu welchem Zeitpunkt die Preise der aufgeführten Lieferungen verhandelt wurden.

39. Die eingereichten Lieferscheindaten enthalten teilweise konzerninterne Lieferungen. Diese werden nicht immer zu Marktpreisen verbucht: Bei manchen konzerninternen Lieferungen enthalten die Lieferscheindaten Preise von null. Deshalb werden die konzerninternen Lieferungen bei sämtlichen Auswertungen der Lieferscheindaten entfernt.

40. Genauere Angaben zu den eingereichten Daten sind Akte VI.3, Kapitel B.1 und B.2, zu entnehmen. Im Folgenden wird bei Berechnungen, die anhand der von den Parteien eingereichten Lieferscheindaten vorgenommen wurden, als Quellenangabe «Lieferscheindaten» angegeben.

A.4.7 Gesuch um Erlass einer Zwischenverfügung

41. Mit Schreiben vom 14. November 2017 wies das Sekretariat die Kästli-Gruppe auf Ziffer 10 der Rahmenbedingungen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung (nachfolgend: Rahmenbedingungen) hin. Es vertrat den Standpunkt, die Kästli-Gruppe beziehe sich in ihren Eingaben auf den Inhalt der Verhandlungen der einvernehmlichen Regelung und verstosse damit gegen Ziffer 10 der Rahmenbedingungen. Es behalte sich vor, im Wiederholungsfalle den bernischen Anwaltsverband zu kontaktieren.[77]

42. Am 23. November 2017 erwiderte die Kästli-Gruppe schriftlich, sie teile den Standpunkt des Sekretariats zu Ziffer 10 der Rahmenbedingungen nicht. Sie beantragte eine Aussprache zur Klärung des Inhalts von Ziffer 10 der Rahmenbedingungen unter Mitwirkung des Direktors des Sekretariats.[78] Mit Schreiben vom 6. Dezember 2017 erläuterte der Direktor des Sekretariats Ziffer 10 der Rahmenbedingungen und lehnte den Antrag ab.[79] Die Kästli-Gruppe beantragte am 15. Dezember 2017 schriftlich, das Sekretariat solle die Vorwürfe des

[58] Act. VIII.A.10.a-k.
[59] Act. VIII.A.28.
[60] Act. VIII.A.29 und 30.
[61] Act. VIII.A.41.a.
[62] Act. VIII.A.41.b-h.
[63] Act. VIII.A.43.
[64] Act. VIII.A.50.
[65] Act. VIII.A.54.a-f.
[66] Act. I.97- Act. I.99.
[67] Act. VIII.B.10.a-d.
[68] Act. VIII.B.27.
[69] Act. VIII.B.33.a.
[70] Act. VIII.B.33.b-e.
[71] Act. VIII.B.34 und 35.
[72] Act. VIII.B.40.a-o.
[73] Act. VIII.B.36.a-h.
[74] Act. VIII.B.49.
[75] Act. VIII.B.53.
[76] Vgl. Rz 141 und Abbildung 14 für Definitionen der verschiedenen Preise.
[77] Act. VIII.B.43.
[78] Act. VIII.B.52.
[79] Act. I.62.

Verstosses gegen Ziffer 10 der Rahmenbedingungen konkretisieren und die Auslegung von Ziffer 10 der Kästli-Gruppe bestätigen.[80] Das Sekretariat erläuterte seine Auffassung zur Auslegung von Ziffer 10 der Rahmenbedingungen mit Schreiben vom 18. Dezember 2017.[81]

43. Am 28. Dezember 2017 stellte die Kästli-Gruppe schriftlich einen Antrag auf Erlass einer Zwischenverfügung zu Ziffer 10 der Rahmenbedingungen[82] Das Sekretariat erwiderte am 15. Januar 2018 brieflich, die Wettbewerbsbehörden würden nach vorläufiger Einschätzung das Nichteintreten auf den Antrag unter Kostenfolgen verfügen. Es räumte der Kästli-Gruppe Frist ein, ihre Anträge zu präzisieren und klarzustellen, ob sie an ihrem Antrag festhalte.[83] Mit Schreiben vom 30. Januar 2018 hielt die Kästli-Gruppe an ihrem Antrag fest.[84] Sie wiederholte ihren Antrag mit Schreiben vom 9. Mai 2018.[85] Auf den Antrag wird nicht eingetreten (zu den rechtlichen Erwägungen vgl. hinten C.4.1, Rz 799 ff.).

A.4.8 Beweisanträge

44. Mit Schreiben vom 27. September 2017 beantragte die Kästli-Gruppe die Einvernahme einer Reihe von Personen als Zeugen.[86] Daraufhin lud das Sekretariat die Verfahrensparteien zur mündlichen Ergänzung ihrer Selbstanzeigen vor und führte zwei Zeugeneinvernahmen durch. Es vernahm am 14. November 2017 [F._____], [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe[87] und am 20. November 2017 [G._____], [Funktionsbezeichnung] und [Organ] der Kästli Beteiligungen AG und der Kästli Bau AG.[88] Schliesslich befragte es am 27. November 2017 [H._____][89], [Funktionsbezeichnung], Implenia Schweiz AG, und am 29. November 2017 [I._____][90], [Mitarbeiter] (seit 1. Januar 2018 [Funktionsbezeichnung]) der Büchi AG, als Zeugen. Die Kästli-Gruppe wiederholte mit Schreiben vom 28. Dezember 2017 ihre Beweisanträge im Wesentlichen.[91]

45. Die Beweisanträge werden nach Abschluss der Untersuchungen abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann (dazu hinten, C.4.1, Rz 806 ff.).

A.4.9 Akteneinsicht und Versand des Antrages gemäss Art. 30 Abs. 2 KG

46. Am 22. August 2017[92] und am 25. Januar 2018[93] gewährte das Sekretariat den Parteien Einsicht in die Akten des getrennten Verfahrens 22-0477: KTB-Werke. Die vorbereinigten Selbstanzeigeakten stellte das Sekretariat den Parteien am 22. August 2017[94], 14. November 2017[95] und 21. Dezember 2017[96] zu und forderte sie auf, sich zur Geschäftsgeheimnisbereinigung zu äussern. Ab November 2017 konnten die Parteien fortlaufend Einsicht in die eigentlichen Selbstanzeigen vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats nehmen. Die Alluvia-Gruppe nahm diese Möglichkeit am 6. Dezember 2017[97] und die Kästli-Gruppe am 9. Januar 2018[98] wahr.

47. Am 24. Mai 2018 sandte das Sekretariat den Parteien die Akten erneut zur Einsicht[99] und gab ihnen erneut Gelegenheit, Einsicht in die zu diesem Verfahrenszeitpunkt als Selbstanzeigeakten behandelten Aktenstücke zu nehmen. Die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe machten am 2. Juli 2018[100] bzw. am 10. Juli 2018[101] von ihrem Einsichtsrecht Gebrauch.

48. Am 6. Juli 2018 stellte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag an die Kommission unter Aufforderung zur Stellungnahme innert Frist zu. Zugleich räumte es den Parteien die Möglichkeit ein, Einsicht in die für die Berechnung des Sekretariats verwendeten Daten zu nehmen.[102]

49. Die Kästli-Gruppe nahm am 13. August 2018 vertreten durch ihren Rechtsvertreter und die Polynomcis AG Einblick in die elektronischen Daten. Auch der Rechtsvertreter der Alluvia-Gruppe nahm an der Akteneinsicht teil.[103] Die Kästli-Gruppe und die Alluvia-Gruppe unterzeichneten vorab eine Bestätigung, wonach sie mit der Regelung zur Einsicht in die vor Ort einsehbaren Daten der Untersuchung 22-0477: KTB-Werke einverstanden waren.[104]

50. Die Stellungnahmen der Kästli-Gruppe und der Alluvia-Gruppe gingen am 12. Oktober 2018 nach einmaliger Fristerstreckung fristgerecht beim Sekretariat ein.[105] Mit Schreiben vom 28. November 2018 versandte das Sekretariat die Verfahrensakten den Parteien erneut zur Einsicht.[106]

51. Im Anschluss an den Aktenversand beantragte die Kästli-Gruppe die Ausscheidung des Berichts der Polynomics AG aus den Akten.[107] Die WEKO lehnt den Antrag ab (dazu hinten C.4.4, Rz 826 f.)

A.4.10 Entscheidprozess vor der Wettbewerbskommission

52. Nach Eingang der Stellungnahmen der Parteien am 12. Oktober 2018[108] überwies das Sekretariat die Stellungnahmen an die Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO). Am 12. November 2016 entschied die WEKO auf den Antrag des Sekretariats vom 5. Juli 2018 einzutreten. Am 26. November 2018 hörte die WEKO sowohl die Kästli-Gruppe als auch die Alluvia-Gruppe an.[109] Nach der Debatte vom 10. Dezember 2018 erliess sie die vorliegende Verfügung.

---

[80] Act. I.64.
[81] Act. I.65.
[82] Act. I.66.
[83] Act. I.69.
[84] Act. I.80.
[85] Act. I.100.
[86] Act. I.40.
[87] Act. VIII.A.49 (24-0113).
[88] Act. VIII.B.45 (24-0114).
[89] Act. III.2.
[90] Act. III.3.
[91] Act. I.40.
[92] Act. I.24-I.29.
[93] Act. I.72-I.77.
[94] Act. VIII.A.24-VIII.A.26 und Act.VIII.B.20-VIII.B.22.
[95] Act. VIII.A.46-VIII.A.48 und Act.VIII.B.41-VIII.B.43.
[96] Act. VIII.A.64-VIII.A.66 und Act.VIII.B.55-VIII.B.57.
[97] Act. I.59-I.60.
[98] Act. I.67-I.68.
[99] Act. I.105 und I.106.
[100] Act. I.112.
[101] Act. I.115.
[102] Act. VI.1 und VI.2.
[103] Act. I.125.
[104] Act. I. 124 und I.126.
[105] Act. VI.29 und VI.30.
[106] Act. VII.24 und VII.25.
[107] Act. VI.19.
[108] Act. VI.29 und VI.30.
[109] Act. VII.19.

B. Sachverhalt

B.1 Überblick

53. Die Sachverhaltsdarstellung ist folgendermassen aufgebaut. Nach den Vorbemerkungen zu den Grundlagen der Beweisführung (B.2, Rz 54 ff.) werden die Marktverhältnisse der Kies- und Betonbranche im Raum Bern untersucht (B.4, Rz 62 ff.). Im Anschluss daran werden die wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltensweisen dargestellt (B.4.5, Rz 165 ff.).

B.2 Vorbemerkungen zum Beweis

54. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)[110] anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP)[111].

55. Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht ohne Zweifel festzustehen, hingegen müssen allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.[112] Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.[113] Für den Beweis komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte sind im Einklang mit der Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.[114] Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt gemäss Rechtsprechung insbesondere bei Sachverhalten zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung.[115]

56. Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

B.3 Grundsätzliche Bemerkungen zu den Parteistellungnahmen

B.3.1 Umfang der Anhörung der Parteien

57. Das Recht auf vorgängige schriftliche Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats und die zusätzliche Anhörung durch die Wettbewerbskommission gemäss Art. 30 Abs. 2 KG geht über die Gehörsgarantien von Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 VwVG und Art. 30 VwVG hinaus.[116]

58. Das Recht auf vorgängige Anhörung erlaubt es den Parteien primär, sich zum rechtserheblichen Sachverhalt zu äussern.[117] Hingegen haben die Parteien gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung weder basierend auf Art. 29 VwVG noch aus den verfassungsrechtlichen Minimalgarantien von Art. 29 Abs. 2 BV einen allgemeinen Anspruch auf vorgängige Anhörung zu Fragen der Rechtsanwendung.[118] Ein Anhörungsrecht zu Rechtsfragen besteht ausnahmsweise, wenn der Betroffene vor überraschender Rechtsanwendung zu schützen ist[119], wenn sich die Rechtslage geändert hat oder ein ungewöhnlich grosser Ermessensspielraum besteht.[120] 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.[121]

59. Das Sekretariat brachte den Parteien den aus seiner Sicht erstellten Sachverhalt mit der Versendung des Antrags am 6. Juli 2018 vollumfänglich zur Kenntnis. Die Parteien hatten bis zum 10. Oktober 2018 Zeit, eine Stellungnahme zu erarbeiten und einzureichen. Ferner erhielten sie die Möglichkeit, ihren Standpunkt mündlich vor der WEKO vorzutragen. Der Sachverhalt hat sich seither nicht geändert. Die WEKO fällte ihren Entscheid gestützt auf den im Antrag genannten Sachverhalt, den

[110] Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).
[111] Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).
[112] Urteil des BGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, E. 6.4.4.1, *Cellere/WEKO*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.
[113] Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.
[114] BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; je mit weiteren Hinweisen.
[115] BGE 139 I 72 E. 8.3.2; Urteil des BGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, E. 6.4.4.3 und E.6.4.4.4, *Cellere/WEKO*.
[116] BGE 129 II 497, 505 E. 2.2.; BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2016, Art. 30 VwVG N 13.
[117] Urteil des BGer 2A.492/2002 vom 17.06.2003, RPW 2003/3, 699 f., E. 3.2.3, *Elektra Baselland Liestal (EBL)/Watt Suisse* u.a.; Urteil des BVGer d-6374/2006 vom 11. Februar 2008, E. 3.3, Z1 et al./BFM.
[118] BGE 132 II 485, 494 E. 3.2; BGE 127 I 54, 56, E. 2b; BGE 114 Ia 97, 99 E. 2. a); WALDMANN/BICKEL (Fn 116), in: Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N 20; PATRICK SUTTER, in: Kommentar zum Bundesgesetz zum Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler, 2008, Art. 29 N 12; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013, 187, N 530.
[119] BGE 126 I 19 ff., insbes. 24 f. E. 2 e und f: In einem Strafverfahren hatte das beurteilende Obergericht eine von der Anklageschrift abweichende rechtliche Beurteilung und Würdigung vorgenommen. Konkret hatte es einen Angeklagten wegen unangemessener Geschwindigkeit verurteilt, obwohl der Staatsanwalt ihm dies in der Anklageschrift nicht zur Last gelegt hat. Unter diesen Umständen nahm das Bundesgericht eine Gehörsverletzung an, weil der Angeklagte nicht mit der Verurteilung wegen unangemessener Geschwindigkeit rechnen musste und die unterlassene Anhörung zu der verschiedenen rechtlichen Wirkung eine Auswirkung auf die Verteidigungsrechte hatte. Der Angeklagte hätte namentlich zusätzliche Argumente zum Sachverhalt anbringen können, die die rechtliche Würdigung des Obergerichts in Frage gestellt hätten. BGE 116 V 182, 185 E. 1a; BGE 115 IA 94, 96 E. 1b; WALDMANN/BICKEL (Fn 116), in: Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N 20; SUTTER (Fn 118), in: Kommentar VwVG, Art. 29 N 12 und Art. 30 N 1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn 118), Verwaltungsverfahren, 187, N 530.
[120] Vgl. bereits Urteil des BGer 2A.492/2002 vom 17.06.2003, RPW 2003/3, 699 f., E. 3.2.3, *Elektra Baselland Liestal (EBL)/Watt Suisse* u.a.; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014, E. 3.1.6, *Paul Koch AG/WEKO*, wo das Bundesverwaltungsgericht festhielt, dass die abweichende rechtliche Würdigung einer Tatsache nicht die Frage des rechtlichen Gehörs beschlage, sondern eine materiellrechtliche Frage sei; vgl. auch Urteil des BVGer B 8404/2010 vom 23. September 2014, E. 3.1., *SFS/Unimarket AG/WEKO*.
[121] BGE 126 I 19, 24 E. 2 d) bb).

vorliegenden Beweismitteln und den Parteivorbringen zum Sachverhalt. Die rechtliche Würdigung des Sachverhaltes durch die WEKO stimmt mit derjenigen des Antrags des Sekretariats vom Juli 2018 überein und umfasst die in der Untersuchungseröffnung angekündigten Normen. Die Rechtsanwendung im vorliegenden Fall ist also nicht überraschend. Die Anwendung der hier einschlägigen Normen bringt keinen ungewöhnlichen Ermessensspielraum mit sich.

60. Aus diesen Gründen liegt es im Ermessen der WEKO, ob und inwieweit sie abweichende Rechtsauffassungen der Parteien beachtet. Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird dadurch jedenfalls nicht verletzt.

B.3.2 Begründungspflicht

61. Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG sind Verfügungen zu begründen. Eine Begründung ist so abzufassen, dass die Betroffenen die wesentlichen Argumente der Behörde kennen und die Verfügung in voller Kenntnis der Sache anfechten können. Es sind mindestens kurz die Überlegungen zu nennen, die für die Behörde entscheidend waren.[122] Dabei ist es gemäss Bundesgericht nicht erforderlich, dass sich die Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.[123]

B.4 Marktverhältnisse in der Kies- und Betonbranche im Raum Bern

B.4.1 Beweisthema

62. Zur Beurteilung der wettbewerbsrechtlich relevanten Ereignisse und ihrer Auswirkungen sind das Wettbewerbsumfeld und dessen Funktionsweisen zu analysieren. Ausgangspunkt der Betrachtungen ist der Untersuchungsgegenstand. Aus diesem Grund werden vorliegend als Erstes die relevanten Produkte (B.4.3, Rz 64 ff.) dargelegt. Anschliessend wird der Markt (Nachfrageseite, nachgefragte Produkte, Liefergebiet und die Anbieter, Markteintrittsschranken und Preisbildung) analysiert (B.4.4, 86 ff.). Insgesamt wird auch die Marktstellung der Parteien näher betrachtet (Marktanteile der Parteien und Marktkonzentration, Symmetrien, Marktwachstum, Markttransparenz, Multimarktbeziehungen, Stellung der Marktgegenseite, Potenzielle Konkurrenz).

B.4.2 Vorbemerkung zu den Beweismitteln, der Beweiswürdigung und dem Beweisergebnis

63. Die vorliegende Analyse stützt sich auf Aussagen der Parteien und Zeugen in Einvernahmen, schriftliche Stellungnahmen, Auskunftsbegehren, Untersuchungen von ausländischen Behörden und die Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden in anderen Fällen. Da der hier wiedergegebene Sachverhalt weitgehend unbestritten ist, kann das Beweisergebnis unter Hinweis auf die Quellen ohne nähere Beweiswürdigung dargestellt werden. Im Anschluss an die Beschreibung der betroffenen Produkte und des Marktes werden die Beweisergebnisse noch einmal zusammengefasst (dazu hinten Rz B.4.5, Rz 162 ff.).

B.4.3 Beschreibung der betroffenen Produkte

64. Gegenstand dieser Untersuchung ist die mögliche Koordination der an der KTB AG beteiligten Unternehmen mit Bezug auf Kies- und Transportbetonprodukte einschliesslich Transport im Untersuchungszeitraum von 2004 bis 2013. Die nachfolgende Beschreibung bezieht sich auf diese Produkte.

B.4.3.1 Abbau von Gesteinskörnungen

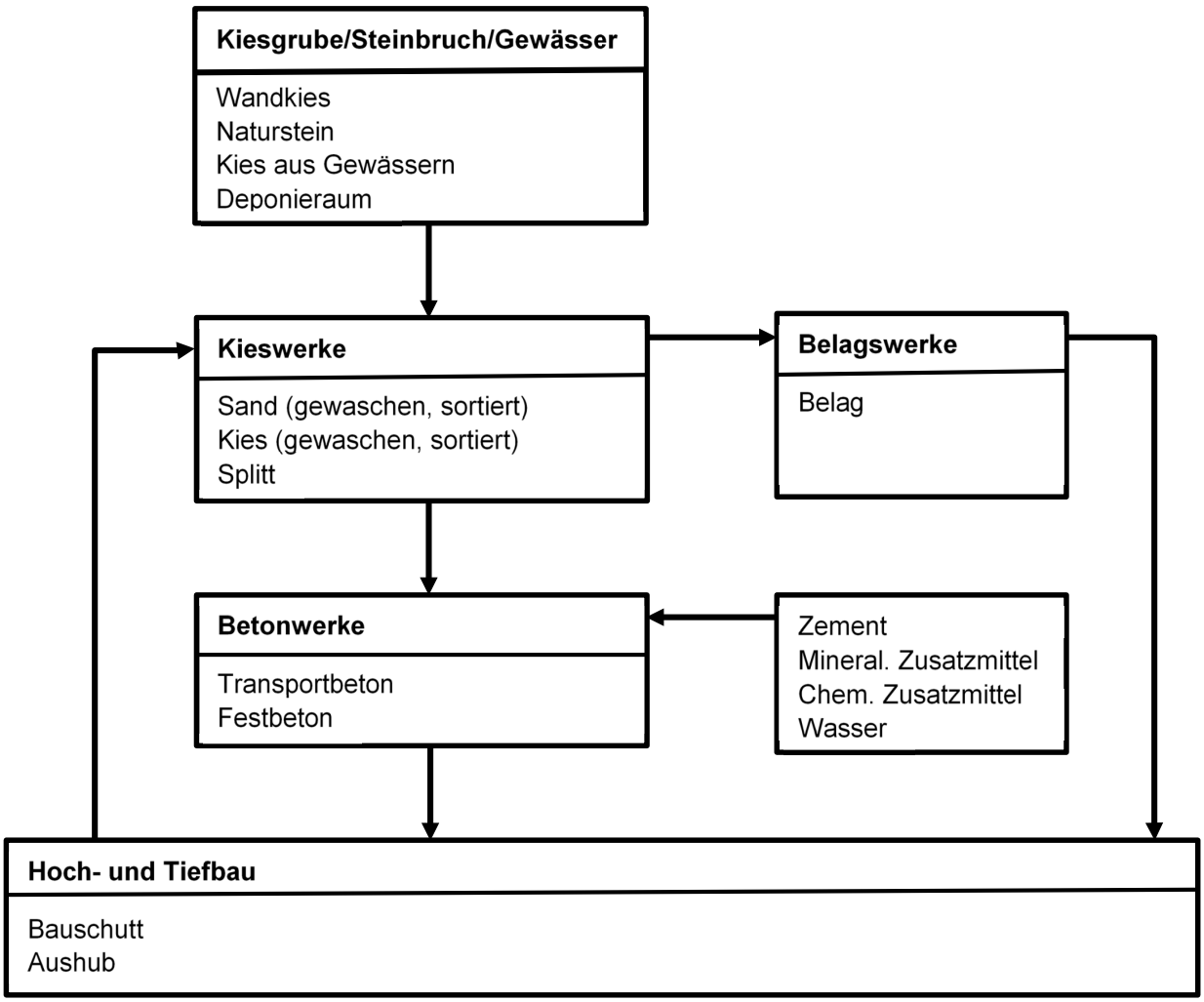
65. Der wichtigste Rohstoff zur Produktion von Transportbeton ist Kies. Dieser wird aus Gruben, aus Gewässern sowie in Steinbrüchen abgebaut, bevor er in Kieswerken aufbereitet und an Betonwerke und andere Abnehmer verkauft wird. Diese Wertschöpfungskette ist in Abbildung 3 dargestellt.

66. Im Kanton Bern kommt dem aus Gruben abgebauten Kies die grösste Bedeutung zu. Da dieser Kies von den Grubenwänden stammt, wird er Wandkies genannt. Zusätzlich werden Bauschutt und Aushub wiederaufbereitet und für ähnliche Verwendungen eingesetzt. Während die aus natürlichen Kiesvorkommen hergestellten Kiessorten als Primär-Gesteinskörnungen bezeichnet werden, handelt es sich bei den aus Recycling gewonnen Stoffen um Sekundär-Gesteinskörnungen.

[122] BGE 136 I 229, 236 E. 5.2; BGE 134 I 83, 88, E. 4.1; BGE 129 I 232, 236 E. 3.2; FELIX UHLMANN/ALEXANDER SCHWANK, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissen-berger (Hrsg.), 2009, Art. 35 N 3, 17; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn 118), Verwaltungsverfahren, 218, N 630.

[123] BGE 136 I 229, 236 E. 5.2; BGE 134 I 83, 88, E. 4.1; REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHE/MATTHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2015, 66 N 244, FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHILLING-SCHWANK, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2016 Art. 35 N 17; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn 118), Verwaltungsverfahren, 218, N 630.

Abbildung 3: Wertschöpfungskette



Quelle: Eigene Darstellung

67. Die Anteile der verschiedenen Gewinnungsarten an der Gesamtproduktion im Kanton Bern sind in Tabelle 1 dargestellt. Diese Zahlen werden jährlich vom Kanton Bern erhoben,[124] der den Anteil der Recycling-Baustoffe nicht erfasst. Gemäss Angaben des Kantonalen Kies und Betonverbands Bern (KSE Bern) liegt ihr Anteil am gesamten Kiesmaterialverbrauch im Kanton Bern heute bei ca. 20 %.[125] Der [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe [F._____] schätzte den Marktanteil der Sekundär-Körnungen im Liefergebiet der Alluvia-Gruppe heute auf ca. 10 %.[126] Im Untersuchungszeitraum 2004–2013 dürfte dieser Anteil noch etwas geringer ausgefallen sein.[127]

[124] Act. IV.11 (22-0440), Antworten auf Frage 1 (Controlling-Daten). Per Auskunftsbegehren erfragte das Sekretariat beim Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern verschiedene Auskünfte zur Baustoff- und Deponiebranche im Kanton Bern. Das AGR reichte daraufhin unter anderem ihre Controlling-Daten ein, welche das gesamte Abbau- und Ablagerungsvolumen im Kanton Bern im Zeitraum 2001–2015 (mit Ausnahme des Jahres 2011) abbilden sollen (Act. VI.3, VI.5.a-d, VI.8, VI.9, VI.10, VI.11.a-g, 22-0440). Nach Analyse der Controlling-Daten und nach Rücksprache mit dem AGR und dem Amt für Umwelt und Abfall (AWA) zeigte sich, dass diese Controlling-Daten – trotz Überprüfung und Neuaufbereitung – mit Ungenauigkeiten behaftet sind. Dies kann zum einen daran liegen, dass die jährlich durchgeführte Datenerhebung auf freiwilligen Angaben der Unternehmen basiert und daher gegebenenfalls lückenhaft ist (bspw. kann ein Leereintrag bedeuten, dass kein Abbau erfolgte oder aber, dass das Unternehmen die Angaben nicht geliefert hat). Zum anderen können Abweichungen in den Volumenangaben aufgrund unterschiedlicher Umrechnungsfaktoren (Kubik in Tonne oder Volumen lose und fest) entstehen (Act. VI.15–18 und VI.11 und VI.14, 22-0440). Bei der Auswertung der Controlling-Daten können daher Abweichungen nach oben oder unten nicht ausgeschlossen werden. Dennoch sollten die Daten die Grössenverhältnisse der Abbau- und Ablagerungsvolumen im Kanton Bern und insbesondere in den vorliegend betroffenen Gebieten hinreichend abbilden können.

[125] Siehe <http://www.ksebern.ch/de/kies_und_beton/baustoffrecycling> (4.5.2018).

[126] Act. VIII.A.49, Rz 352.

[127] Vgl. Act. II.B.X.178-II.B.X.180; Act. II.B.X.253; Act. II.B.X.255; Act. II.B.X.278; Act. II.B.X.305; Act. II.B.X.340; Act. II.B.X.362; Act. II.B.X.405.

68. Im für die vorliegende Untersuchung relevanten gemeinsamen Liefergebiet der Parteien wird praktisch nur Wandkies abgebaut. Die beim Kiesabbau entstehenden Kosten können dabei je nach Bodenbeschaffenheit variieren.[128] Da der Transport von Kies im Verhältnis zum Kiespreis sehr teuer ist,[129] werden nur sehr geringe Mengen aus anderen Kantonen eingeführt.[130]

Tabelle 1: Gewinnungsarten Gesteinskörnungen im Kanton Bern 2001–2015

Gewinnungsart	Abgebaute Menge (Mio. m^3)	Anteil an der Gesamtmenge
Kies ab Wand	2.77	79 %
Fels ab Bruch	0.67	17 %
Kies aus Gewässer	0.13	4 %
Total	3.56	100 %

Quelle: Akte VI.11, 22-0440, Antworten auf Frage 1

B.4.3.2 Kiesaufbereitung

69. Wandkies wird in geringem Ausmass ohne weitere Verarbeitung im Strassenbau und im Gartenbau verwendet. Der überwiegende Anteil muss aber in einem Kieswerk aufbereitet werden, bevor er industriell eingesetzt werden kann. Um die Transportkosten zu minimieren, sind Kieswerke in der Regel direkt neben den Abbaustätten angesiedelt.

70. Die Aufbereitung beginnt zumeist mit dem Waschen, um das Gemisch von abschlämmbaren Bestandteilen, wie Lehm und Ton, und von verunreinigenden Beimengungen wie Holz, Kaolin, Kohle, Metall usw. zu befreien. Danach wird es nach Korngrösse sortiert. Korngrössen bis zu 2 mm Durchmesser werden als Sand bezeichnet. Dieser fällt wie die grösseren Körnungen unter den Oberbegriff «Kies». Grosse Körner (in der Regel ab 60 mm Durchmesser) werden oft mit Brechern zerkleinert und zu Splitt oder Brechsand verarbeitet. Je nach Verwendungszweck werden die verschiedenen Korngrössen nach vorgegebenen Rezepten neu gemischt bevor sie zum Beispiel zur Produktion von Beton eingesetzt werden.

71. Da Wandkies in der Regel ziemlich homogen ist und die Verarbeitungsprozesse standardisiert sind,[131] sind die Kosten der Aufbereitung von Wandkies bei allen Werken ähnlich.[132] Im Vergleich zu Wandkies ist die Aufbereitung von Fels ab Bruch oder aus Recycling-Material in der Regel aufwändiger.[133] Das Mahlen von Naturstein oder Recycling-Material ist mit Kosten verbunden. Zusätzlich dazu müssen bei der Herstellung von Sekundär-Gesteinskörnungen oft zusätzlich Schadstoffe entfernt werden.

B.4.3.3 Verwendung von aufbereitetem Kies

72. Der Kantonale Kies und Betonverband Bern (KSE) erfasst Daten zur Verwendung der im Kanton Bern aus Wandkies und Recyclingmaterialien hergestellten Produkte. In einer Auftragsstudie aus dem Jahr 2015 werden die folgenden Zahlen angegeben: „Nach Schätzung des KSE werden im Kanton Bern rund 40 % der Produkte aus Wandkies und Recyclingmaterialien zu Beton verarbeitet, rund 10 % gehen in die Strassenbelagsproduktion und 50 % in den Direkt- oder Einzelverkauf.“[134] Es gibt keine begründeten Zweifel an der Richtigkeit dieser ungefähren Angaben.

B.4.3.4 Deponie

73. Die Betreiber von Kiesgruben verkaufen nicht nur Wandkies. Ein weiteres Produkt besteht in der Entgegennahme von Deponiematerial zur Wiederauffüllung der Gruben. Dazu wird oft unverschmutzter Aushub eingesetzt. Auch sind in Kiesgruben Inertstoffdeponien angesiedelt. Beide Parteien betreiben zwar Deponien, dieses Produkt ist aber nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

B.4.3.5 Beton

74. Betonwerke sind die wichtigsten Abnehmer von Kiesprodukten. Rund 80–85 % des Gewichts von Beton entfällt auf die Körnung.[135] Deshalb sind viele Betonwerke in unmittelbarer Nähe eines Kieswerks angesiedelt. Nach der Gesteinskörnung hat der als Bindemittel eingesetzte Zement mit 13 % den höchsten Anteil am Gesamtgewicht. In Bezug auf den Einkaufspreis ist Zement sogar der bedeutendste Ausgangsstoff.[136] Die Gesteinskörnung wird zur Herstellung von Beton mit Zement und Wasser vermischt. Daneben werden mineralische Stoffe wie z.B. Silikatstaub zur Verbesserung verschiedener Eigenschaften beigegeben. Auch mit chemischen Zusatzstoffen können die Eigenschaften des Betons günstig beeinflusst werden.

[128] Act. VIII.A.49, Rz 303–306: Die Abbaukosten sind in Oberwangen höher als bei den anderen Kiesgruben der Alluvia-Gruppe.
[129] Nähere Ausführungen dazu in Rz 85.
[130] Angaben des AGR des Kantons Bern, Antwort auf Frage 7 des Fragebogens (Act. VI.5.a 22-0440).
[131] Act. VI.5.a, Antwort auf Frage 15 (22-0440).
[132] Gemäss Angaben der Alluvia-Gruppe sind die Kosten der Kiesaufbereitung bei allen Werken der Alluvia-Gruppe ähnlich. Act. VIII.A.49, Rz 307–310.
[133] Act. VI.5.a, Antwort auf Frage 15 (22-0440).
[134] MARKUS SAURER, Studie zu den Markt- und Wettbewerbsverhältnissen in der Berner Kies- und Deponiebranche, 2015, 27.
[135] Für die nachfolgenden Ausführungen siehe BUNDESKARTELLAMT, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, 2017, Rz 77. Übereinstimmende Angaben sind der Webseite der BetonSuisse zu entnehmen, <http://www.betonsuisse.ch/Wissen/Betonwissen/Produktion-und-Verwendung/Was-es-zur-Betonherstellung-braucht/> (4.5.2018).
[136] BUNDESKARTELLAMT, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, 2017, Rz 64, 77.

75. Beton wird sowohl im Hoch- als auch im Tiefbau vielseitig eingesetzt. Je nach Verwendungszweck ergeben sich verschiedene Anforderungen an die Eigenschaften des Betons. Diese Eigenschaften werden in der Norm SN EN 260-1 einschliesslich der zur Überprüfung vorgesehenen Methoden definiert. Wenn ein Kunde in der Schweiz Beton kauft, wird in der Regel vereinbart, welche Eigenschaften nach Norm SN EN 260-1 der Beton zu erfüllen hat. Zum Beispiel unterscheiden sich verschiedene Betonsorten in Bezug auf ihre Druckfestigkeit oder ihre Anfälligkeit auf verschiedene Arten von Korrosion. Ein im Meer stehender Brückenpfeiler wird zum Beispiel aus einer anderen Betonsorte hergestellt als die Innenwand eines Wohngebäudes. Die Norm SN EN 260-1 gilt nicht für manche Spezialbetonsorten wie zum Beispiel für feuerfesten Beton.

76. Die Eigenschaften des Betons beeinflussen nicht nur den möglichen Verwendungszweck. Sie sind auch dafür ausschlaggebend, auf welche Art und Weise der Beton eingebracht werden kann. Beton wird oft mittels Kran und Kübel in die Schalung eingefüllt, häufig wird er auch gepumpt. Andere Anwendungsarten sind ebenfalls möglich. Im Tunnelbau wird Beton zum Beispiel manchmal direkt als Spritzbeton auf den Felsen aufgebracht.

77. Beton erhärtet innerhalb weniger Stunden nach der Herstellung. Deshalb sollte er spätestens 90 Minuten nach dem ersten Kontakt mit Wasser eingebracht sein.[137] Wegen dieser Eigenschaft ist es sinnvoll, 3 verschiedene Betonarten nach Herstellungsort und Zustand während des Transports zur Baustelle zu unterscheiden:

Tabelle 2: Definitionen Betonarten

1. **Transportbeton –** auch **Frischbeton** genannt **–** wird ausserhalb der Baustelle hergestellt und in flüssigem Zustand zur Baustelle gebracht**.**
2. **Festbeton** wird ausserhalb der Baustelle hergestellt und in bereits festem Zustand zur Baustelle gebracht.
3. **Baustellenbeton** wird direkt auf der Baustelle hergestellt.

78. Im Zentrum der vorliegenden Untersuchung steht Transportbeton. Dieser wird von beiden Parteien angeboten. Festbeton wird hingegen nur von der Alluvia-Gruppe und […]. Baustellenbeton wird nicht von den Betonwerken, sondern von den Bauunternehmungen direkt vor Ort produziert. Dazu muss auf der Baustelle eine mobile Mischanlage aufgebaut und betrieben werden. Im Raum Bern werden solche Baustellenanlagen kaum eingesetzt.[138] Trotzdem werden die Einsatzmöglichkeiten von Baustellenanlagen sowie ihr Einfluss auf den Markt für Transportbeton in Rz 95 ff. näher diskutiert.

B.4.3.6 Mörtel

79. Die gleichen Mischanlagen, die zur Herstellung von Beton verwendet werden, können auch zur Produktion von Mörtel eingesetzt werden.[139] Mörtel wird aus den gleichen Rohstoffen wie Beton hergestellt. Im Vergleich zu Beton werden aber Gesteinskörnungen mit kleinerem Durchmesser beigemischt.

80. Grundsätzlich gibt es zwei verschiedene Arten von Mörtel: Nass- und Trockenmörtel. Trockenmörtel wird erst auf der Baustelle mit Wasser vermischt. Dadurch ist er zeitlich lange haltbar und kann flexibel eingesetzt werden. Trotzdem kommt stattdessen oft Nassmörtel zum Einsatz. Da dieser bereits fertig gemischt zur Baustelle gebracht wird, sind die Gesamtkosten im Vergleich zu Trockenmörtel tiefer.[140] Nassmörtel kann je nach Beigabe von Chemikalien während einem bis drei Tagen verarbeitet werden.[141] Der von der Alluvia-Gruppe hergestellte Presyn Mörtel ist zwei Tage lang haltbar. Wegen der längeren Haltbarkeit kann Mörtel über weitere Distanzen transportiert werden als Frischbeton.[142] Mörtel wird vor allem zur Verbindung von Mauersteinen sowie als Überzug eingesetzt.[143]

81. Nur die Alluvia-Gruppe ist in der Produktion und dem Vertrieb von Mörtel tätig. Der Anteil von Mörtel am Umsatz der Parteien ist im Vergleich zu Beton gering. In Tabelle 3 sind die mit den drei Produktkategorien Mörtel, Kies und Beton durch die der KTB AG angeschlossenen Werke 2007–2013 erzielten Umsatzanteile dargestellt. Transportkosten und konzerninterne Lieferungen werden dabei nicht berücksichtigt.[144]

82. Die Kästli-Gruppe bietet keinen Mörtel an. […].[145]

83. Da Mörtel für andere Zwecke eingesetzt wird als Beton oder Kies und deshalb aus Sicht der Nachfrageseite kein Substitut für Beton oder Kies darstellt und da nur eine der beiden Parteien Mörtel verkauft, ist dieser für die vorliegende Untersuchung nicht relevant und wird im Folgenden nicht weiter diskutiert.

[137] BUNDESKARTELLAMT, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, 2017, Rz 64, 74.
[138] So zum Beispiel [F._____] (Act. VIII.B.49, Rz 401–407).
[139] Aussage [E._____] (Act. VIII.B.46, Rz 260–262).
[140] Aussage [I._____] (Act. III.3, Rz 333–342).
[141] Aussage [I._____] (Act. III.3, Rz 333–337).
[142] Aussage [F._____] (Act. VIII.B.49, Rz 510–515).
[143] Aussage [H._____] (Act. III.2, Rz 271–274).
[144] Dadurch wird die Bedeutung der Kieslieferungen unterschätzt, da der Anteil der konzerninternen Lieferungen bei Kies höher ist als bei Beton. Die relative Bedeutung von Mörtel und Beton ist davon nicht betroffen. Ausserdem liegen für konzerninterne Lieferungen teilweise keine Marktpreise vor.
[145] Aussage [E._____] (Act. III.B.46, Rz 249–251).

Tabelle 3: Umsatzanteile KTB-Werke 2007–2013

Produkt	Umsatz 2007–2013	Umsatzanteil
Kästli-Gruppe (Kies- und Betonwerke in Rubigen)		
Kies	[5-15] Mio. Fr.	[5-15] %
Beton	[75-100] Mio. Fr.	[80-100] %
Alluvia-Gruppe (ohne Werke in Berken und Tafers)		
Mörtel	[10-20] Mio. Fr.	[3-10] %
Kies	[10-20] Mio. Fr.	[3-10] %
Beton	[200-300] Mio. Fr.	[80-94] %

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

B.4.3.7 Transport

84. Die meisten Kies- und Betonwerke verfügen über eine Transportflotte, mit welcher sie ihre Produkte zum Abnehmer (vorwiegend Baustellen) bringen können. Während Kies in der Regel mit Kipperfahrzeugen ausgeliefert wird, wird Transportbeton mit Fahrmischern befördert. Sowohl die Alluvia- als auch die Kästli-Gruppe liefern etwa zwei Drittel bis drei Viertel des von ihnen produzierten Betons und Kieses mit firmeneigenen Fahrzeugen aus.[146] Für den Transport der restlichen Beton- und Kieslieferungen engagieren die Kies- und Betonwerke überwiegend Drittfirmen. Diese Transportunternehmen springen dann ein, wenn die Werke so hoch ausgelastet sind, dass die eigene Transportflotte nicht den gesamten Ausstoss transportieren kann. Hingegen kommt es nur selten vor, dass der Kunde Beton oder Kies selber abholt.[147]

85. Sowohl bei Kies als auch bei Transportbeton kostet der Transport im Vergleich zur Herstellung relativ viel. In Tabelle 4 sind die Anteile der Transportpreise am Gesamtpreis separat nach Werk der Parteien und separat für Kies und Beton aufgeführt. Je nach Sorte und je nach Transportdistanz fällt der Anteil der Transportkosten unterschiedlich hoch aus. Da sich die durchschnittlichen Transportdistanzen zwischen den Werken teilweise unterscheiden, gibt es auch in Bezug auf den Anteil des Transports am Gesamtpreis Unterschiede. Während der Transport beim Beton für rund 15 % des Gesamtpreises verantwortlich ist, ist dieser Anteil beim Kies rund doppelt so hoch.

Tabelle 4: Anteil Transport am Gesamtpreis für Beton und Kies, 2007–2013

Produkt	Werk	Anteil Transport am Gesamtpreis (%)
Beton	Berken	[10-20] %
	Betlehem	[10-20] %
	Hindelbank	[10-20] %
	Oberwangen	[10-20] %
	Rubigen	[10-20] %
	Worblaufen	[10-20] %
Kies	Berken	[20-35] %
	Betlehem	[20-35] %
	Hindelbank	[20-35] %
	Mattstetten	[20-35] %
	Oberwangen	[20-35] %
	Rubigen	[20-30] %

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)[148]

B.4.4 Markt

86. Das Sekretariat untersuchte als erstes, wer die von einer allfälligen Koordination zwischen den Parteien betroffenen Kies- und Betonprodukte bezieht (Nachfrageseite). In einem nächsten Schritt prüfte es, welche Produkte aus Sicht der Nachfrageseite für die von einer allfälligen Koordination betroffenen Produkte substituiert

[146] Aussagen von [F._____] (Act. VIII.B.49, Rz 448–454), [E._____] (Act. VIII.B.46, Rz 357–358) und [G._____] (Act. VIII.B.46, Rz 184–185).

[147] Aussagen [F._____] (Act. VIII.A.49, Rz 455–462), [E._____] (Act.VIII.B.46, Rz 362–363) sowie [G._____] (Act.VIII.B.45, Rz 180–187).

[148] Konzerninterne Lieferungen werden bei diesen Berechnungen nicht berücksichtigt, da für diese teilweise ein Werkpreis von 0 verbucht wurde.

werden können. Als nächstes untersuchte das Sekretariat, in welchen räumlichen Gebieten die relevanten Produkte abgesetzt werden. Anschliessend analysierte es, welche Unternehmen als Anbieter tätig sind (aktuelle Konkurrenz/Innenwettbewerb) und wie neue Unternehmen in den Markt eintreten können (potenzielle Konkurrenz/Aussenwettbewerb).

B.4.4.1 Nachfrageseite

87. Wie beschrieben wird Wandkies zu einem grossen Teil zur Weiterverarbeitung an Kieswerke geliefert. Der veredelte Kies wird seinerseits zu einem grossen Teil zu Beton weiterverarbeitet, der an Bauunternehmungen im Hoch- und Tiefbau verkauft wird. Dieser Kreislauf ist in Abbildung 3 dargestellt. Somit besteht die Nachfrageseite im Wesentlichen aus Bauunternehmungen. Diese beziehen nicht nur Beton, sondern auch einen Teil der Erzeugnisse der vorgelagerten Stufen, also Wandkies sowie veredelten Kies.

88. Daneben sind Kieswerke wichtige Abnehmer von Wandkies und Betonwerke wichtige Abnehmer von veredeltem Kies. Diese werden aber im Raum Bern von den Parteien betrieben und sind deshalb im vorliegenden Fall nicht Teil der Nachfrageseite. Während Frischbeton zum allergrössten Teil direkt an Bauunternehmungen verkauft wird, beziehen Aushub-, Rückbau- und Transportunternehmen unter anderem zur Vermeidung von Leerfahrten Kies. Diesen veräussern sie wiederum an Bauunternehmungen. Geringe Mengen an Kies werden ausserdem an Private sowie an Gartenbauunternehmungen verkauft.

89. Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass der überwiegende Anteil der von den Parteien verkauften Kies- und Transportbetonprodukten an Bauunternehmungen verkauft wird.

B.4.4.2 Relevante Produkte

90. Aus Sicht der Nachfrageseite sind nicht alle der von der allfälligen Koordination betroffenen Produkte beliebig austauschbar. Selbst innerhalb der diskutierten Produktgruppen gibt es verschiedene Sorten, die sich teilweise in Bezug auf die möglichen Anwendungen stark unterscheiden. Das interne Sortenverzeichnis der Alluvia-Gruppe umfasst zum Beispiel […] verschiede Betonsorten.[149] Diese unterscheiden sich unter anderem in Bezug auf ihre Korrosionsresistenz, Druckfestigkeit oder auch die optische Erscheinung. Den unterschiedlichen Eigenschaften verschiedener Betonsorten entsprechen substantielle Preisunterschiede. Gemäss der Preisliste der Messerli Kieswerk AG 2013 kostet ein Kubikmeter Sickerbeton mit einem Zementgehalt von 100 kg pro Kubikmeter 113 Franken ab Werk Betlehem. Ein Kubikmeter Weissbeton kostet ab dem gleichen Werk 404 Franken pro Kubikmeter.[150] Wenn diese Betonsorten aus Sicht der Nachfrageseite problemlos austauschbar wären, liessen sich derartige Preisunterschiede kaum aufrechterhalten.

91. Obwohl die allfällige Koordination der Verfahrensparteien (dazu hinten Kapitel B.5) verschiedenartige Produkte betrifft, müssen diese nicht alle separat untersucht werden. Eine Aufteilung in die folgenden drei Produktgruppen reicht aus: (1) Kies (sämtliche Kiessorten einschliesslich unverarbeitetem Kies) (2) Transportbeton und (3) Transporte von Kies und Beton. Diese Vereinfachung ist deshalb möglich, weil alle verschiedenen Sorten innerhalb einer Produktgruppe jeweils ähnliche für den Transport relevante Eigenschaften aufweisen.[151] Sickerbeton erhärtet zum Beispiel genauso schnell wie Weissbeton und hat auch ein ähnliches spezifisches Gewicht. Ausserdem können die Anbieter in der Regel ihr Angebot relativ problemlos umstellen und andere Kies- oder Betonsorten herstellen. Die gleiche Betonmischanlage kann zum Beispiel zur Produktion aller Transportbetonsorten verwendet werden. Einzig das Mischverhältnis und die Beigabe von Zusatzstoffen muss dazu angepasst werden. Deshalb sind die Marktverhältnisse für alle Produkte der gleichen Produktgruppe sehr ähnlich. Schliesslich besteht die Nachfrageseite bei allen von den wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltensweisen (dazu hinten B.5, Rz 165 ff.) betroffenen Produkten immer aus den gleichen Bauunternehmungen. Aus diesen Gründen kann von einer separaten Untersuchung der verschiedenen Kies- und Betonsorten abgesehen werden. Die Betrachtung der drei Produktgruppen erlaubt eine ausreichend präzise Beschreibung der Wettbewerbsverhältnisse.[152]

92. Da die drei Produktgruppen sehr breit definiert sind, gibt es für eine ganze Produktgruppe aus Sicht der Nachfrageseite kaum Substitute. Für manche Anwendungen von Kies können auch andere Materialien eingesetzt werden. So wird zum Beispiel statt der normalerweise verwendeten natürlichen Gesteinskörnung bei manchen Betonsorten geschäumtes Glas verwendet. Derartige Substitute sind aber in der Regel bedeutend teurer und weisen auch nicht die gleichen Eigenschaften aus.

[149] Act. VIII.A.36.

[150] Act. VIII.A.10.k.

[151] Gemäss Aussage von [F._____] (Act. VIII.A.49, Rz 498–509) gibt es spezielle Betonsorten, die sich weniger gut transportieren lassen. Bei 95 % des transportierten Betons ist der Transport hingegen problemlos. Ähnlich äussert sich [E._____] (Act. VIII.B.46, Rz 343–346). Verschiedene Kiessorten unterscheiden sich gemäss Aussage von [F._____] (Act. VIII.A.49, Rz 523–525) nicht in Bezug auf ihre für den Transport relevanten Eigenschaften.

[152] Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes spielt unter anderem bei der Sanktionsbemessung eine Rolle. In diesem Zusammenhang fordert die Kästli-Gruppe in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 5. Juli 2018 «insofern Kästli Spezial-Betonsorten im Angebot hat, die Alluvia nicht liefert, wären die entsprechenden Umsätze auszusondern» (Act. VI.29, Rz 448). Dazu ist festzuhalten, dass die publizierten Preislisten nicht das gesamte Angebot reflektieren. Sorten, die nur selten nachgefragt werden, sind nicht in den Preislisten aufgeführt. Auch die tatsächlich ausgelieferten Sorten widerspiegeln nicht das vollständige Angebot an Sorten, die bei entsprechender Nachfrage geliefert werden könnten. Tatsächlich können beide Parteien alle Sorten herstellen. Ausnahmen bilden allenfalls Sorten, deren Herstellung eine Lizenz erfordert. Diesbezüglich ist in Bezug auf den Umsatzanteil lediglich Presyn Markenbeton relevant. Beide Parteien waren während des Untersuchungszeitraums im Besitz einer entsprechenden Lizenz zur Herstellung von Presyn Beton. Da nur die Alluvia-Gruppe eine Lizenz zur Produktion von Presyn Mörtel hatte, hat das Sekretariat bei der Berechnung des für die Sanktionsbemessung relevanten Umsatzes die entsprechenden Umsätze ausgesondert (vgl. Rz 943).

93. Ähnlich sieht es bei Transportbeton aus. Es gibt zwar andere Baustoffe wie zum Beispiel Holz oder Backsteine. Da bei den meisten Bauten die Kosten des Betons nur einen geringen Anteil an den gesamten Baukosten ausmachen, wird eine bescheidene Preiserhöhung kaum dazu führen, dass Beton durch andere Baustoffe ersetzt wird. Dazu wäre eine völlig andere Konstruktionsweise notwendig, da diese alternativen Baustoffe völlig andere Eigenschaften aufweisen. Die Bauunternehmung kann deshalb nicht von Transportbeton auf andere Baustoffe umstellen. Bereits bei der Planung des Bauwerks durch den Architekten und/oder Bauingenieur müsste eine entsprechende Umstellung berücksichtigt werden. Es kommen also nur Festbeton oder Baustellenbeton als mögliche Substitute in Frage.

94. Festbeton weist zwar im erhärteten Zustand die gleichen Eigenschaften wie Transportbeton auf. Trotzdem ist Festbeton kein gleichwertiger Ersatz für Transportbeton. Wiederum müsste das ganze Bauwerk anders geplant werden, so dass die Bauunternehmung keine Möglichkeit hat, von Transport- auf Festbeton umzustellen.

95. Anders ist die Lage bei Baustellenbeton. Dieser weist die gleichen Eigenschaften auf wie Beton, der im Werk gemischt wird. Trotzdem handelt es sich aus Sicht der Nachfrageseite in den meisten Fällen nicht um ein vollwertiges Substitut, da diese Art der Betonproduktion nur bei sehr grossen Baustellen wirtschaftlich eingesetzt werden kann. Gemäss Aussagen von Parteien und Vertretern der Nachfrageseite liegt die Untergrenze für den Einsatz einer Baustellenanlage zwischen 10 000 und 30 000 Kubikmetern.[153] Tabelle 5 stellt den Anteil grosser Baustellen an der insgesamt abgesetzten Anzahl Kubikmeter Beton separat für die beiden Parteien während der Jahre 2007 bis 2013 dar. Daraus geht hervor, dass der Einsatz einer Baustellenanlage nur bei einem kleinen Teil des verkauften Betons – wenn überhaupt – eine mögliche Alternative darstellt.

Tabelle 5: Umsatzanteil grosse Baustellen Beton 2007–2013

Baustellengrösse	**Anteil an der insgesamt verkauften Menge Beton**
Frischbeton AG Rubigen (Kästli-Gruppe)	
>10 000 m^3	[<25] %
>20 000 m^3	[<10] %
>30 000 m^3	[<5] %
Alluvia-Gruppe ohne Werke in Berken und Tafers	
>10 000 m^3	[<30] %
>20 000 m^3	[<15] %
>30 000 m^3	[<5] %

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

96. Selbst wenn eine Baustelle die minimale für den wirtschaftlichen Einsatz einer Baustellenanlage nötige Grösse erreicht, ist der dafür erforderliche Platz nicht immer vorhanden. Ausserdem sind die Kosten umso höher, je länger die Baustellenanlage vor Ort in Betrieb bleiben soll. Auch der im Vergleich zu den Frischbetonwerken geringere Ausstoss pro Stunde kann je nach Bedarf gegen den Einsatz einer Baustellenanlage sprechen.[154] Aus diesen Gründen ist Baustellenbeton aus Sicht der Nachfrageseite kein vollwertiges Substitut für Transportbeton.

97. Während beim Baustellenbeton sämtliche Zutaten erst vor Ort gemischt werden, muss dem sogenannten Trockenbeton nur noch Wasser beigemischt werden. Da dieser ebenfalls erst auf der Baustelle fertiggestellt wird, handelt es sich dabei ebenfalls um eine Art Baustellenbeton. Auch dieser Baustellenbeton ist aber aus Sicht der Nachfrageseite kein Substitut für Transportbeton: Dieser Beton ist deutlich teurer und qualitativ schlechter als Frischbeton. Deshalb wird Trockenbeton nur eingesetzt, wenn Frischbeton nicht verwendet werden kann. Sein Anteil am insgesamt verbauten Beton dürfte unter 5 % liegen.[155]

98. Die dritte von der Untersuchung betroffene Produktgruppe ist diejenige für den Transport von Kies- und Betonprodukten. Im vorliegenden Fall wird der überwiegende Anteil des von den Parteien hergestellten Kieses und Betons von diesen selber oder durch Dritte im Auftrag der Parteien zum Kunden transportiert (dazu Abschnitt B.4.3.7). Deshalb muss dieser Markt vorliegend nicht weiter untersucht werden. Die entsprechenden mit dem Transport erzielten Umsätze können direkt den Produktgruppen Kies und Beton zugerechnet werden.

B.4.4.3 Liefergebiet

99. Als nächstes untersuchte das Sekretariat, in welchen Gebieten die relevanten Produkte abgesetzt werden. Die geografische Lage der KTB-Werke kann Abbildung 2 entnommen werden. Als Erstes wird erklärt, weshalb die Lieferradien der KTB-Werke in Fahrminuten gemessen werden. Anschliessend wird aufgezeigt, wie lange der von den KTB-Werken verkaufte Kies und Beton unterwegs ist und welche Gebiete damit beliefert werden.

[153] Gemäss [I._____] liegt die Mindestgrösse einer Baustelle für den wirtschaftlichen Einsatz einer Baustellenanlage bei ca. 20 000–30 000 m^3 (Act. III.3, Rz 299–300). [H._____] sagt aus, dass Baustellenanlagen höchstens im Tunnelbau interessant sind (Act. III.2, Rz 230–231). [F._____] nennt als Mindestgrösse ca. 10 000 m^3 (Act. VIII.A.49, Rz 491).

[154] Aussage von [E._____] (Act. VIII.B.46, Rz 277–294).

[155] Aussagen von [H._____] (Act. III.2, Rz 235–246) und [I._____] (Act. III.3, Rz 301–312).

100. Die Transportkosten für Kies oder Beton sind sowohl von der Fahrzeit als auch von der Fahrdistanz zwischen Baustelle und Werk abhängig.[156] Manche Kostenfaktoren sind eher proportional zur Fahrdistanz (z.B. Diesel, LSVA), andere eher zur Fahrzeit (z.B. Lohnkosten). Fahrzeit und Fahrdistanz korrelieren in der Regel stark. Allein die Kosten für den Chauffeur inkl. Spesen und Aufsicht machten 2005 bei der Messerli Kieswerk AG fast […] der variablen Transportkosten aus.[157] Da die Fahrzeit einen stärkeren Einfluss auf die Transportkosten hat als die Fahrdistanz, wird zur Darstellung der Lieferradien der KTB-Werke die Fahrzeit verwendet.

101. Die Fahrzeiten zwischen den Baustellen und den KTB-Werken könnten anhand der in den von den Parteien eingereichten Lieferscheindaten enthaltenen Baustellenadressen berechnet werden. Diese Adressen sind aber oft unvollständig oder fehlerhaft. Insbesondere die Strassenangabe sowie die Strassennummer fehlen oft. Ausserdem sind teilweise in den Adressdaten Angaben dazu enthalten, wie die Adresse zu erreichen ist. Das führt dazu, dass rund ein Drittel der Adressen ohne zusätzliche Aufbereitung nicht automatisch erkannt werden.

102. Die entsprechenden Ausfälle sind möglicherweise mit anderen relevanten Grössen wie zum Beispiel der Baustellengrösse korreliert. Adressen von Selbstabholern sind ausserdem in der Regel weniger genau als diejenigen für Lieferungen, die vom Hersteller selbst transportiert werden. Diese systematischen Ausfälle könnten insbesondere bei den in Abschnitt B.5.4.3.4 vorgenommenen Auswertungen Probleme bereiten.

103. Deshalb werden zur Berechnung der Lieferradien nicht die genauen Baustellenadressen, sondern die Postleitzahlen der belieferten Baustellen verwendet. Diese sind fast immer vorhanden und dadurch ist die Gefahr systematischer Fehler im Vergleich zur Verwendung der Baustellenadressen geringer. Dafür ist die Berechnung der Fahrzeit auf Ebene Postleitzahl im Vergleich zu einer vollständigen und korrekten Adresse weniger genau. Insbesondere in städtischen Gebieten ist der Radius der einer Postleitzahl zugeordneten Regionen mit einem Radius von rund 1–2 Kilometern relativ klein. Deshalb ist der entsprechende Messfehler relativ gering. Aus diesen Gründen wird nachfolgend zur Berechnung der Fahrzeiten immer die Baustellenpostleitzahl herangezogen.[158]

104. In Abbildung 4 ist die Verteilung der Lieferzeit für alle der KTB angeschlossenen Betonwerke gemeinsam für die Jahre 2007–2013 dargestellt. Auf der x-Achse ist die Fahrzeit zwischen Baustelle und Betonwerk in Minuten angegeben. Die y-Achse misst den Anteil des ausgelieferten Betons, der über eine gleich lange oder kürzere Fahrzeit ausgeliefert wurde als der entsprechende auf der x-Achse angegebene Wert. Es lässt sich zum Beispiel erkennen, dass mehr als 50 % des Betons weniger als 10 Minuten lang unterwegs ist. Mehr als 96 % des Betons wird innerhalb eines Radius von 20 Minuten um das herstellende Betonwerk ausgeliefert.

105. In Abbildung 5 sind die Lieferradien aller Betonwerke dargestellt, für welche die entsprechenden Daten zur Verfügung stehen. Daraus geht hervor, dass die Werke […] und […] den Beton über weitere Distanzen ausliefern als die anderen Werke. Mehr als 10 % des ab […] verkauften Betons wird über mehr als 20 Minuten ausgeliefert. Dieser Anteil liegt beim Werk […] bei 0,4 %.

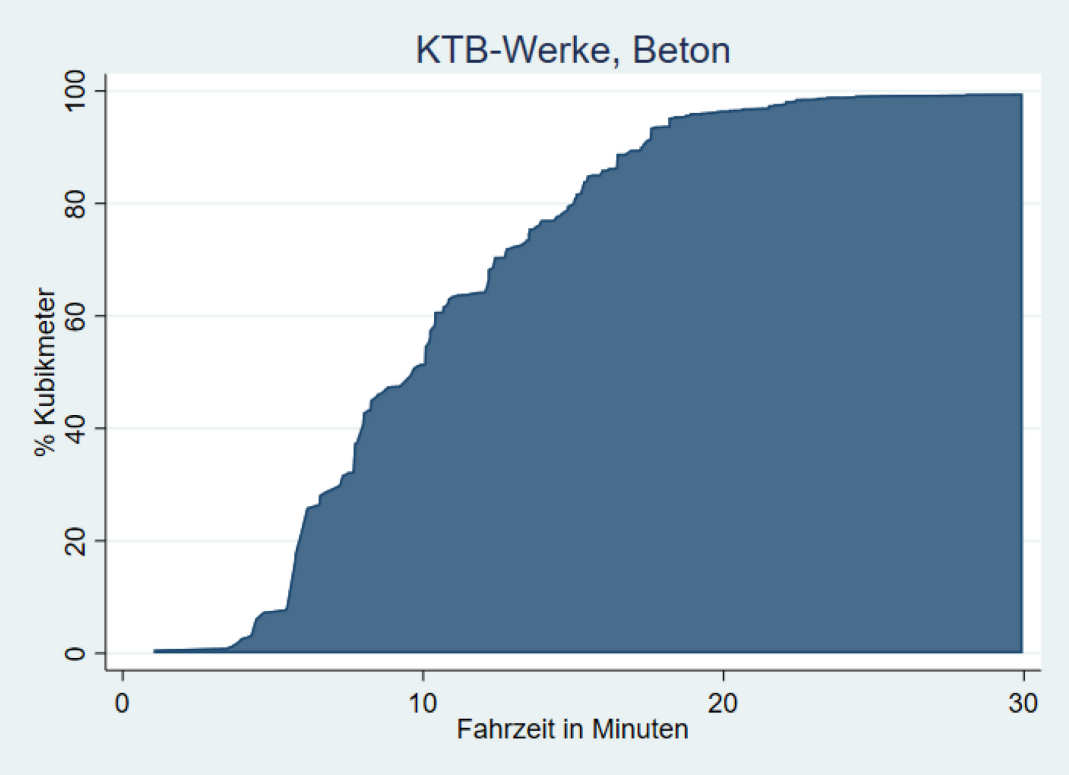
106. Abbildung 6 entspricht Abbildung 4, ausser dass statt Beton die Verteilung der Fahrzeit für Kies dargestellt wird. Kies wird etwas länger transportiert als Beton. Rund ein Drittel des Kieses wird über eine Fahrzeit von weniger als 10 Minuten geliefert, 86 % wird innerhalb eines Radius von 20 Minuten verkauft. Die Verteilung der Fahrzeiten wird in Abbildung 7 wiederum separat für die einzelnen Kieswerke dargestellt.

[156] Aussage [G._____], [Mitarbeiter] der Kästli Bau AG, Act. VIII.B.45, Rz 205–218. Die entsprechende Aussage bezieht sich auf die Transportkosten von Kies. Übereinstimmend in Bezug auf Beton äussert sich [E._____], Act. VIII.B.46, Rz 312–325. Ebenso [F._____], Act. VIII.A.49, Rz 477–489. Ausserdem dürfte der Höhenunterschied einen gewissen Einfluss auf den Treibstoffverbrauch sowie die Wartungskosten der Fahrzeuge haben.

[157] Transportkostenkalkulation der Messerli Kieswerk AG, Act. II.A.X.71 (22-0440).

[158] Weitere Angaben zur Berechnung der Fahrzeiten zwischen Baustellen und Kies- und Betonwerken sind in Akte VII.36, Kapitel B.4.3, enthalten.

Abbildung 4: Verteilung der Fahrzeit, KTB-Werke, Beton 2007–2013



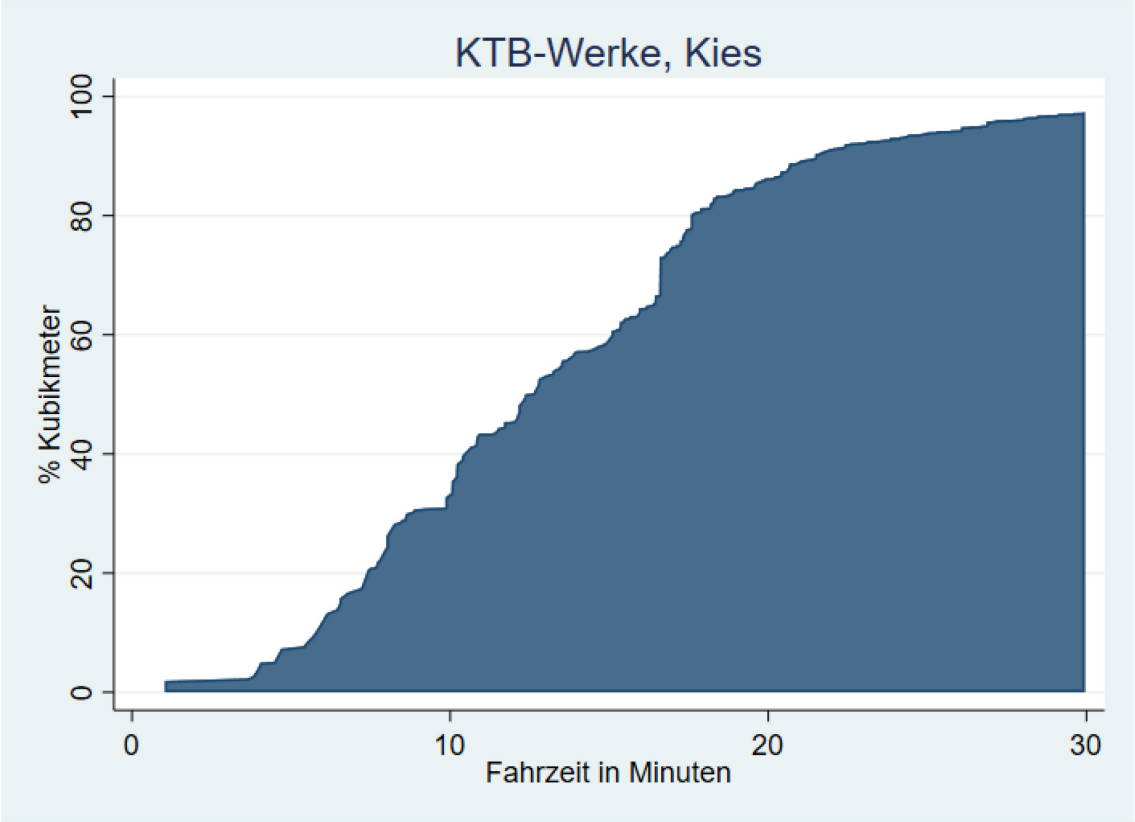
Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

Abbildung 5: Verteilung der Fahrzeit, einzelne Betonwerke 2007–2013



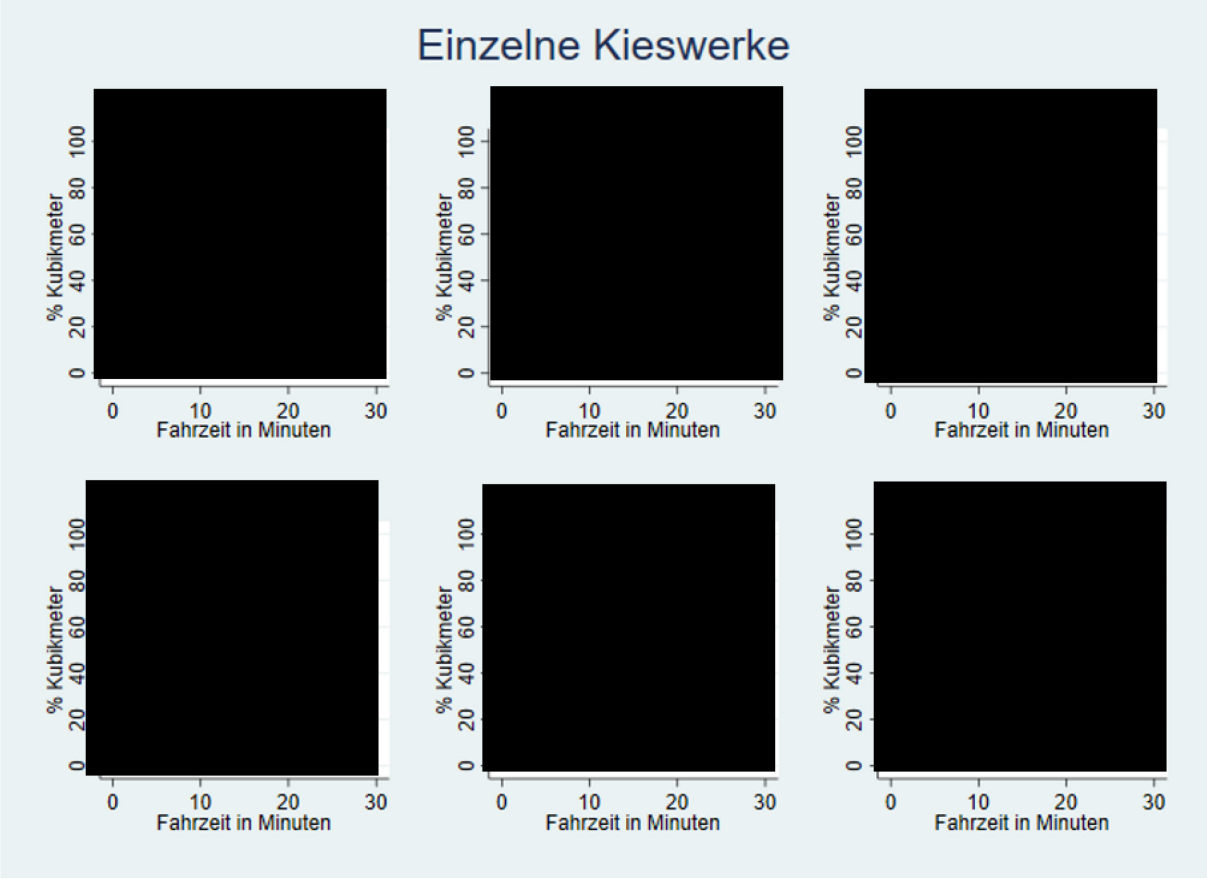
Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

Abbildung 6: Verteilung Fahrzeit, KTB-Werke, Kies 2007–2013



Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

Abbildung 7: Verteilung Fahrzeit einzelne Kieswerke 2007–2013

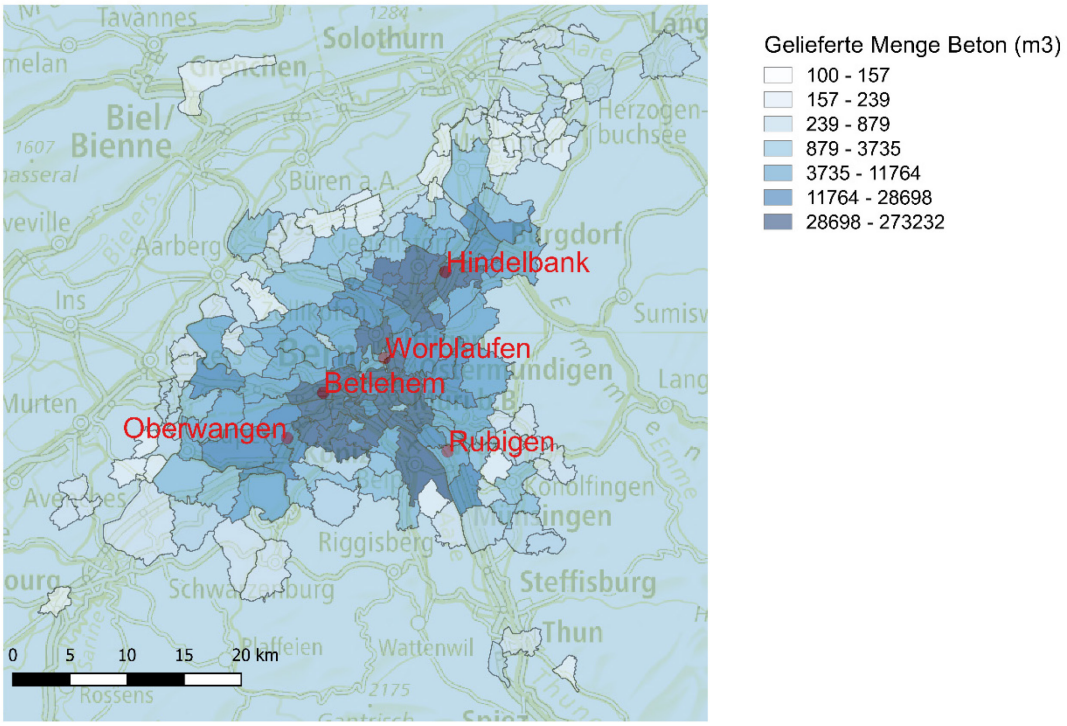


Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

107. Bereits aus der Verteilung der Lieferzeiten ist ersichtlich, welche Gebiete von den der KTB AG angeschlossenen Werken beliefert werden. Zur besseren Veranschaulichung und Verdeutlichung werden die belieferten Postleitzahlen in Abbildung 8 (Beton) und Abbildung 9 (Kies) grafisch dargestellt. Je dunkler eine Postleitzahl, desto grösser die dorthin gelieferte Menge. Die Grenzen der diesbezüglichen 7 Kategorien sind so festgelegt, dass jede Kategorie eine gleich grosse Anzahl Postleitzahlen umfasst.[159] Berücksichtigt werden sämtliche Kies- und Betonlieferungen der KTB-Werke 2007 bis 2013, ausser konzerninterner Lieferungen. Postleitzahlen, an welche weniger als 100 m^3 geliefert wurde, sind nicht eingezeichnet. Diese Lieferungen sind in Bezug auf ihren Umsatzanteil nicht relevant: Deren Anteil am Gesamtvolumen beläuft sich auf 0,16 % (Beton) bzw. 1,02 % (Kies).[160]

108. In Abbildung 8 und Abbildung 9 sind jeweils die Standorte der der KTB AG angeschlossenen Beton- bzw. Kieswerke eingezeichnet. In Mattstetten wird nur Kies, aber kein Beton hergestellt, während das Werk Worblaufen nur Beton, aber keinen Kies produziert.

Abbildung 8: Gemeinsames Liefergebiet der KTB-Werke, Beton

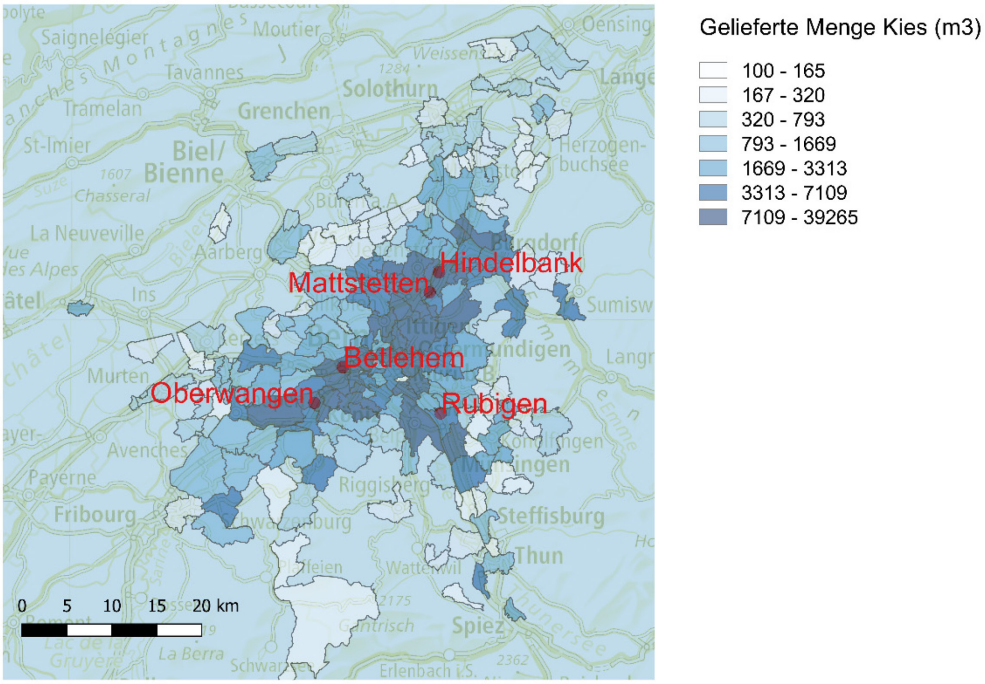


Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Swisstopo (Kartenmaterial)

[159] Wenn die an eine Postleitzahl gelieferte Menge genau einer Intervallgrenze entspricht, wird die Postleitzahl dem Intervall mit der tieferen Menge zugeteilt. Wenn also zum Beispiel 157 m3 Beton an eine Postleitzahl geliefert wurde, wird diese dem Intervall 100–157 zugeteilt und deshalb in der hellsten Farbe eingefärbt.

[160] Die Prozentsätze beziehen sich auf die insgesamt von 2007 bis 2013 von den KTB-Werken an Baustellen mit gültiger Baustellenpostleitzahl ausgelieferten Mengen an Beton bzw. Kies.

Abbildung 9: Gemeinsames Liefergebiet der KTB-Werke, Kies



Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Swisstopo (Kartenmaterial)

B.4.4.4 Anbieter

Die wichtigsten Anbieter von Kies und Transportbeton im gemeinsamen Liefergebiet sind die an der zu untersuchenden Koordination beteiligten Unternehmen. Diese der KTB AG angeschlossenen Werke sind in Tabelle 6 aufgelistet.

Tabelle 6: KTB-Werke, Stand 2013

Standort	Inhaber	Kiesabbau	Kieswerk	Betonwerk
Betlehem	100 % Alluvia-Gruppe	Nein	Ja	Ja
Hindelbank	100 % Alluvia-Gruppe	Nein	Ja	Ja
Mattstetten	100 % Alluvia-Gruppe	Ja	Ja	Nein
Oberwangen	100 % Alluvia-Gruppe	Ja	Ja	Ja
Worblaufen	>50 % Alluvia-Gruppe	Nein	Nein	Ja
Rubigen	Betonwerk: >50 % Kästli-Gruppe Rest: Bauunternehmungen Kieswerk: 100 % Kästli-Gruppe	Ja	Ja	Ja

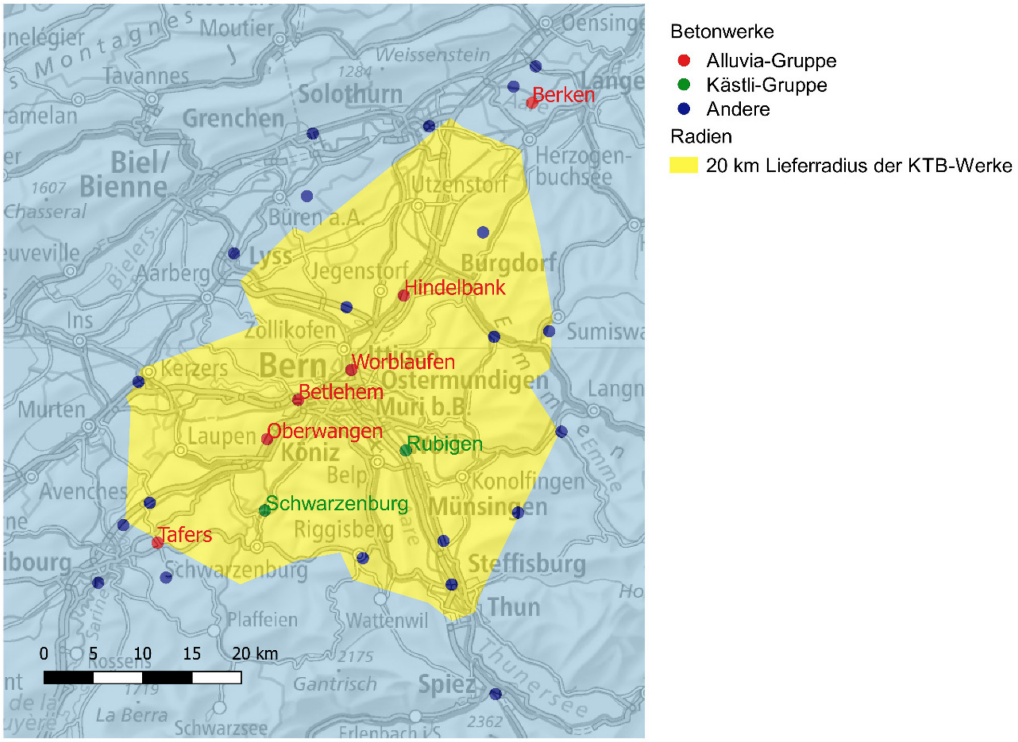
Quelle: Act. II.A.X.582 (Beteiligung Kästli Rubigen), <http://www.hofstetter.ch/geschichte> (4.5.2018, PDF-Kopie bei den Akten, Beteiligung Alluvia Worblaufen)

110. Zusätzlich zu den in Tabelle 6 aufgeführten Werken betreibt die Alluvia-Gruppe in Berken ein Kies- und Betonwerk. Ausserdem ist die Alluvia-Gruppe am Betonwerk in Tafers beteiligt. Die Kästli-Gruppe betreibt in Schwarzenburg ein Kies- und Betonwerk und ist an der Waldhaus Kies AG beteiligt, welche in Grünenmatt eine Kiesabbaustelle betreibt. Sowohl die Kästli- als auch die Alluvia-Gruppe sind darüber hinaus an der Kies AG Aaretal (KAGA) beteiligt, welche im Aaretal zwischen Thun und Bern verschiedene Kiesabbaustellen betreibt.

111. Obwohl in der Stadt Bern selbst keine anderen Anbieter Kies oder Transportbetonwerke betreiben, sind im Umland durchaus weitere Hersteller angesiedelt. Die geografische Anordnung der Betonwerke der Region ist in Abbildung 10 dargestellt, diejenige der Kieswerke in Abbildung 11. Dabei werden nur Kies- und Betonwerke berücksichtigt, die in weniger als 30 Minuten Fahrzeit oder weniger als 30 km Fahrdistanz eines Personenwagens von einem der KTB AG angeschlossenen Kies- oder Betonwerk erreicht werden können. Die gelbe Flä-

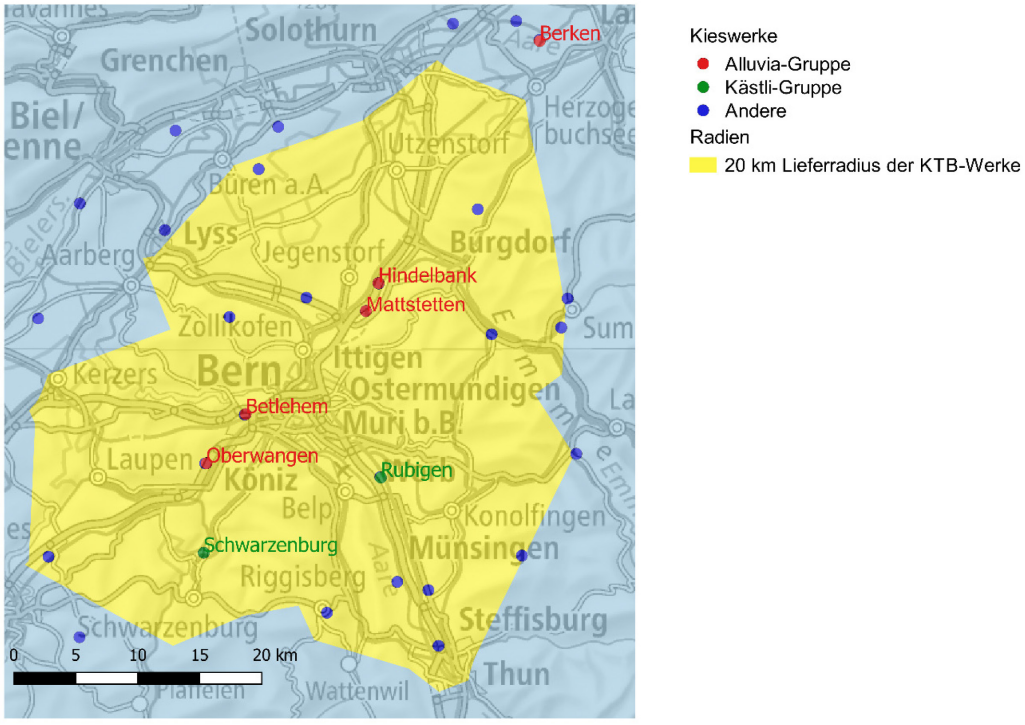
che entspricht dem Gebiet, das weniger als 20 km Fahrdistanz von einem der KTB-Werke entfernt ist. Die Zusammenstellung der in diesen Abbildungen dargestellten Werke wird in Akte VI.3, Kapitel B.4.2, näher erläutert.

Abbildung 10: Geografische Anordnung Betonwerke



Quelle: Act. VI.5.a, Antworten auf Frage 26 (22-0440), eigene Recherchen, Swisstopo (Kartenmaterial)

Abbildung 11: Geografische Anordnung Kieswerke



Quelle: Act. VI.5.a, Antworten auf Frage 26 (22-0440), eigene Recherchen, Swisstopo (Kartenmaterial)

112. Die in blau eingezeichneten Dritt-Anbieter sind zwar grundsätzlich in der Lage, Kies oder Beton in das gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke zu liefern. Je nach der genauen Lage einer Baustelle fallen die entsprechenden Transportkosten aber aufgrund der grösseren Distanz im Vergleich zu den Transportkosten der KTB-Werke deutlich höher aus.

113. Gemäss Angaben der Alluvia-Gruppe kostet ein Fahrmischer mit 7 Kubikmetern Fassungsvermögen zwischen 140 und 150 Franken pro Stunde.[161] Folglich kostet der Transport eines Kubikmeters Beton bei vollausgelastetem Fahrzeug pro Minute zwischen 33 und 36 Rappen. Da der Betonmischer wieder zurückfahren muss, ergeben sich Kosten von rund 70 Rappen pro Minute für den Transport eines Kubikmeters Frischbeton. Beim Kies sind die Transportkosten pro Kubikmeter zwar tiefer, im Verhältnis zum Werkpreis von Kies fallen die Transportkosten aber deutlich höher aus als beim Beton (vgl. Tabelle 4).

114. Neben der Lage der Kies- und Betonwerke hat auch der Zugang zu unverarbeitetem Kies (in dieser Region im Wesentlichen Wandkies) einen Einfluss auf die Marktstellung eines Anbieters. Beim Wandkies ist der Transportkostenanteil nochmal deutlich höher als beim verarbeiteten Kies, da ein Kubikmeter Wandkies ab Werk nur rund die Hälfte eines Kubikmeters verarbeiteten Kies kostet.[162] Wenn ein Anbieter also zu konkurrenzfähigen Preisen Kies oder Beton im Raum Bern verkaufen will, muss er in der Nähe Zugang zu Wandkies haben.

115. Im Untersuchungszeitraum 2004–2013 hatten die Kästli- und die Alluvia-Gruppe gemeinsam einen Anteil von rund 43 % am insgesamt im Verwaltungskreis Bern-Mittelland abgebauten Wandkies (vgl. Tabelle 7). Ein weiterer wichtiger Betreiber von Kiesabbaustellen ist die Kies AG Aaretal (KAGA), an welcher die Alluvia- und die Kästli-Gruppe gemeinsam […] des Aktienkapitals halten. Die KAGA verkauft über […] % des von ihr abgebauten Kieses an ihre Aktionäre. Die Kästli- und die Alluvia-Gruppe bezogen 2004–2013 gemeinsam […] % des von der KAGA abgebauten Kieses.[163] Betreiber, die von der Kästli- und der Alluvia-Gruppe unabhängig sind, waren 2004–2013 lediglich für den Abbau von 15 % des im Verwaltungskreis Bern-Mittelland abgebauten Wandkieses verantwortlich. Dieser Verwaltungskreis umfasst einen grossen Teil des gemeinsamen Liefergebiets der KTB-Werke. Dieses ist gemeinsam mit den Grenzen des Verwaltungskreises Bern-Mittelland in Abbildung 12 dargestellt.

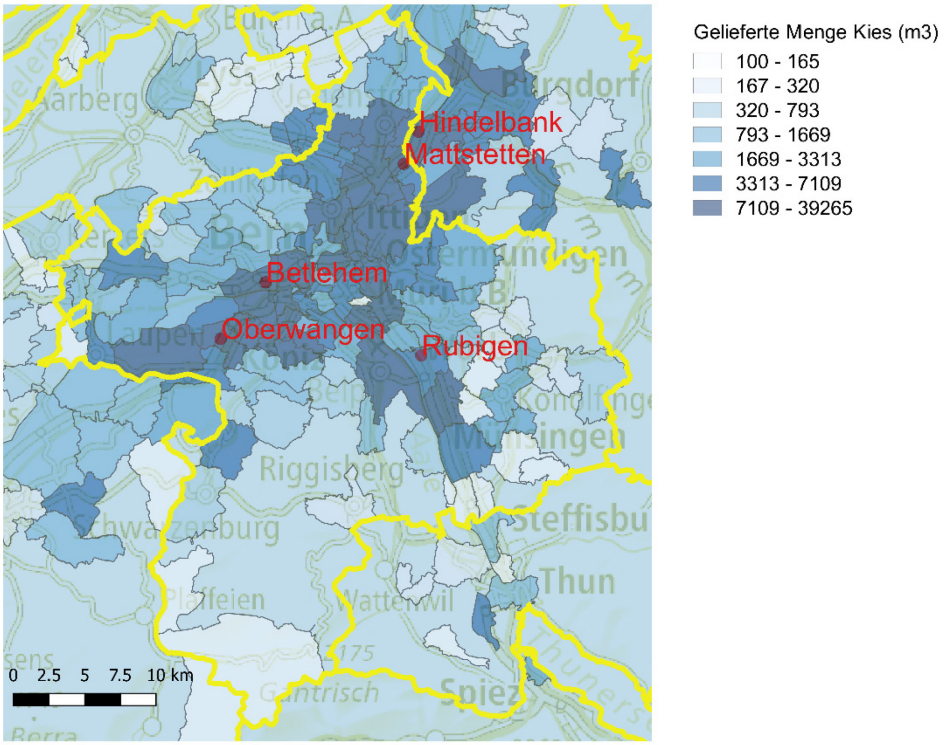
Tabelle 7: Abbau Sand/Kies Bern-Mittelland 2004–2013[164]

Betreiber	**Anteil Abbau Wandkies Bern-Mittelland**
Alluvia-Gruppe	[…] %
KAGA	[…] %
Kästli-Gruppe	[…] %
Andere	[…] %

Quelle: Act.VI.11a und Act. VI.11b (22-0440)

[161] Aussage [F._____] (Act. VIII.A.49, Rz 494–495).
[162] Der durchschnittliche Werkpreis pro Kubikmeter Wandkies liegt bei den der KTB AG angeschlossenen Werken der Alluvia-Gruppe 2007–2013 bei Fr. […]. Die anderen Kiessorten kosten durchschnittlich Fr. […]. Die folgenden Sortennummern werden dabei dem Wandkies zugerechnet: […]. […].
[163] Act. II.D.X.135 (22-0440).

Abbildung 12: Gemeinsames Liefergebiet KTB-Werke und Grenze Bern-Mittelland



Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Swisstopo (Kartenmaterial), Kanton Bern (Grenze Bern-Mittelland)

116. Aufgrund der hohen Transportkosten ist es unwahrscheinlich, dass grosse Mengen an unverarbeitetem Kies von in anderen Regionen gelegenen Kiesabbaustellen zugeführt werden. Auch verarbeiteter Kies wird in der Regel nicht über grosse Distanzen hinweg transportiert. Deshalb ist davon auszugehen, dass die KTB-Werke in ihren gemeinsamen Liefergebieten einen hohen Marktanteil im Markt für Kies aufweisen. Mit dieser Einschätzung ist eine Aussage von [H._____] konsistent: Er nennt drei wichtigste Anbieter von Kiesprodukten im Raum Bern (Stadt und Gebiete 25 km rund um Bern). Bei zwei dieser drei Anbieter handelt es sich um die Alluvia- und um die Kästli-Gruppe. Daneben erwähnt er nur Niederhauser als weiteren wichtigen Anbieter.[165]

117. Da Beton zu einem grossen Teil aus Kies besteht und auch beim Beton die Transportkosten hoch sind, sieht die Lage im Markt für Transportbeton ähnlich aus. Gemäss Angaben von [C._____], [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe, liegt der Marktanteil der Alluvia-Gruppe im Bereich Beton in ihrem Liefergebiet bei rund [> 75] %. Die restlichen […] % entfallen auf Unternehmen der Vigier- und Jura- Konzerne sowie auf die Kästli-Gruppe.[166] [I._____], [Mitarbeiter] der Büchi Bauunternehmung AG, schätzt den Marktanteil der Werke der Alluvia- und der Kästli-Gruppe gemeinsam in der Stadt Bern auf 80 %.[167]

118. Einen derart hohen Marktanteil scheinen andere Betonwerke nicht einmal im unmittelbaren Umland zu erreichen. […][168]

119. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Parteien in ihrem gemeinsamen Liefergebiet sowohl im Bereich Kies- als auch in Bezug auf Beton zusammen über sehr hohe Marktanteile verfügen und nur wenigen, kleineren Konkurrenten gegenüberstehen. Sie nehmen eine sehr starke Stellung im Markt ein und können ihre Preise aufgrund der höheren Transportkosten ihrer Konkurrenten zu einem gewissen Grad unabhängig von anderen Anbietern festlegen.

B.4.4.5 Markteintrittsschranken

120. Die Wertschöpfungskette der hier relevanten Produkte beginnt mit dem Abbau von Kies. Da die Transportkosten relativ zu den Herstellungskosten bei unverarbeitetem Kies sehr hoch sind, kann dieser kaum zu konkurrenzfähigen Preisen über weite Distanzen transportiert werden. Wenn also ein neuer Wettbewerber

[164] 2004–2013 wird in der Region Bern-Mittelland kein Kies aus Gewässern entnommen. Neben dem Abbau von Wandkies wird auch Fels abgebaut, der ebenfalls zu Kies verarbeitet werden kann. Der Abbau von Fels ist für weniger als 1 % des insgesamt in der Region Bern-Mittelland 2004–2013 abgebauten Primärmaterials verantwortlich. Für das Jahr 2011 hat der Kanton keine Daten erhoben. Die durch die Waldhaus Kies AG abgebauten Mengen werden der Kästli-Gruppe zugerechnet. Die Kiesgrube Bümberg der KAGA liegt an der Grenze der Region Bern-Mittelland und wird dieser zugeteilt.
[165] Act. III.2., Rz 300–302.
[166] Act. III.17, Rz 419–421.
[167] Act. III.3, Rz 286–288.
[168] […]

unverarbeiteten Kies zu konkurrenzfähigen Preisen anbieten möchte, muss dieser im Raum Bern oder den umliegenden Gemeinden eine neue Kiesgrube in Betrieb nehmen. Dazu muss er die Abbaurechte von den Grundeigentümern erwerben. Ausserdem muss jede neue Kiesgrube durch den Kanton bewilligt werden. Erst dann können die für den Abbau erforderlichen Installationen errichtet werden.

121. Bei einem Kiesabbaurecht handelt es sich um eine im Grundbuch eingetragene privatrechtliche Dienstbarkeit. Der Dienstbarkeitsbelastete erhält in der Regel eine Ausbeutungsentschädigung. In welcher Art und Höhe diese ausbezahlt wird, ist Verhandlungssache. Manche Entschädigungen werden proportional zur Menge des abgebauten Kieses ausbezahlt. Bei anderen handelt es sich um periodische Zahlungen. Es kommt auch vor, dass der künftige Betreiber dem Grundeigentümer vorab einen Pauschalbetrag überweist.

122. Sobald sich der künftige Betreiber die Abbaurechte gesichert hat, kann er den Prozess zur Erlangung einer kantonalen Bewilligung in Gang setzen. Im Rahmen dieses Prozesses sind zahlreiche Abklärungen und Planungen erforderlich, die in der Regel mit hohen Kosten für künftige Betreiber einhergehen. Ein notwendiger Bestandteil des Bewilligungsprozesses ist die Festsetzung im relevanten Richtplan.[169] Diese Richtpläne werden in der Regel nur alle 10–15 Jahre neu ausgearbeitet und der entsprechende Prozess dauert seinerseits mehrere Jahre.[170] Vor diesem Hintergrund scheint die Aussage von [E._____] plausibel, dass der Planungshorizont bei Kiesabbauprojekten normalerweise rund 15 Jahre beträgt.[171]

123. Neben der langen Dauer des Bewilligungsverfahrens erschwert die Unsicherheit, ob eine solche erteilt wird, den Eintritt neuer Wettbewerber: Es besteht kein Rechtsanspruch auf eine Bewilligung. Bei einem abschlägigen Bescheid sind allfällige Vorauszahlungen an Grundstückseigner sowie die Ausgaben für den Bewilligungsprozess verloren.

124. Die Markteintrittsschranken für neue Betreiber von Kiesabbaustellen sind demnach sehr hoch. Von dieser Marktlage im Bereich des Kiesabbaus sind auch die nachgelagerten Stufen der Wertschöpfungskette betroffen. Kieswerke verarbeiten Rohkies (in der Region Bern im Wesentlichen Wandkies) und sind deshalb auf Zugang zu diesem Rohstoff angewiesen. Da die Transportkosten für Kies hoch sind, stehen Kieswerke in der Regel direkt neben Kiesabbaustellen. Manchmal werden Kieswerke auch nach Erschöpfung der am gleichen Standort abgebauten Kiesvorkommen weitergeführt. Das kann dann sinnvoll sein, wenn die gleiche Unternehmung andernorts Kiesabbaustellen betreibt und die Transportdistanz zwischen Kiesabbaustelle und Abnehmern grösser ist als diejenige zwischen Kieswerk und Abnehmern. Hingegen gibt es kaum Kieswerke ohne unternehmenseigene Kiesabbaustelle.[172]

125. Ein neu in den Markt eintretendes Kieswerk hätte Wandkies kaum zu kompetitiven Preisen und in ausreichenden Mengen von der Kästli- oder der Alluvia-Gruppe beziehen können, da sie eigene Kieswerke betreiben und ihren Wandkies zum überwiegenden Teil für den Eigenbedarf verwenden. Der einzige andere relevante Produzent von Wandkies im Verwaltungskreis Bern-Mittelland ist die KAGA. Diese betreibt selber kein Kieswerk, lieferte jedoch den von ihr abgebauten Kies im Untersuchungszeitraum zu Vorzugspreisen an ihre Aktionäre.[173] Ein neu eröffnetes Kieswerk ohne eigene Abbaustelle hätte also im Vergleich zu den bereits in diesem Geschäft tätigen Unternehmen höhere Preise für das Ausgangsmaterial Wandkies bezahlen müssen.

126. Eine weitere Alternative besteht darin, statt Wandkies aufbereiteten Kies aus Aushubmaterial oder Bauschutt zu verwenden. Diese Ausgangsstoffe spielen während des für die Untersuchung relevanten Zeitraums eine untergeordnete Rolle (dazu Rz 67). Die weitaus wichtigsten Abnehmer von Kies sind die Betonwerke. Diese sind während des Untersuchungszeitraums 2004–2013 auf Primär-Gesteinskörnungen angewiesen. Das liegt einerseits daran, dass Sekundär-Körnungen in der Regel aus gebrochenen Körnern bestehen. Für manche Verwendungszwecke bevorzugen die Kunden aber aus ästhetischen Gründen Beton aus ungebrochenen Körnern. Andererseits müssen bei einem hohen Anteil an Sekundär-Körnungen mehr Zement und mehr Zusatzstoffe beigemischt werden, um die erforderlichen Eigenschaften des hergestellten Betons gewährleisten zu können. Dadurch verteuert sich die Betonproduktion. Aus diesen Gründen gibt es praktisch keine Betonsorten, für welche ausschliesslich Sekundär-Körnungen verwendet werden. Ausserdem sind für manche hochwertigen Betonsorten nur Primär-Gesteinskörnungen geeignet.[174]

127. Ohne eigene Kiesgrube wäre es also sehr schwierig gewesen, im Marktgebiet der Parteien 2004–2013 ein neues Kieswerk in Betrieb zu nehmen. Dazu kommt, dass die wichtigsten Abnehmer Beton- und Belagswerke sind. Da diese durch die Alluvia- und die Kästli-Gruppe kontrolliert werden,[175] gab es keinen Raum für Neueintritte in den Kiesmarkt 2004–2013.

128. Genauso wie die Herstellung von veredeltem Kies vom Ausgangsprodukt Wandkies abhängig ist, ist ein Betonhersteller auf Zugang zu veredeltem Kies angewiesen. Da die Gesteinskörnung für rund 80–85 % des

[169] Act. VI.5, Antworten auf Frage 3 (22-0440).
[170] Act. VI.5, Antworten auf Frage 4 (22-0440). Falls eine Knappheit an Primärmaterial besteht, dauert der Bewilligungsprozess weniger lange.
[171] Act. III.2, Rz 343–346 (22-0440).
[172] [F._____] (Act. VIII.A.49, Zeilen 367–370) und [G._____] (Act. VIII.B.45, Zeilen 173–176) konnten spontan keine solchen Werke benennen.
[173] Preisliste 2004: Act. II.C.X.83; Preisliste 2005: Act. II.C.X.89; Preisliste 2006: Act. II.C.X.98; Preisliste 2008: Act. II.D.X.21; Preisliste 2013: Act. II.E.X.154 und Act. II.D.X.91. Alle Akten stammen aus dem Verfahren 22-0440.
[174] Aussage von [E._____] (Act.VIII.B.46, Rz 222–241). Übereinstimmend F._____] (Act. VIII.A.49, Rz 323–355).
[175] Das grösste Belagswerk in der Nähe der Stadt Bern ist die BERAG in Rubigen. Während des Untersuchungszeitraums war die Kästli-Gruppe mit der Geschäftsführung betraut (Act.II.A.X.87, Geschäftsführungsvertrag vom 25. Juni 2003). Die Parteien kontrollierten gemeinsam […] % des Aktienkapitals der BERAG ([…] % Kästli-Gruppe, Act. II.A.X.582, […] % Alluvia-Gruppe, Act. VI.30, Rz 69).

Gewichts von Beton verantwortlich ist (vgl. Fussnote 135), sind auch hier kurze Transportwege entscheidend. Deshalb sind die meisten Betonwerke in unmittelbarer Nähe von Kieswerken angesiedelt und werden oft von den gleichen Unternehmen betrieben. Betonwerke ohne angegliedertes Kieswerk gehören fast immer Unternehmen, die in der Nähe ein Kieswerk betreiben.[176]

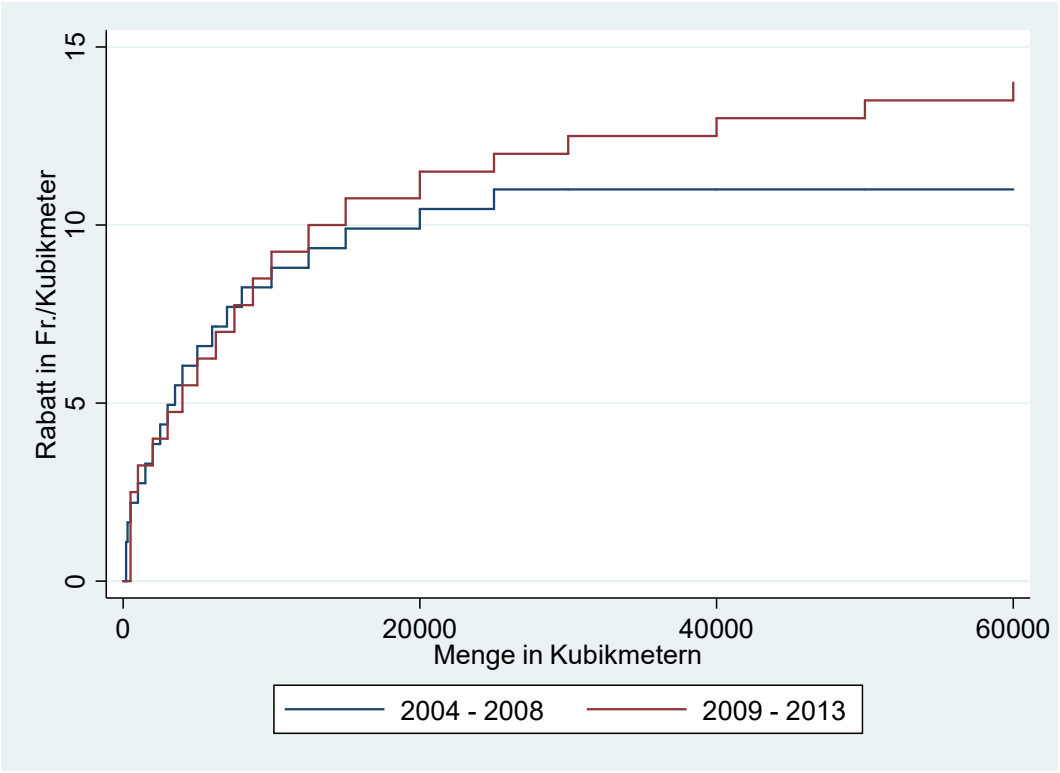
129. Da es während des Untersuchungszeitraums kaum relevante Betonsorten gab, die ausschliesslich mit Sekundär-Körnungen hergestellt wurden, war jedes Betonwerk auf Zugang zu Primär-Körnungen angewiesen. Der Betrieb eines Betonwerkes ausschliesslich mit Sekundär-Körnungen war keine gangbare Alternative. Das ist bis heute nach wie vor der Fall, obwohl Sekundär-Körnungen eher an Bedeutung gewonnen haben.[177]

130. Grundsätzlich wäre es zwar möglich, ein Betonwerk ohne eigenes Kieswerk zu betreiben. Ein solches Betonwerk müsste aber Primär-Körnungen von ausserhalb beziehen und hätte dadurch höhere Produktionskosten im Vergleich zu den bestehenden Werken mit Kieswerk vor Ort.

131. Da ohne Kiesgrube die Eröffnung eines Kieswerks im gemeinsamen Liefergebiet der Alluvia- und der Kästli-Gruppe 2004–2013 unrentabel war und da ein Betonwerk ohne eigenes Kieswerk nur unter Inkaufnahme höherer Produktionskosten betrieben werden kann, waren auch im Markt für Transportbeton während des Untersuchungszeitraums keine Neuzutritte zu befürchten.

132. Zusätzlich zum Zugang zu Kies erschwert die Preispolitik der bereits etablierten Anbieter Neueintritte. Die der KTB angeschlossenen Werke gewährten ihren Kunden 2004–2013 einen gemeinsamen Mengenrabatt auf Bezüge von Beton und Mörtel (dazu hinten B.5.3, Rz 299 ff.). Die Höhe dieses Rabatts liegt 2004–2008 zwischen Fr. 1.10 und Fr. 11.– pro Kubikmeter. Im Jahr 2009 wurde der Rabatt leicht angepasst. Bei grösseren Bezugsmengen wurde seither ein grösserer Rabatt gewährt, so dass dieser 2009–2013 zwischen Fr. 2.50 und Fr. 14.– lag. Je grösser die während eines Jahres bei den der KTB angeschlossen Betonwerken bezogene Menge, desto höher der Rabatt pro Kubikmeter. Abbildung 13 stellt den Zusammenhang zwischen der vom Kunden über das ganze Jahr hinweg bezogenen Menge an Beton und Mörtel und dem von den KTB-Werken gewährten Rabatt pro bezogenem Kubikmeter dar.

Abbildung 13: KTB-Mengenrabatt



Quelle: Act. II.B.27

[176] [F._____] kennt kein Beispiel eines Betonwerks ohne dazugehöriges Kieswerk (Act. VIII.A.49, Rz 367–370). [E._____] nennt einige Beispiele für Betonwerke ohne eigenes Kieswerk. Dabei bleibt allerdings unklar, ob den Unternehmen, welche diese Werke betreiben, nahe gelegene Kieswerke gehören (Act. VIII.B.46, Rz 300–304).

[177] Das Sekretariat fragte [F._____] (Alluvia-Gruppe) «Gibt es Betonwerke, die ausschliesslich Sekundär-Körnungen verarbeiten?» Antwort: «Nein, es braucht einen gewissen Teil an Primärmaterial. Es geht gar nicht. Nach der heutigen Norm funktioniert dies nicht» (Act. VIII.A.49, Rz 353–355). [F._____] ordnet sowohl Aushub als auch Recyclingmaterial dem Begriff «Sekundär-Körnungen» zu (Act. VIII.A.49, Rz 312–322). Übereinstimmend die Aussage von [E._____] (Kästli-Gruppe). Auf die Frage, «Ist man als Betonwerk auf Primärkörnungen angewiesen?», antwortet er, «Ja, das ist richtig» (Act. VIII.B.46, Rz 240–241). Auch er ordnet sowohl Aushub als auch Recyclingmaterial den «Sekundär-Körnungen» zu (Act. VIII.B.46, Rz 212–219).

133. Sollte sich ein Kunde dazu entscheiden, einen Teil seiner Bezüge bei einem nicht der KTB angeschlossenen Werk zu tätigen, würde sich dadurch der Rabatt für alle anderen Bezüge ebenfalls reduzieren. Dadurch wird der Eintritt neuer Anbieter erschwert und das von den KTB-Werken belieferte Gebiet gegenüber von Drittanbietern abgeschottet.

134. Angenommen, eine Bauunternehmung benötigt zum Beispiel im Zeitraum 2009–2013 für Baustellen in der Stadt Bern 8000 m^3 Beton in einem bestimmten Jahr. Diese 8000 m^3 werden von den KTB-Werken geliefert. Nehmen wir ebenfalls an, dass diese Bauunternehmung für eine Baustelle am Rand des gemeinsamen Liefergebiets der KTB-Werke zusätzlich 5000 m^3 Beton benötigt. Wenn die Bauunternehmung diese 5000 m^3 Beton von einem auswärtigen Lieferanten bezieht, reduziert sich der Rabatt auf die 8000 bei den KTB-Werken bezogenen Kubikmeter von Fr. 10.– auf Fr. 7.75 pro Kubikmeter. Dieser Rückgang des Rabatts um Fr. 2.25 pro Kubikmeter entspricht 1,7 % des durchschnittlichen Werkpreises für Beton und Mörtel der KTB-Werke 2007–2013.[178]

135. Nicht nur der gemeinsame Mengenrabatt, sondern auch der von den KTB-Werken 2004–2013 an den Baumeisterverbandes Region Bern (BVRB) ausbezahlte Kies- und Betonbatzen erschwert Neueintritte und schottet den Markt gegenüber auswärtigen Anbietern ab (dazu hinten B.5.5, Rz 628 ff.). Dabei werden dem BVRB pro Kubikmeter Kies 30 Rappen und pro Kubikmeter Beton 50 Rappen überweisen. Angerechnet werden Bezüge von Mitgliedern, die im Liefergebiet der KTB-Werke ausschliesslich von den KTB-Werken Kies und Beton beziehen.[179] Bereits geringe Bezüge von auswärtigen Anbietern führen dazu, dass der Kies- und Betonbatzen für sämtliche Bezüge der fehlbaren Bauunternehmung gestrichen wird.

136. Im bereits in Rz 132 diskutierten Beispiel hätten die KTB-Werke dem BVRB einen Betonbatzen von Fr. 0.5 pro Kubikmeter überwiesen, falls auch der Beton der Baustelle am Rand des Liefergebiets von den KTB-Werken bezogen wird. Wenn hingegen ein auswärtiger Anbieter den Zuschlag erhält, fällt diese Zahlung von insgesamt 6500 Franken vollständig weg. Gerade bei kleineren Baustellen wird sich deshalb die Bauunternehmung gut überlegen, auswärtige Anbieter zu berücksichtigen. Im Gegensatz zum KTB-Mengenrabatt wird der Kies- und Betonbatzen allerdings nicht direkt an die Bauunternehmungen ausbezahlt.

137. Auch im Bereich Transportbeton ist also ein Neueintritt schwierig, so dass der Druck durch potenzielle Markteintritte in allen untersuchten Märkten gering ausfällt. Tatsächlich traten im Untersuchungszeitraum 2004–2013 keine neuen Wettbewerber in den Markt für Kies oder Beton im gemeinsamen Liefergebiet der Parteien ein.

138. Trotzdem sind Neueintritte nicht unmöglich. Eine Tochtergesellschaft der Marti-Gruppe hat nach dem Untersuchungszeitraum im November 2016 ein neues Betonwerk in Lätti im Norden von Bern in Betrieb genommen.[180] Als eine der grössten Bauunternehmungen der Region Bern[181] mit eigenen Kiesgruben und Kieswerken ist die Marti-Gruppe einer der wenigen Akteure, der erfolgreich eintreten konnte. Am gleichen Standort betreibt die Marti-Gruppe eine Anlage zur Aufbereitung von Sekundär-Material. Zusätzlich können Primär-Körnungen von den gruppeneigenen Kieswerken beigeführt werden. Da der hergestellte Beton für den Eigenbedarf eingesetzt wird,[182] spielt die Preispolitik der etablierten Anbieter keine Rolle.

139. Auch andere Grosskunden könnten sich grundsätzlich zu ähnlichen Schritten entscheiden. Diese haben aber nicht alle Zugang zu eigenen Kiesvorkommen. Ausserdem sind die meisten grösseren Bauunternehmungen der Region an der Frischbeton AG Rubigen beteiligt.[183] Dadurch können sie Beton zu tieferen Preisen beziehen: Der entsprechende Aktionärsbonus schwankt von 2007 bis 2013 je nach Geschäftsgang und anstehenden Neubauprojekten zwischen Fr. [5–1].– und Fr. [<15].– pro Kubikmeter.[184] Dadurch wird der Anreiz für Neueintritte zusätzlich reduziert.

140. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Zeitraum 2004–2013 in den Märkten für Kies und Beton der Stadt Bern und Umgebung nur ein geringer Wettbewerbsdruck durch potenzielle Neueintritte bestand. Lediglich Grosskunden mit eigenem Zugang zu Kies wie zum Beispiel die Marti AG hätten möglicherweise erfolgreich in das Kies- und Betongeschäft eintreten können. Bereits etablierte andere Anbieter konnten zwar die Region Bern ebenfalls mit Kies und Beton beliefern, aber nur zu höheren Transportkosten. Nur bei Grossbaustellen hätten die Nachfrager allenfalls auf Baustellenanlagen ausweichen können.

B.4.4.6 Preisbildung

(i) Definitionen

141. In diesem Abschnitt wird dargelegt, wie die Preise für Kies- und Betonprodukte einschliesslich Transport von den Parteien festgelegt werden. Dabei muss zwischen verschiedenen Preisen unterschieden werden: Offerten werden in der Regel für Kies und Beton einschliesslich des Transports vom Werk zur Baustelle erstellt. Wenn der Preis den Transport einschliesst, ist

[178] Der durchschnittliche Werkpreis für Beton und Mörtel der KTB-Werke beträgt 2007–2013 Fr. […]. Diese Zahl wurde aufgrund der von den Parteien eingereichten Lieferscheindaten berechnet (vgl. Rz 35 ff.). Da für die meisten grösseren Baustellen Offerten bei allen in der Nähe der Baustelle gelegenen Hersteller eingeholt werden, können die der KTB AG angeschlossenen Werke überprüfen, ob die Bauunternehmungen sämtlichen Kies und Beton in ihrem Liefergebiet bei ihnen bezogen haben.

[179] Act. II.A.12.

[180] <https://www.marti-bern.ch/de/Pages/News/Betonanlage-Lätti.aspx> (10.01.2019).

[181] [redacted]

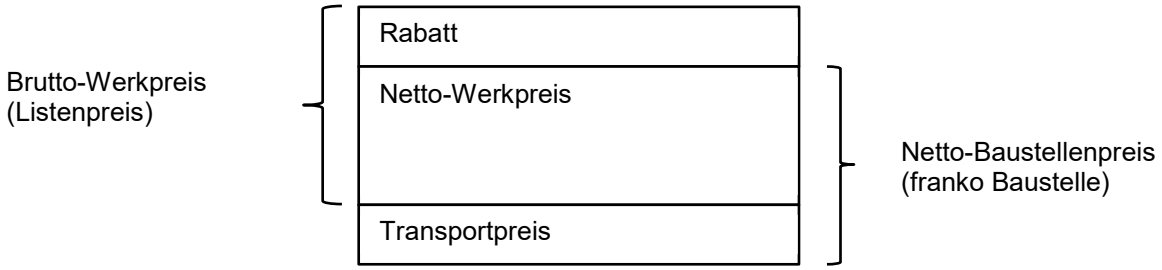
[182] <https://www.marti-bern.ch/de/Pages/News/Betonanlage-Lätti.aspx> (10.01.2019).

[183] Act. VIII.B.49, Anhang.

[184] Act. VIII.B.40.a, Antwort auf Frage 1.

vom «Baustellenpreis» oder dem Preis «franko Baustelle» die Rede. Wenn hingegen der Transport nicht eingeschlossen ist, spricht man vom «Werkpreis». Ausserdem muss zwischen den in den Preislisten der Anbieter aufgeführten Preisen («Listenpreise») und den tatsächlich bezahlten Preisen («Nettopreise») unterschieden werden. In Abbildung 14 sind diese verschiedenen Preise grafisch dargestellt.[185]

Abbildung 14: Definitionen Preise



Quelle: Eigene Darstellung

(ii) Umsatzanteil der zum Listenpreis verkauften Produkte

142. Für den überwiegenden Teil des von den Parteien verkauften Kies und Betons werden Offerten erstellt.[186] Ein kleiner Teil der Kunden fordert hingegen keine Offerten an und bezahlt in der Regel den Listenpreis (vgl. Tabelle 7). Dabei handelt es sich vor allem um Kunden, die den Kies oder Beton selber beim Werk abholen. Tabelle 8 enthält Angaben darüber, welcher Anteil des Umsatzes bzw. der abgesetzten Menge 2007–2013 mit Produkten erzielt wurde, die zum Listenpreis verkauft wurden.[187] Für einen Teil der zum Listenpreis verkauften Produkte wurden möglicherweise ebenfalls Offerten erstellt.

Tabelle 8: Umsatzanteil der zum Listenpreis verkauften Produkte

Partei	Produkt	Menge (m^3)	Menge (%)	Umsatz (Mio. Fr.)	Umsatz (%)
Alluvia	Beton	[…]	[10-20] %	[…]	[10-20] %
Alluvia	Kies	[…]	[50-75] %	[…]	[50-75] %
Alluvia	Total	[…]	[15-25] %	[…]	[15-25] %
Kästli	Beton	[…]	[2-10] %	[…]	[2-10] %
Kästli	Kies	[…]	[20-30] %	[…]	[20-30] %
Kästli	Total	[…]	[5-20] %	[…]	[5-20] %

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

(iii) Offertstellung

143. Wenn eine Bauunternehmung eine Offerte für ein Bauprojekt einreichen möchte, holt die Bauunternehmung vorher ihrerseits Offerten von möglichen Lieferanten der verschiedenen Baumaterialien ein. Damit kann sie den angebotenen Preis für das Bauprojekt kalkulieren. Wenn die Bauunternehmung den Zuschlag erhält, werden die Preise der Lieferanten oft nochmal nachverhandelt.[188]

[185] Auch in Bezug auf den Transport geben die Anbieter Listenpreise an. Diese werden oft pro Postleitzahl festgelegt. Manchmal enthalten die Preislisten Karten mit eingezeichneten Transportzonen, für welche jeweils der gleiche Listenpreis in Bezug auf den Transport gilt. Bei grösseren Baustellen werden die Transportpreise in der Regel individuell pro Baustelle berechnet. Die entsprechenden Berechnungen fliessen in den angebotenen Preis «franko Baustelle» ein.

[186] Die Alluvia-Gruppe hat Listen der laufenden Offerten eingereicht (Act. VIII.A.5.b). Darin ist jeweils die Anzahl Kubikmeter Beton/Mörtel angegeben, die Gegenstand der aufgelisteten Offerten sind. Die kleinste Menge, für welche eine Offerte erstellt wurde, sind [5–10] m^3. Gemäss Auskunft der Parteien werden praktisch für alle Baustellen Offerten erstellt (Act. VIII.B.46, Rz 79–82 sowie Act. VIII.A.49, Rz 162–166).

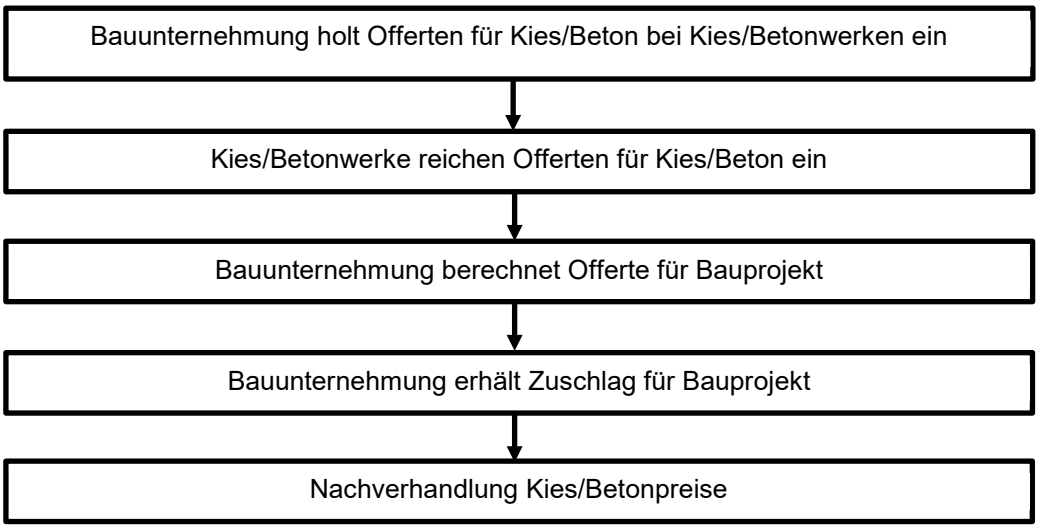
[187] Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Listenpreise der Werke der Kästli-Gruppe nur für die Jahre 2010–2013 elektronisch verfügbar sind und deshalb nur diese 4 Jahre ausgewertet wurden. Ausserdem sind nur die wichtigsten Sorten in den Preislisten der Kästli-Gruppe aufgeführt. Lieferungen, für welche Listenpreise vorliegen machen bei der Kästli-Gruppe 2007–2013 [>50] % der Summe der Werkpreise aller Lieferungen sowie [>50] % der insgesamt verkauften Anzahl Kubikmeter Kies und Beton aus. In den Daten der Alluvia-Gruppe sind hingegen für sämtliche der Jahre 2007–2013 und sämtliche Produkte Listenpreise enthalten.

[188] Der Verhandlungsprozess wird übereinstimmend von [E._____] (Act. VIII.B.46, Rz 99–106) und den Vertretern der Marktgegenseite beschrieben (Act. III.3, Rz 108–114, Act. III.2, Rz 113–137).

144. Die Bauunternehmungen laden in der Regel alle Kies- und Betonwerke zur Offertstellung ein, die sich in der Nähe der geplanten Baustelle befinden. Bedingung ist lediglich, dass die Werke die benötigten Produkte tatsächlich anbieten. Qualitätsunterschiede spielen hingegen bei den normierten Kies- und Betonsorten kaum eine Rolle. Offeriert wird in der Regel ein Preis «franko Baustelle», im Angebot ist also der Transport miteingeschlossen. Ausgewählt wird der Anbieter, der den niedrigsten Preis offeriert. In der Regel handelt es sich dabei um den Anbieter, dessen Werk sich am nächsten bei der geplanten Baustelle befindet.[189]

145. Der soeben beschriebene Preisbildungsprozess für Kies- und Betonbestellungen von Bauunternehmungen ist in Abbildung 15 dargestellt.

Abbildung 15: Preisbildungsprozess Kies/Beton



Quelle: Eigene Darstellung

(iv) Preiskalkulation

146. Als nächstes wird dargelegt, wie die Kies- und Betonwerke die ihrerseits den Bauunternehmungen offerierten Preise berechnen. Obwohl in den allermeisten Fällen Angebote inklusive Transport unterbreitet werden, werden die Transportpreise hier nicht weiter diskutiert. Gemäss Aussagen von Vertretern der Nachfrageseite hätten die Bauunternehmungen die Möglichkeit, den Transport von Kies und Beton selber zu organisieren. Trotzdem überlassen sie diese Aufgabe den Kies- und Betonwerken, da es sich nicht lohnen würde, selber zu transportieren.[190] Die Kies- und Betonhersteller scheinen also mit dem Transport keine grösseren Gewinne zu erwirtschaften.[191]

147. Es bleibt deshalb darzulegen, wie die Kies- und Betonwerke ihre Netto-Werkpreise, d.h. die tatsächlich bezahlten Preise ohne Transport, festlegen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass folgende Faktoren einen Einfluss auf den Netto-Werkpreis von Kies und Transportbeton haben:

- Produktionskosten
- Erwartete Auslastung des Lieferwerks
- Grösse der Baustelle
- Erwartungen in Bezug auf die von anderen Werken eingereichten Offerten

148. Je nach Abbaustelle können die Kosten des Kiesabbaus unterschiedlich hoch ausfallen. Ausserdem gibt es Kieswerke ohne direkt angegliederte eigene Abbaustelle. Wenn der Kies von anderen Abbaustellen herbeigeführt werden muss, entstehen dadurch zusätzliche Kosten. Die Kosten der Kiesaufbereitung sind hingegen überall vergleichbar.[192]

149. Wie oben ausgeführt, haben die der KTB AG angeschlossenen Werke im Untersuchungszeitraum 2004–2013 Wandkies von der KAGA bezogen. Dafür haben alle KTB-Werke den gleichen Preis ab Kiesgrube bezahlt. Ausserdem waren durch den von der KAGA erstatteten so genannten «Transportkostenausgleich»[193] nicht nur die Preise ab Kiesgrube, sondern trotz unterschiedlicher Fahrzeit auch die Kosten für den Transport zwischen Abbaustelle und den verschiedenen KTB-

[189] Act. II.2, Rz 139–152, Act. III.3, Rz 115–155.
[190] Act. III.2, Rz 258–267, Act. III.3, Rz 320–331.
[191] Ausserdem liegen Angaben zu den Transportkosten nur für die von den Werken selber organisierten Lieferungen vor. Zusätzlich ist es nicht immer möglich, die Transportkosten dem transportierten Material zuzuordnen. Deshalb ist eine umfassende Auswertung der Transportpreise im Gegensatz zu den Preisen ab Werk (exkl. Transport, «Werkpreise») nicht möglich.
[192] Act. VIII.A.49, Rz 303–310, Act.VIII.B.45, 159–168.
[193] Dieser ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, sondern wird in einem anderen Verfahren (22-440) untersucht.

Kieswerken vergleichbar.[194] Deshalb sind die Produktionskosten der KTB-Werke für Kies im Untersuchungszeitraum vergleichbar, obwohl nicht alle Kieswerke über eine eigene Abbaustelle verfügen.

150. Vergleichbar sind auch die Einkaufspreise der für die Betonproduktion benötigten Ausgangsstoffe sowie die Produktionskosten der verschiedenen Betonwerke. Unterschiede gibt es nur in Bezug auf die Transportkosten für Kies: Die meisten Betonwerke sind direkt neben einem Kieswerk angesiedelt. Wenn der Kies von einem anderen Werk herbeigeführt werden muss, entstehen dadurch zusätzliche Kosten.[195]

151. Mit Ausnahme des Werks Worblaufen verfügen alle der KTB-Betonwerke über ein Kieswerk vor Ort. Deshalb kann man davon ausgehen, dass mit Ausnahme des Werks Worblaufen alle KTB-Betonwerke während des Untersuchungszeitraums über vergleichbare Produktionskosten verfügten. Auch die allermeisten nicht der KTB angeschlossenen Betonwerke der Region befinden sich in direkter Nachbarschaft zu einem Kieswerk.[196]

152. Neben den Produktionskosten kann auch die Auslastung der Werke den Betonpreis beeinflussen. Da die Offerten in der Regel längere Zeit vor der Lieferung erstellt werden, ist es allerdings oft schwierig, zum Zeitpunkt der Preisverhandlung die genaue Auslastung zum Zeitpunkt der Lieferung vorauszusagen.[197] Zudem ist nicht nur die Auslastung der Werke, sondern auch diejenige der für den Transport eingesetzten Fahrzeuge entscheidend. Dazu sind keine Daten vorhanden.

153. Die erwartete Auslastung der Kieswerke hat kaum einen Einfluss auf den Preis, da Kies im Gegensatz zu Transportbeton problemlos gelagert werden kann.

154. Ein weiterer Faktor, der einen Einfluss auf den Betonpreis haben kann, ist die Grösse der belieferten Baustelle (gemessen in Kubikmetern gelieferten Betons): Je grösser die Baustelle, desto tiefer der Preis pro Kubikmeter.[198] Diese Baustellenrabatte lassen sich teilweise dadurch erklären, dass bei Grossaufträgen die Werke besser ausgelastet werden können. Da Beton nicht haltbar ist, ist die Koordination bei einer Vielzahl von Kleinaufträgen schwieriger als bei wenigen Grossaufträgen. Da Kies im Gegensatz zu Beton problemlos gelagert werden kann, dürfte der Baustellenrabatt beim Kies im Vergleich zum Beton eine weniger wichtige Rolle spielen. Wie aus Tabelle 8 hervorgeht, wird beim Kies ein deutlich grösserer Anteil der abgesetzten Menge zum Listenpreis verkauft.

155. Schliesslich beeinflusst die Wettbewerbssituation den Kies- und Betonpreis. Wenn der Anbieter davon ausgehen muss, dass andere Werke zu einem tiefen Preis anbieten, wird er nach Möglichkeit selber ebenfalls einen günstigeren Preis offerieren.[199] Da sich die Kosten der verschiedenen Werke im Wesentlichen in Bezug auf die Transportkosten zwischen Werk und Baustelle unterscheiden, muss ein Anbieter umso günstiger offerieren, je näher sich die Werke seiner Konkurrenten bei der Baustelle befinden.[200]

156. Im Gegensatz zur Distanz zwischen Werk und Baustelle kann die Auslastung der verschiedenen Werke von Aussenstehenden nicht ohne Weiteres beobachtet werden und dürfte deshalb kaum einen Einfluss auf die Erwartung anderer Anbieter in Bezug auf die von den Konkurrenten eingereichten Offerten haben.

157. In Tabelle 9 sind die 2007–2013 von den KTB-Werken durchschnittlich gewährten Rabatte auf den Listenpreis für Kies und Beton angegeben.[201] Lieferungen, die zum Listenpreis verkauft werden, werden in diesen Berechnungen nicht berücksichtigt. Zusätzlich zu den hier aufgeführten Rabatten wird den Kunden der KTB-Werke jeweils im Folgejahr der gemeinsame Mengenrabatt gewährt. Die Aktionäre der Frischbeton AG Rubigen erhalten darüber hinaus einen Aktionärsrabatt. Diese beiden Rabatte sind nicht in den in Tabelle 9 dargestellten Zahlen enthalten. Die Höhe dieser Rabatte ist nicht von den soeben diskutierten Faktoren abhängig: Der gemeinsame KTB-Mengenrabatt bemisst sich nach der insgesamt während eines Jahres bezogenen Menge, der Aktionärsrabatt der Frischbeton AG Rubigen ist einzig davon abhängig, ob eine Bauunternehmung Aktionärin ist. Eine genauere Untersuchung des Einflusses der verschiedenen Faktoren auf den Betonpreis wird in Abschnitt B.5.4.3.4 vorgenommen.

[194] Act. II.D.X.11 und II.D.X.14 (für 2002), II.C.X.81 und II.C.X.82 und II.D.X.16 (für 2003), II.D.X.17 (für 2004), II.D.X.18 (für 2005), II.D.X.19 (für 2006), II.C.X.106 und II.D.X.20 (für 2007), II.C.X.116 (für 2008), II.C.X.124 und II.D.X.30 (für 2009), II.C.X.134 und II.D.X.37 (für 2010), II.D.X.50 (für 2011), II.D.X.58 und II.E.X.110 (für 2012), II.D.X.90 und II.E.X.155 (für 2013). Alle Akten stammen aus dem Verfahren 22-0440.

[195] Aussage von [E._____], [Funktionsbezeichnung] der Kästli Bau AG, Act. VIII.B.46, Rz 197–210. Übereinstimmend [F._____], [Funktionsbezeichnung] der Alluvia-Gruppe, Act. VIII.A.49, Rz 293–301.

[196] [E._____] kennt ausser einem Werk in Basel und Werken in Brienz und Adelboden keine weiteren Betonwerke, die über kein Kieswerk vor Ort verfügen (Act. VIII.B,46, Rz 300–304).

[197] Aussage [E._____], Act. VIII.B.46, Rz 117–127. Auch [F._____] gibt an, dass die Auslastung bei der Preissetzung eine Rolle spielen kann (Act. VIII.A.49, Rz 181–183).

[198] [F._____] gibt zu Protokoll, dass die Grösse der Baustelle den Preis beeinflusst (Act. VIII.A.49, Rz 174–177).

[199] [E._____] führt aus, dass der offerierte Preis davon abhängig ist, was andere Wettbewerber einreichen könnten (Act. VIII.B.46, Rz 95-96). Die Alluvia-Gruppe schreibt: «[redacted]» (Act. VIII.A.5.b, S. 4).

[200] Die Vertreter der Marktgegenseite geben beide zu Protokoll, dass die Distanz zwischen Werk und Baustelle in der Regel einen starken Einfluss auf den angebotenen Preis hat (Act. III.2, Rz 179–182, Act. III.3, Rz 236–237).

[201] Zur Berechnung des durchschnittlichen Rabatts werden die Listenpreise sowie die tatsächlichen Werkpreise aller Lieferungen 2007–2013 aufsummiert, für welche Listenpreise vorliegen. Der durchschnittliche Rabatt entspricht dem prozentualen Anteil der Summe der Werkpreise an der Summe der Listenpreise. Wie bereits in Fussnote 187 ausgeführt wurde, liegen für die Kästli-Gruppe nur Listenpreise der Jahre 2010–2013 vor.

Tabelle 9: Durchschnittliche Rabatte (ohne KTB-Mengenrabatt und Aktionärsrabatt)

Hersteller	Produkt	Rabatt (% des Listenpreises)	Rabatt (Fr. pro m³)
Alluvia	Beton	[10-20] %	[20-30]
Alluvia	Kies	[5-15] %	[3-10]
Kästli	Beton	[10-20] %	[15-30]
Kästli	Kies	[10-20] %	[5-10]

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

(v) Verhandlungsmacht grosser Bauunternehmungen

158. Kleinkundinnen und Kleinkunden haben kaum Verhandlungsmacht und beziehen Kies- und Beton in der Regel zum Listenpreis. Nichtbaumeister bezahlen sogar einen Zuschlag von 15 % auf den Listenpreis. Im Gegensatz dazu erhalten Kundinnen und Kunden, insbesondere die Betreiberinnen und Betreiber von Grossbaustellen, substantielle Rabatte auf ihre Betonbezüge.

159. Die Grosskundinnen und Grosskunden erhalten einerseits deshalb Rabatte, weil die Belieferung einer Grossbaustelle eine höhere Werkauslastung erlaubt (vgl. Rz 154). Ausserdem könnten sie möglicherweise bei manchen Grossbaustellen auf Baustellenanlagen ausweichen (vgl. Rz 95f) und hätten auf lange Frist teilweise vielleicht sogar die Möglichkeit, selber Beton zu produzieren (vgl. Abschnitt B.4.4.5). Da Baustellenanlagen aber nur selten wirtschaftlich eingesetzt werden können und ein Neueintritt teuer und nur langfristig realisierbar wäre, ist das Drohpotenzial der grossen Bauunternehmungen beschränkt. Wie die kleineren Unternehmen versuchen auch sie in erster Linie, den Wettbewerb unter den bestehenden Anbietern zu ihren Gunsten auszunützen, indem sie von allen relevanten Anbietern Offerten einholen. Wenn dieser Wettbewerb nur unvollständig spielt, sind auch sie von den entsprechenden Auswirkungen betroffen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass diese Anbieter wiederholt von Jahr zu Jahr mit den Betonherstellern verhandeln.

160. Zahlreiche Bauunternehmungen sind Aktionäre der Frischbeton AG Rubigen. Die Aktienmehrheit sowie die Geschäftsführung liegen aber bei der Kästli-Gruppe. Deshalb hält sich der Einfluss der anderen Bauunternehmungen auf den von der Frischbeton AG Rubigen gesetzten Betonpreis in engen Grenzen.

(vi) Ausmass des preislichen Spielraumraums der Parteien

161. Die oben beschriebenen Marktverhältnisse erlauben eine Beurteilung des Spielraums der Parteien bezüglich Festlegung der Kies- und Betonpreise im Verhältnis zu anderen Marktteilnehmern. Der Preissetzungsspielraum der Parteien wird vor allem durch Konkurrenten eingeschränkt, deren Werke sich in der Nähe der gemeinsamen Liefergebiete der Parteien befinden. Je näher eine Baustelle bei einem dieser Konkurrenzwerke liegt, desto geringer fällt der Spielraum der Parteien in Bezug auf den Werkpreis aus, den sie gegenüber ihren Kunden durchsetzen können. Im Kerngebiet des gemeinsamen Liefergebiets der Parteien (Stadt Bern) müssen die Konkurrenten deutlich höhere Transportkosten in Kauf nehmen. Dementsprechend ist dort der Spielraum der Parteien am grössten. Am Rand des gemeinsamen Liefergebiets haben die Parteien hingegen kaum noch Spielraum, da sie dort im Vergleich zur Konkurrenz keine Transportkostenvorteile geniessen.[202]

B.4.5 Zusammenfassung der Beweisergebnisse

162. Von der untersuchten wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltensweise waren drei verschiedene Produktgruppen betroffen: Kies, Transportbeton sowie Transporte von Kies- und Beton. Diese Produkte wurden zum grössten Teil von Bauunternehmungen nachgefragt. Aus deren Sicht gab es dafür kaum Substitute.

[202] Anlässlich einer Zeugeneinvernahme fragte der Rechtsvertreter der Kästli-Gruppe den einvernommenen [Funktionsbezeichnung] einer Bauunternehmung [I._____]: «Wenn Alluvia und Kästli 10 % höhere Preise als andere Anbieter verlangen würden, müssten Sie in der Stadt und Agglomeration Bern auf Alluvia und Kästli zurückgreifen oder haben Sie Alternativen?» [I._____] antwortete: «FBB und Daepp sind in der Nähe. Wenn die Preise von Alluvia und Kästli 10 % höher wären, dann würden FBB und Daepp in Frage kommen. Alluvia und Kästli würden höchstwahrscheinlich ihre Preise anpassen» (Act. III.3, Zeilen 405–410).
In der Fragestellung wurde nicht klargestellt, ob von Werkpreisen oder von Baustellenpreisen die Rede ist. Normalerweise verhandeln die Bauunternehmungen Betonpreise einschliesslich Transport (also Baustellenpreise). In diesem Fall ist klar, dass die Bauunternehmung den günstigsten Anbieter auswählt und nicht bereit ist, 10 % höhere Preise zu akzeptieren, da Qualitätsunterschiede eine untergeordnete Rolle spielen. Da die Transportkosten der Parteien zur Belieferung von Baustellen in der Stadt Bern tiefer sind als diejenigen ihrer Konkurrenten, können diese in der Stadt Bern auch bei identischen Baustellenpreisen im Vergleich zur Konkurrenz höhere Werkpreise durchsetzen.
Des Weiteren ist anzumerken, dass die entsprechende Frage nicht dem SSNIP-Test entspricht, wie das von der Kästli-Gruppe geltend gemacht wird (Act. IV.29, Rz 15). Mit dem SSNIP-Test wird untersucht, ob eine Preiserhöhung seitens eines hypothetischen Monopolisten relativ zum Wettbewerbspreis profitabel wäre. Im vorliegenden Fall entsprach der während des Untersuchungszeitraums herrschende Preis aufgrund der in dieser Verfügung nachgewiesenen kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen nicht dem Wettbewerbspreis. Deshalb kann der SSNIP-Test im vorliegenden Fall nicht ohne weiteres angewendet werden. Ausserdem fragte der Rechtsvertreter der Kästli-Gruppe nicht nach den Auswirkungen einer Preiserhöhung, sondern nach den Auswirkungen eines Preisunterschieds relativ zu anderen Anbietern. Das entspricht nicht dem SSNIP-Test. Zudem lässt sich dieser nicht anhand der Befragung eines einzigen Zeugen zuverlässig durchführen.

163. Aufgrund der hohen Transportkosten von Kies und Beton konnten 2004–2013 nur diejenigen Hersteller Kies und Beton zu konkurrenzfähigen Preisen im Raum Bern anbieten, die in der gleichen Region über eine eigene Abbaustelle für Kies verfügten. Da Unternehmen, die mit der Alluvia- oder der Kästli-Gruppe verbunden waren, den Grossteil des in der Region Bern-Mittelland abgebauten Kies kontrollierten, nahmen die Parteien dieses Verfahrens sowohl im Kiesmarkt als auch im nachgelagerten Betonmarkt eine starke Stellung ein. Neueintritte waren unter anderem aufgrund des gesetzlich vorgesehenen Bewilligungsverfahrens für neue Kiesabbaustellen kaum möglich. Aus diesen Gründen hatten die Parteien gemeinsam einen erheblichen Spielraum, die Preise für Kies und Beton 2004–2013 bis zu einem gewissen Grad unabhängig von anderen Marktteilnehmern festzulegen.

164. Die der KTB angeschlossenen Kies- und Betonwerke lieferten den Grossteil ihrer Produkte an Ortschaften, die innerhalb von weniger als 20 Minuten Fahrzeit ab Werk erreicht werden konnten. Ein Teil des Kieses sowie ein (unbedeutender) Anteil des Betons wurden zum Listenpreis an die Endkunden verkauft. Der weitaus grösste Teil des Umsatzes wurde durch Aufträge zur Belieferung von Baustellen erzielt, für welche die Kies- und Betonwerke Offerten einreichten. Dabei wurde in der Regel bei grösseren Baustellen ein tieferer Preis offeriert als bei kleineren Baustellen. Auch die Lage anderer Werke sowie die erwartete Auslastung der Kies- und Betonwerke beeinflussten den offerierten Preis wahrscheinlich zu einem gewissen Grad.

B.5 Wettbewerbsrechtlich relevante Verhaltensweisen

B.5.1 Vorbemerkung zur Beweisführung

165. Nachfolgend werden die verschiedenen rechtserheblichen Verhaltensweisen der Verfahrensparteien dargelegt, die Gegenstand dieses Verfahrens sind. Rechtserheblich sind typischerweise Tatsachen, welche das Tatbestandsmerkmal eines Rechtssatzes erfüllen oder auf ein solches schliessen lassen.[203] Rechtserheblich sind vorliegend folglich diejenigen Tatsachen, welche auf die Erfüllung der Tatbestände der Artikel 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 KG und Art. 4 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 7 KG schliessen lassen. Im Einzelnen werden die Sachverhaltsabschnitte folgendermassen aufgeteilt: Konsens und Inhalt, Beteiligte, verfolgter Zweck, Dauer sowie Umsetzung und Auswirkung der Verhaltensweisen. Die gemeinsame starke Marktstellung der Verfahrensparteien wurde bewiesen (vgl. dazu Rz 116–117, Rz 158–161). In der Folge wird daher noch über den Behinderungsmissbrauch dieser Marktstellung Beweis geführt. Über die Tatsachen, welche das Tatbestandselement des Missbrauchs erfüllen, wird mit Bezug auf den gemeinsamen Mengenrabatt unter B.5.3.2, Rz 321 ff. sowie B.5.3.4, Rz 359 ff. Beweis geführt und Bezug auf den Kies und Betonbatzen unter B.5.5.2, Rz 639 ff. und B.5.5.4, Rz 660 ff.

166. Das Vorliegen eines natürlichen ausdrücklichen oder stillschweigenden Konsenses ist eine Tatfrage.[204] Mit der Beweisführung über den Konsens geht notwendigerweise die Beweisführung über die Beteiligten am Konsens und dem Inhalt dieses Konsenses einher. Ferner ist herzuleiten, welchen Zweck der Konsens verfolgt. Zum Beweis des verfolgten Zweckes genügt es, wenn die Behörden darlegen, dass der Inhalt des Konsenses objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen.[205] Es steht den Behörden aber auch frei, anstelle dessen die subjektive Absicht zur Wettbewerbsbeschränkung zu beweisen.

167. Weiter ist darzulegen, ob die Beteiligten den erreichten Konsens auch in die Tat umgesetzt haben. Zwar reicht es für die Tatbestandsmässigkeit des Konsenses aus, wenn der Konsens zwischen den Beteiligten einen potenziell wettbewerbsschädigenden Inhalt hat, ohne dass das Verhalten umgesetzt zu werden braucht (vgl. dazu Rz 874). Mit Bezug auf die Rechtsfolge ist jedoch zu beachten, dass ein tatsächlich umgesetztes Verhalten bei der Sanktionierung anders zu gewichten ist als ein abgemachtes, aber nicht umgesetztes Verhalten. Aus diesem Grund ist auch über die Umsetzung Beweis zu führen.

168. Schliesslich ist die Auswirkung des Verhaltens zwischen den Parteien darzulegen. Bei der Prüfung der Auswirkung wird in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht die volkswirtschaftliche Wirkung der Verhaltensweisen untersucht. Darüber brauchen die Wettbewerbsbehörden keinen Beweis zu führen.[206] Vielmehr prüfen die Wettbewerbsbehörden, ob sich die Verfahrensparteien entsprechend ihrem Konsens verhalten und den Wettbewerb untereinander eingeschränkt haben. Der Grad der Einschränkung ist bei tatbestandsmässigen und sanktionierbaren Verhaltensweisen bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

169. Die Wettbewerbsbehörden nennen jeweils das Beweisthema und die relevanten Beweismittel, bevor sie diese einer Beweiswürdigung unterziehen und die Ergebnisse der Beweiswürdigung im Beweisergebnis zusammenfassen.

170. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass der Sachverhalt umfassend dargestellt und bewiesen ist und die Beweisergebnisse im Rahmen der Erwägungen einer rechtlichen Würdigung unterzogen werden können.

171. Die folgenden Sachverhaltsabschnitte werden der Reihe nach untersucht:

- Koordination der Listenpreise für Baustoffe (dazu hinten B.5.2, Rz 172 ff.),
- gemeinsamer Mengenrabatt (dazu hinten B.5.3, Rz 299 ff.),
- Koordination der Liefergebiete (dazu hinten B.5.4, Rz 388 ff.),

[203] PETER GUYAN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), 2010, Art. 150 N 3.
[204] BGE 133 III 406, 409 E. 2.2.; Urteil des BVGer B-5685/2012 vom 17.12.2015, E. 4.1, *Altimum*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet et al.(Hrsg.), 2018, Art. 4 N 22.
[205] Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*; RPW 2011/4, 584, Rz 389, *ASCOPA*.
[206] BGE 143 II 297, 314 f. E. 5.1.4.

- Entrichtung eines Kies- und Betonbatzens (dazu hinten B.5.5, Rz 628 ff.),
- gemeinsames Inkasso (dazu hinten B.5.6, Rz 688 ff.),
- gemeinsamer sämtliche Verhaltensweisen umspannender Konsens zur Zusammenarbeit («Gesamtabrede», dazu hinten B.5.7, Rz B.5.7.1 ff.).

B.5.2 Koordination der Listenpreise

B.5.2.1 Konsens, Inhalt und Beteiligte

(i) Beweisthema

172. Vorliegend ist zu prüfen, ob zwischen den Verfahrensparteien übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, sich über die künftigen Preisänderungen in ihren Listenpreisen für Kies, Beton, Transporte und Nebenleistungen zu informieren und die Listenpreise in Bandbreiten festzulegen (natürlicher Konsens).

(ii) Beweismittel

173. Das Sekretariat verfügt über die nachfolgenden Beweismittel:

a. Urkunden

174. Die Behörden verfügen über eine Vertragsurkunde vom 13. Juni 2001. Darin sind Abmachungen zwischen dem ehemaligen Baumeisterverband der Region Bern (BVRB) und den KTB-Werken in «*Artikeln*» festgehalten. Im vorliegenden Zusammenhang sind folgende Regelungen relevant:

- «*Die Werke der KTB AG […] und die Mitglieder des BVRB*» strebten «*eine konstruktive Zusammenarbeit an*» (Art. 1).
- Die «*Tarifpreise für Sand, Kies, Beton und Transport*» sollten «*in der Regel jährlich den jeweiligen Gestehungskosten angepasst*» werden. Die KTB-Werke verpflichteten sich, «*Preisänderungen*» dem BVRB zu kommunizieren und so frühzeitig wie möglich bekannt zu geben (Art. 5).[207]

175. Am 9. Oktober 2013 sandte [der] Alluvia-[Mitarbeiter] [K._____] an seine [Kollegen] und an die [Mitarbeiter] der Kästli-Gruppe [E._____ und B._____] eine E-Mail zum Thema Strukturveränderung KTB. Der E-Mail ist ein Entwurf eines Schreibens angehängt, welches über die Neuorganisation der KTB und neue Rabattregeln informiert. Bezüglich Preislistenpreis steht in diesem Schreiben, dass die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe ihre «*verschiedenen Preislistenpreise 2014 für Beton*» «*gegenüber 2013 – trotz moderater Teuerung und noch pendenten Zementverhandlungen – unverändert belassen und die bisher gutgeschriebenen Mengenrabatte*» «*durch direkte Kunden- und Baustellenrabatte» an ihre Kunden «weitergeben*» würden. «*Das Preisniveau*» der Alluvia- und Kästli-Werke werde «*also gegenüber dem Jahr 2013 netto keine Änderung erfahren*!»[208] Der Entwurf enthält in der Unterschriftszeile die Namen des jeweiligen [Funktionsbezeichnung] der Alluvia AG, der Kästli-Gruppe und der KTB AG.

176. Mit E-Mail vom 14. November 2013 sandte der [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe [C._____] dem [Organ] der Kästli Beteiligungen AG [B._____] ein Schreiben der Alluvia-Gruppe an ihre Kunden, welches sie am Folgetag versenden würde «*zur Kenntnisnahme*». Zudem fügte er an: «*Gerne erwarte ich im Gegenzug eine Kopie Deines Schreibens.*»[209] Bezüglich der Preislisten war dem Anhang der E-Mail zu entnehmen, dass die Alluvia-Gruppe die Preise in den Preislisten 2014 nicht erhöhen werde. Ferner informierte die Alluvia-Gruppe ihre Kunden, dass die Lieferungen und Leistungen ab 1. Januar 2014 netto in Rechnung gestellt würden.[210]

177. Ein Schreiben der Kästli Bau AG und der Frischbeton AG Rubigen vom November 2013 an ihre Kundschaft besagt, dass die Unternehmen die Preise in der Preisliste 2014, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht erhöhen würden. Die Betonaufträge würden zudem per 1. Januar 2014 netto offeriert.[211]

b. Zeugenaussagen

178. [Der] ehemalige [Mitarbeiter] der Kästli Bau AG [L._____] sagte als Zeuge am 5. Februar 2015 zur gemeinsamen Koordination der Preislisten aus, er sei sich sicher, dass «*man sicher einen Rahmen vorgegeben*» hatte, «*in dem man sich bewegt*» habe. Er ging davon aus, dass «*eine gewisse Bandbreite […] sehr wahrscheinlich abgemacht*» war. Auf die Frage hin, welche Unternehmen sich diesen Rahmen für die Preislisten vorgegeben hätten, nannte er «*Hofstetter, Messerli, Rubigen, Kästli und eventuell Heimberg*.» Er gab ferner zu Protokoll, dass diese Betonwerke nicht direkt eine Preisabsprache gemacht hätten, sondern einen Rahmen für den Einstandspreis ab Werk.[212]

179. Anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 8. April 2016 gab [A._____] zu Protokoll, dass die Preise für Kies, Beton, Transporte und Nebenleistungen festgelegt worden seien.[213]

180. Der frühere [Mitarbeiter] der KTB AG [D._____] sagte anlässlich seiner Zeugen-einvernahme vom 6. Oktober 2016 aus, an den Sitzungen mit dem BVRB sei jeweils ausgesagt worden, in welchen Bandbreiten die Preise erhöht werden würden, zum Beispiel 3–8 %. Es seien aber nicht die definitiven Preisanpassungen kommuniziert worden.[214] Er gab zu Protokoll, dass jeweils Vorbereitungshandlungen stattgefunden hätten für die Treffen mit dem BVRB. Im Rahmen dieser Vorbereitungshandlungen hätten die der KTB angeschlossenen Unternehmen die Bandbreite der Preisanpassung besprochen, zum Beispiel 5–8 %. Dies sei jeweils an einer Sitzung der KTB AG gewesen.[215] Nebst den Bandbreiten der Preiserhöhungen sei auch der Termin der Preisanpassungen für das darauffolgende Jahr besprochen worden.[216]

[207] Act. II.A.3.
[208] Act. II.A.75.
[209] Act. II.A.80.
[210] Act. II.A.80.
[211] Act. II.A.84.
[212] Act. III.13, Zeilen 218-230 (22-0440).
[213] Act. III.24, Zeilen 143 f. (22-0440).
[214] Act. III.28, Zeilen 277 bis 282 (22-0440).
[215] Act. III. 28, Zeilen 326-330 (22-0440).
[216] Act. III. 28, Zeilen 302-305 (22-0440).

c. Schriftliche Erklärungen von Dritten

181. [A._____] beantwortete freiwillig schriftlich den Fragebogen des Sekretariats vom 11. November 2015. Auf die Frage, ob die ehemaligen Mitglieder des Verbandes Kies- und Betonwerke Bern und Umgebung (KTB) nach dessen Auflösung Abmachungen über Preise getroffen hätten, antwortete er Folgendes: «*Im Herbst wurde jeweils über die Preisliste des folgenden Jahres diskutiert und im Sinn einer Empfehlung Beschluss gefasst. Der Beschluss wurde nicht protokolliert, die Empfehlungen meistens umgesetzt.*». An diesen Abmachungen hätten sich die Messerli Kieswerk AG, die Keller AG, die K.+U. Hofstetter AG, die Kästli Bau AG und bis zur Geschäftsaufgabe die Künti AG beteiligt.[217]

d. Parteiaussagen

182. Gemäss den Aussagen des [Mitarbeiters] der Alluvia-Gruppe [C._____] vom 16. März 2015 hatten die Alluvia- und die Kästli-Gruppe im Rahmen des KTB-Verbandes eine gemeinsame Preisliste.[218] Im Rahmen des Verbands Kies- und Transportbetonwerke Bern und Umgebung (KTB) habe man die Preise abgesprochen.[219]

183. [Das Organ] der Kästli-Gruppe [B._____] sagte anlässlich seiner Parteieinvernahme vom 9. Februar 2015 aus, die Firma Kästli, die Messerli Kieswerk AG und die K.+U. Hofstetter hätten bis ca. 1996 eine gemeinsame Preisliste geführt.[220]

e. Schriftliche Parteiauskünfte

184. Dem Sekretariat liegt zudem die schriftliche Eingabe der Alluvia-Gruppe vom 4. Mai 2017 vor. Sie erklärte, die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe hätten auf Verlangen des BVRB jeweils am Ende des Jahres, letztmals 2010, ihre voraussichtlichen Preiserhöhungen für das folgende Jahr in Form von Prozentspannbreiten bekannt gegeben.[221]

185. Auch die Kästli-Gruppe gibt an, dass sie in gemeinsamer Sitzung mit der Alluvia-Gruppe dem BVRB auf dessen Ersuchen hin mitgeteilt habe, in welcher Bandbreite (Prozentsatz) sich die Kies- und Betonpreise der einzelnen Werke der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe für das folgende Jahr voraussichtlich verändern würden. Die Kästli-Gruppe bestätigt auch, dass sich die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe gegenseitig zur Vorbereitung der Sitzung mit dem BVRB die voraussichtlichen Preisänderungen bekannt gegeben haben. Die Kästli-Gruppe meint aber, die Preisänderungen seien nicht gemeinsam festgelegt oder koordiniert worden.[222]

(iii) Beweiswürdigung

186. Im Rahmen der Würdigung der oben genannten Beweise ist zu beurteilen, ob die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe den übereinstimmenden wirklichen Willen geäussert haben, sich gegenseitig über die künftigen Preisänderungen in ihren Listenpreisen zu informieren und darüber die Listenpreise in Bandbreiten festzulegen (natürlicher Konsens). Hierbei handelt es sich um eine Tatfrage.[223] Der wirkliche Wille der Parteien ist eine innere Tatsache, die dem direkten Beweis nicht zugänglich ist, sondern in der Regel lediglich anhand von indirekten Beweismitteln ermittelt werden kann (Indizienbeweis).[224]

Vertragsurkunde vom 13. Juni 2001

187. Aufgrund der Artikel 1 und 5 der Vertragsurkunde vom 13. Juni 2001 ist bewiesen, dass eine Vereinbarung zwischen den KTB-Werken und den Mitgliedern des BVRB bestand, die Mitglieder des BVRB über Preisänderungen «*so frühzeitig wie möglich*» zu informieren. Dabei traten die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe vereint als «KTB-Werke» auf. Zumal sich die KTB-Werke gemeinsam gegenüber dem BVRB zur Preismitteilung verpflichteten, steht auch der natürliche Konsens zwischen diesen Parteien fest, die Preisänderungen frühzeitig dem BVRB mitzuteilen.

Schreiben vom Oktober und November 2013

188. Aus dem Schreiben vom 9. Oktober 2013 von [K._____] an seine [Kollegen] und an die [Funktionsbezeichnung] der Kästli-Gruppe geht hervor, dass dieses Schreiben gemeinsam von den [Funktionsbezeichnung] der Alluvia-Gruppe, Kästli-Gruppe und KTB AG hätte unterschrieben werden sollen. Das Schreiben enthielt die Mitteilung, dass sie ihre Preislistenpreise für Beton gegenüber 2013 «*unverändert belassen und die bisher gutgeschriebenen Mengenrabatte*» «*durch direkte Kunden- und Baustellenrabatte*» an ihre Kunden «*weitergeben*» würden. Aus diesem Schreiben geht hervor, dass die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe beabsichtigten, gemeinsam zu kommunizieren, dass sich ihre Betonpreise nicht verändern würden.

189. Dieses Schreiben wurde anscheinend nicht gemeinsam unterschrieben und verschickt, hingegen sandte der [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe rund einen Monat später am 14. November 2013 dem [Organ] der Kästli-Gruppe das Schreiben an ihre Kunden, wonach sie ihre Preise nicht erhöhen würde. Mit der Bemerkung «*Gerne erwarte ich im Gegenzug eine Kopie Deines Schreibens*» stellte er klar, dass er eine Bestätigung seitens der Kästli-Gruppe suchte, dass sich diese entsprechend verhalten werde. Aus dem Schreiben der Kästli-Gruppe an ihre Kunden vom November 2013 geht hervor, dass die Kästli-Gruppe die Preise in der Preisliste 2014, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht erhöhen werde.

190. Aus dem Zusammenhang dieser Schreiben ist ersichtlich, dass die Vertreter der Alluvia-Gruppe ein gemeinsames Schreiben zur Preiserhöhung mit der Kästli-Gruppe verfassen wollten und die Kästli-Gruppe über die Preiserhöhung informierten. Die Alluvia- und die Kästli-Gruppe beliessen ihre Preise in der Folge übereinstimmend auf dem Vorjahresniveau. Aus diesem Verhalten folgt der (konkludente) Wille der Parteien, die Preiserhöhungen für das Jahr 2014 aneinander anzupassen.

[217] Act. VI.2, Antwort auf Frage 4 und 4.1 (22-0440).
[218] Act. III.17, Zeilen 101 ff. (22-0440).
[219] Act. III.17, Zeilen 317 (22-0440).
[220] Act. III.14, Zeilen 88 ff. (22-0440).
[221] Act. VIII.A.1.
[222] Act. VIII.B.1, S. 2.
[223] BGE 126 II 171, 182, E. 4c/bb.
[224] Urteil des BGer 4A_264/2014 vom 17.10.2014, E. 3.2. Der Indizienbeweis ist auch im Strafrecht zulässig und nicht einzig im Zivil- oder Verwaltungsrecht, vgl. Urteil des BGer 6B_297/2007 vom 4. September 2007, E. 3.3.

Zeugenaussagen und schriftliche Erklärung von Dritten

191. Die Aussage von [L._____] bezüglich der gemeinsamen Koordination der Preislisten ist klar. Er geht davon aus, dass «*man sicher einen Rahmen vorgegeben*» hatte, «*in dem man sich bewegt*» habe. Auch die Aussage «*eine gewisse Bandbreite [sei] sehr wahrscheinlich abgemacht*» gewesen, ist eindeutig. Den Rahmen für die Preislisten hätten sich die «*Hofstetter, Messerli, Rubigen, Kästli und eventuell Heimberg*» vorgegeben. Diese Aussagen stimmen mit denjenigen von [D._____] überein, wonach an den Sitzungen mit dem BVRB jeweils Bandbreiten zu den Preiserhöhungen von «zum Beispiel 3–8 %» besprochen worden seien und auch Vorbereitungshandlungen stattgefunden hätten an einer Sitzung der KTB AG, an welcher die KTB-Unternehmen Bandbreiten der Preisanpassung besprochen hätten. Diese Aussagen stimmen auch mit der schriftlichen Erklärung von [A._____] überein, wonach im Herbst jeweils die Preisliste des Folgejahres zwischen der Messerli Kieswerk AG, der Kessler AG, der K.+U. Hofstetter AG, der Kästli Bau AG und bis zur Geschäftsaufgabe der Künti AG diskutiert und im Sinne einer Empfehlung ein Beschluss gefasst wurde, welcher nicht protokolliert worden sei.

192. Die Aussagen stimmen in den folgenden Punkten überein:

- Es wurden Rahmen oder Bandbreiten für Preiserhöhungen besprochen.
- An den Besprechungen waren Messerli, «Rubigen» und Kästli beteiligt.

193. Die Aussagen von [D._____] und [A._____] stimmen ferner darin überein:

- Es hat Vorbereitungssitzungen zur Besprechung der Preisanpassungen für das Folgejahr gegeben.

194. Es gibt keinen Grund an der Richtigkeit dieser Äusserungen zu zweifeln. Erstens wurden sie zu verschiedenen Zeitpunkten von verschiedenen voneinander unabhängigen Personen gemacht. Zweitens stimmen die Aussagen miteinander überein. Drittens deckt sich deren Inhalt mit den vorliegenden Urkunden.

Parteiaussagen

195. Gemäss den übereinstimmenden Aussagen von [C._____] und [B._____], führte der KTB-Verband bis 1996 eine gemeinsame Preisliste. Gemäss [C._____] hätten die KTB-Werke dazu die Preise abgesprochen.

196. Die gemeinsamen Preislisten während der KTB-Verbandszeit zeigen auf, dass eine lange Tradition der gemeinsamen Preisfestsetzung zwischen den KTB-Mitgliedern bestand. Vor dem Hintergrund dieser Tradition erscheint die gemeinsame Festsetzung der Preiserhöhungen in engen Spannbreiten als Fortführung der früheren Politik der gemeinsamen Preislisten. Die früheren gemeinsamen Preislisten sind folglich ein Indiz für die Absichten der Parteien, die Preiserhöhungen in engen Spannbreiten miteinander zu koordinieren, um so ihre Produktepreise möglichst ähnlich auszugestalten.

Schriftliche Parteiauskünfte

197. Die Alluvia-Gruppe erklärte, sie und die Kästli-Gruppe hätten auf Verlangen des BVRB jeweils am Ende des Jahres ihre voraussichtlichen Preiserhöhungen für das folgende Jahr in Form von Prozentspannbreiten bekannt gegeben. Damit bestätigt die Alluvia-Gruppe das Beweisergebnis, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe dem BVRB Ende des Jahres jeweils ihre voraussichtlichen Preiserhöhungen mitgeteilt haben.

198. Auch die Kästli-Gruppe gibt zu, dass sie in gemeinsamer Sitzung mit der Alluvia-Gruppe dem BVRB mitgeteilt habe, in welcher Bandbreite (Prozentsatz) sich die Kies- und Betonpreise der einzelnen Werke der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe für das folgende Jahr voraussichtlich verändern würden. Sie bestätigt, dass sich die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe gegenseitig zur Vorbereitung der Sitzung mit dem BVRB ihre Bandbreite der voraussichtlichen Preisänderungen bekannt gegeben haben.

199. Diese Aussagen stimmen mit den oben genannten Urkundenbeweisen und Zeugenaussagen überein und sind selbstbelastend. Es gibt keinen Grund an deren Richtigkeit zu zweifeln.

Konsens zur Festlegung von gemeinsamen Bandbreiten für künftige Preisänderungen

200. Zusammenfassend ist Folgendes erwiesen:

- Die Parteien trafen sich im Oktober oder November zu Vorbereitungssitzung für die Treffen mit dem BVRB, während denen sie sich die beabsichtigen Spannbreiten der Preiserhöhungen mitteilten. Sie fassten dazu informelle Beschlüsse oder Empfehlungen.
- Die Parteien kommunizierten die beabsichtigen Spannbreiten der Preiserhöhungen im Dezember dem BVRB, bevor die neuen Preislisten gedruckt wurden.
- Die neuen Preislisten der Parteien wurden ca. Mitte Januar des Folgejahres publiziert.

201. Allein aus der Tatsache, dass die Parteien sich über mehrere Jahre gegenseitig über die künftigen Spannbreiten der Preisänderungen informierten, folgt der tatsächlich übereinstimmende konkludente Wille, gemeinsam Bandbreiten für künftige Preisänderungen festzulegen. Die Richtigkeit dieses Beweisergebnisses lässt sich zusätzlich auf die folgenden Tatsachen stützen:

- Künftige Preiserhöhungen sind Geschäftsgeheimnisse. Unternehmen, welche im Wettbewerb zueinanderstehen, teilen sich keine Geschäftsgeheimnisse mit.
- Die Mitteilung künftiger Preiserhöhungen ermöglicht es dem Konkurrenten, sich der eigenen Preissetzung anzupassen. Es ergibt keinen Sinn, wenn ein Unternehmen, welches nicht möchte, dass sich die Konkurrenz ihrer Preissetzung anpasst, seine künftigen Preiserhöhungen diesem Konkurrenten mitteilt.

- Es ergibt keinen Sinn, dass Unternehmen, welche sich uneingeschränkt konkurrieren, Zeit und Mühe für Vorbereitungssitzungen aufbringen, um die Konkurrenz über ihre künftige Preisstrategie zu unterrichten. Es sei denn, die Vorbereitungssitzung dienen dazu, die künftig vorgesehenen Bandbreiten von Preislistenerhöhungen und deren Umsetzungstermine zu koordinieren.

202. Die Willensübereinstimmung manifestiert sich schliesslich auch noch im Umstand, dass die Konkurrenten, die einander anlässlich der Vorbereitungssitzung kommunizierten Preisbandbreiten und die Termine der Preiserhöhungen später noch einmal anlässlich einer gemeinsamen Sitzung mit dem BVRB in gegenseitiger Anwesenheit bestätigten. Dies ermöglichte der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe zu überprüfen, ob ihre Konkurrentin sich tatsächlich an die vorbesprochenen Bandbreiten hielt. Denn die Mittelung der vorbesprochenen Bandbreiten gegenüber einem aussenstehenden Dritten führt dazu, dass sich die Unternehmen auch an die Bandbreiten halten mussten. Andernfalls würde die Vorabkommunikation gegenüber dem BVRB sinnlos (dazu hinten Rz 218). An der Willensübereinstimmung über die Festsetzung von Bandbreiten für künftige Preiserhöhung ändert der Umstand nichts, dass die Preise in den Preislisten innerhalb der Bandbreiten variieren konnten. Es liegt in der Natur der Sache der Festlegung von Bandbreiten, dass es innerhalb dieser Bandbreiten Unterschiede geben kann und darf.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

203. Die Alluvia-Gruppe bestreitet, dass sich aus Art. 5 der Vereinbarung zwischen den KTB-Werken und dem damaligen Baumeisterverband Region Bern (BVRB) vom 13. Juni 2001, den Aussagen von [L._____], [A._____] und [D._____] ein Konsens zwischen den Verfahrensparteien zur Koordination der Listenpreise herleiten lasse. Aus den Aussagen von [M._____] gehe hervor, dass der BVRB froh gewesen sei, seinen Mitgliedern ungefähre Angaben über die Entwicklungen im Folgejahr abgeben zu können. Es sei unklar, ob Vorbereitungssitzungen stattgefunden hätten, diese hätten gegebenenfalls höchstens bis 2006 stattgefunden. [L._____] sei bis 2010 bei der Kästli-Gruppe beschäftigt gewesen. [A._____] sei bis Ende 2006 in aktiver Funktion bei der Messerli beschäftigt gewesen. [D._____] sei bis 2009 KTB-Geschäftsführer gewesen. Die E-Mail von [K._____] vom 9. Oktober 2013 vermöge ebenso wenig einen Konsens darzulegen. Das Schreiben im Anhang der E-Mail sei nicht versandt worden. Das Sekretariat verwende die E-Mail von [C._____] vom 14. November 2013, mit der er die Kästli-Gruppe zur Stellungnahme auffordere, zum Beweis des Konsenses. Die E-Mail stehe im Zusammenhang mit der Auflösung der KTB AG, weshalb die Alluvia-Gruppe eine Bestätigung der Kästli-Gruppe angefordert habe. Die Alluvia habe die Antwort der Kästli-Gruppe über die Nicht-Erhöhung der Preise nicht abgewartet.[225]

204. Die Kästli-Gruppe meint, der Umstand, dass die kommunizierten Bandbreiten der Alluvia- und Kästli-Gruppe sich im selben Rahmen bewegt hätten, sei auf exogene Teuerungsfaktoren zurückzuführen. Einen Beleg für Ihre Aussage weist die Kästli-Gruppe keinen an. Ferner lässt Kästli verlauten, nach 2006 habe es keine Vorbereitungssitzungen mehr gegeben, da Hofstetter und Messerli fusioniert hätten, weshalb das Verhältnis zu Kästli getrübt gewesen sei. Auch diese Darlegung belegt die Kästli-Gruppe nicht.[226]

Würdigung

205. Dazu ist vorab Folgendes anzumerken:

- Die Tatsache, dass sich die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe ihre bevorstehenden Preiserhöhungen anlässlich gemeinsamer Sitzungen mit dem BVRB mitgeteilt haben, war bis anhin nicht streitig. Diese Tatsache haben die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe früher im Verfahren anerkannt.[227] Soweit die Parteien diesen Sachverhalt bestreiten, widersprechen sie sich selbst.

- Die beiderseitige Mitteilung bevorstehender Preiserhöhungen anlässlich gemeinsamer Sitzungen setzt notwendigerweise die beiderseitige Bereitschaft bzw. den Konsens voraus, sich über bevorstehende Preiserhöhungen zu informieren. Darüber braucht kein weitergehender Beweis geführt zu werden.

- Es steht fest, dass ein Unternehmen, das Konkurrenten über seine künftigen Preiserhöhungen informiert, es dem Konkurrenten auch ermöglicht, seine Preise entsprechend anzupassen. Hätten die Alluvia oder die Kästli-Gruppe diese Möglichkeit nicht gewünscht, hätten sie einander die bevorstehenden Preiserhöhungen nicht mitgeteilt. Es wäre einfach möglich gewesen, dem BVRB die Preiserhöhungen getrennt und ohne Mitteilung an die Konkurrenz zu übermitteln.

206. Zu den einzelnen Vorbringen sei zudem Folgendes klargestellt:

207. In diesem Abschnitt soll bewiesen werden, wie oben in Rz 171 aufgeführt, ob zwischen den Verfahrensparteien ein Konsens bestand, welchen Inhalt dieser Konsens hatte und wer daran beteiligt war. Es geht also vorerst nicht darum, den Zweck (vgl. dazu Rz 206 ff.) oder die Dauer (vgl. dazu unten Rz 220 ff.) zu klären. Zur Beurteilung des Vorliegens dieses Konsenses, dessen Inhalt und den daran Beteiligten können entsprechend dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung[228] alle objektiven und subjektiven Beweismittel herangezogen werden. Sämtliche herangezogenen Beweismittel sind verwertbar. Dementsprechend können Partei- und Zeugenaussagen, welche über den Konsens der Verfahrensparteien – zweier Unternehmen – Auskunft geben können, verwertet werden und zwar unabhängig davon,

[225] Act. VI.30, Rz 73 f., 75 f.
[226] Act. VI.29, RZ 331 f.
[227] Act. I.2, S. 2, Abschnitt 4; Act. VIII.A.1, Rz 12.1; Act. VIII.B.1, S. 2/6.
[228] Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP.

wann die einvernommenen Personen bei den Verfahrensparteien angestellt waren. Die Dauer des Konsenses ist in diesem Abschnitt nicht Beweisthema. Soweit die Parteien also auf die Anstellungszeiten von [L._____], [A._____] und [D._____] hinweisen, um damit den Konsens in Zweifel zu ziehen, gehen ihre Vorbringen an der Sache vorbei.

208. Auch das Vorbringen, der BVRB sei froh über die Mitteilungen der bevorstehenden Preiserhöhungen gewesen, sagt nichts über den Konsens zwischen den Parteien aus.

209. Die Behauptung der Alluvia-Gruppe, es sei unklar, ob Vorbereitungssitzung stattgefunden hätten, stehen mit den Aussagen der Kästli im Widerspruch, welche anerkannte, dass Vorbereitungssitzungen bis 2010 stattgefunden haben.[229] Soweit Kästli neuerdings den Standpunkt vertritt die Vorbereitungssitzung hätten bis 2006 stattgefunden, widerspricht sie sich selbst. Zudem ist der Beweis der Vorbereitungssitzungen ohnehin nicht notwendig für die Darlegung des Konsenses zwischen den Parteien, einander bevorstehende Preiserhöhungen mitzuteilen und ihre Preise in gewissen Spannbreiten zu koordinieren, (vgl. bereits Rz 181 f. des Antrags[230]). Die Vorbereitungssitzungen sind ein zusätzlicher Beweis dafür, dass die Parteien sich über die jährlichen Treffen mit dem BVRB hinaus über die bevorstehenden Preiserhöhungen unterhalten haben und gemeinsame Bandbreiten an Preiserhöhungen festlegen wollten. Wie in der Beweiswürdigung dargelegt (vgl. vorne Rz 201), ergibt es keinen Sinn, dass Unternehmen, welche sich uneingeschränkt konkurrieren, Zeit und Mühe für Vorbereitungssitzungen aufbringen, um die Konkurrenz über ihre künftige Preisstrategien zu unterrichten. Daraus ergibt sich vielmehr der konkludente Wille, sich mit Hinblick auf die bevorstehenden Preisänderungen in einem bestimmten Rahmen zu koordinieren.

210. Es spielt für die Beurteilung der Koordination der Preislistenpreise keine Rolle, wie dies Kästli vorbringt, dass eine Preisänderung der Parteien durch exogene Kostenfaktoren motiviert war. Denn es stand jeder Partei frei, wie sie auf eine Einkaufspreisänderung reagieren wollte. Sie konnte eine allfällige Teuerung oder Verbilligung weitergeben oder die Preise unverändert belassen. Dies brauchte sie nicht vorab mit der Konkurrenz anlässlich einer gemeinsamen Sitzung (noch vor dem Druck der Preislisten) zu besprechen. Es ist eine notorische Tatsache, dass ein uneingeschränktes Wettbewerb treibendes Unternehmen die Konkurrenz nicht über bevorstehende Preisänderungen unterrichtet, um ihr eine Preisanpassung zu ermöglichen. Ferner ist anzumerken, dass sich die Kästli-Gruppe selbst widerspricht. In ihrer Eingabe vom 12. Mai 2017 brachte sie vor, zum Zeitpunkt der Treffen mit dem BVRB seien die exogenen Kostenfaktoren noch nicht bekannt gewesen.[231]

211. Weiter spielt es keine Rolle, ob das Schreiben über die Preisanpassungen im Folgejahr im Anhang der E-Mail von [K._____] vom 9. Oktober 2013 tatsächlich gemeinsam von den Parteien an die Klienten versandt wurde. Erstens ist erwiesen, dass die Alluvia-Gruppe ihrer Konkurrentin mit einer E-Mail die bevorstehende eigene Preisanpassung angekündigt hat und zweitens ist erwiesen, dass die Preisanpassungen der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe in der Folge tatsächlich ähnlich waren. Ebenso wenig ist es relevant, ob die Alluvia die Antwort von Kästli auf ihr Preiserhöhungsschreiben abgewartet hat, bevor sie ihr Schreiben versandte. Die Nachricht enthält ausdrücklich die Erwartungshaltung an Kästli, dass diese der Alluvia-Gruppe ihre Preiserhöhungen vorab mitteilen würde. Diese Erwartungshaltung zeigt, dass die Parteien sich mit Bezug auf die Änderungen der Preislisten koordinieren wollten. Anders ist ein solches Schreiben nicht erklärbar. Wäre das wahre Motiv dieses Schreibens einzig die Auflösung der KTB AG gewesen, hätte die Alluvia-Gruppe ihre Preisänderungsabsichten der Kästli-Gruppe nicht mitgeteilt und diese aufgefordert, der Alluvia-Gruppe die Kästli-Preisänderungen mitzuteilen. Es ist eine notorische Tatsache, dass sich Konkurrenten bei funktionierendem Wettbewerb nicht vorab Preiserhöhungsschreiben zuschicken.

(v) Beweisergebnis

212. Insgesamt ist also erwiesen, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe den tatsächlich übereinstimmenden Willen hatten, sich gegenseitig über ihre jeweiligen künftigen Preisänderungen in ihren Listenpreisen zu informieren. Daraus folgt auch ihr tatsächlich übereinstimmender Wille die Listenpreiserhöhungen für Kies, Beton, Transporte und Nebenleistungen in Bandbreiten festzulegen.

B.5.2.2 Verfolgter Zweck

(i) Beweisthema

213. Weiter ist Beweis darüber zu führen, welchen Zweck die Verfahrensbeteiligten mit der Koordination der künftigen Preisänderungen und der Koordination der Bandbreiten dieser Preisänderungen verfolgten. Dabei stützt sich die Behörde auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

214. Die Behörden verfügen über eine Vertragsurkunde vom 13. Juni 2001. Darin sind Abmachungen zwischen dem ehemaligen Baumeisterverband der Region Bern (BVRB) und den KTB-Werken in «Artikeln» festgehalten. Im vorliegenden Zusammenhang sind die folgenden Passagen relevant:

- Laut Artikel 1 «*Grundsätzliches» strebten die KTB-Werke und die Mitglieder des BVRB «eine konstruktive Zusammenarbeit an.*» Die «Eckpfeiler dieser Zusammenarbeit» seien «*u.a. optimale, kundenbezogene Dienstleistungen einerseits und Lieferantentreue andererseits.*»

[229] Act. VIII.B.1, S.2/6, Kästli reichte ihre Eingabe nach der Verhandlung mit dem Sekretariat über eine einvernehmliche Regelung ein. Anlässlich dieser Verhandlung wurde Kästli das vorläufige Beweisergebnis des Sekretariats bekanntgegeben. Dieses ging davon aus.
[230] Act. VI.1, Rz 181 f.; Act. VI.2, Rz 181 f.
[231] Act. VIII.B.1, S. 2/6.

- Gemäss Artikel 3 bestehen die Ziele der Vereinbarung darin, die BVRB-Mitglieder mit «*günstigeren Preisen und Konditionen zu beliefern*» als Nichtmitglieder und Private, welche «*gemäss Preislisten einen Zuschlag (Kleinmengen, Bearbeitungs- und Risikoanteil)*» bezahlen mussten. Die Mitglieder des BVRB erklärten sich ihrerseits bereit, aufbereiteten Sand, Kies und Transportbeton bei den Werken der KTB AG zu beziehen in einem auf einem «*Plan eingezeichneten Gebie*t».
- «*Die Tarifpreise für Sand, Kies, Beton und Transport*», sollten «*in der Regel jährlich den jeweiligen Gestehungskosten angepasst*» werden und dem «*BVRB kommuniziert und so frühzeitig wie möglich bekanntgegeben*» werden» (Art. 5).[232]

215. Aus der Aktennotiz zu Bern Beton der Hofstetter vom 16. April 1996 geht hervor, dass die «*Interessenslage […] für alle drei gleich*» sei. Sie hätten «*grosses Interesse*» daran, dass «*alle drei als mittelständische Betriebe erhalten bl[ie]ben*», «*die weitere Zusammenarbeit [sei] erwünscht und möglich*», «*loyales Verhalten untereinander w[e]rd[e] seit langem gelebt*» und es habe ein «*Vertrauensverhältnis […] aufgebaut werden*» können. «*Die Zusammenarbeit ha[be] Tradition und funktionier[e] gut*.» Das Einzugsgebiet von Bern sei auf längere Sicht gross genug für die drei optimal platzierten Werke Kästli, Worblaufen und Messerli. Wichtig sei, «*dass die Agglomeration Bern vollflächig abgedeckt [sei] und somit für potentielle Konkurrenten wenig Motivation besteh[e], hier einzudringen*.»[233]

b. Zeugenaussagen

216. In der Zeugeneinvernahme vom 28. April 2016 gab der Inhaber und Geschäftsführer der BAUmannING GmbH – [A._____] – zu Protokoll, der Unternehmenszweck der KTB AG habe unter anderem in der Zusammenarbeit mit den Baumeisterverbänden, insbesondere dem Baumeisterverband der Stadt Bern bestanden.[234]

c. Schriftliche Erklärungen von Dritten

217. [A._____] beantwortete freiwillig schriftlich den Fragebogen des Sekretariats vom 11. November 2015. Auf die Frage, ob sich die ehemaligen Mitglieder des Verbandes Kies- und Betonwerke Bern und Umgebung (KTB) nach dessen Auflösungen Abmachungen über Preise getroffen hätten, antwortete er unter anderem, die Listenpreise seien «sehr ähnliche» gewesen. «*Der Konkurrenzkampf [sei] höchstens über die Rabatte geführt [worden].*».[235]

d. Parteiangaben

218. Die Alluvia-Gruppe machte in ihrer schriftlichen Eingabe vom 18. Januar 2017 geltend, die alljährliche Ankündigung der ungefähren Bandbreiten der prozentualen Preiserhöhungen sei auf Drängen des BVRB erfolgt. Auf diese Weise hätten die BVRB-Mitglieder ihre Regiepreise und somit ihre Offerten erstellen können.[236]

219. Die Kästli-Gruppe macht in ihrer Eingabe vom 12. Mai 2017 geltend, die Kästli-Gruppe und die Alluvia-Gruppe hätten dem BVRB auf dessen Ersuchen hin in einer gemeinsamen Sitzung je individuell mitgeteilt, in welcher Bandbreite (Prozentsatz) sich die Kies- und Betonpreise der einzelnen Werke der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe für das folgende Jahr voraussichtlich verändern würden. Zu diesem Zeitpunkt seien in der Regel noch nicht alle Teuerungsfaktoren bekannt gewesen. Die Informationen hätten den BVRB-Mitgliedern in der Planung und Offertstellung ihrer Leistungen für das folgende Jahr gedient.[237]

(iii) Beweiswürdigung

220. Aus der Vertragsurkunde vom 13. Juni 2001 geht hervor, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe eine «*konstruktive Zusammenarbeit*» mit den BVRB-Mitgliedern anstrebten und die «*Lieferantentreue*» sicherstellen wollten (Art. 1). Unter Lieferantentreue verstanden die KTB-Werke, dass sie die BVRB-Kunden und –Kundinnen an sich binden wollten. Die Kundenbindung wollten sie erreichen, indem sie den BVRB-Mitgliedern garantierten, dass «*Nichtmitglieder nicht zu günstigeren Preisen und Konditionen*» beliefert wurden als die Mitglieder des BVRB. Ferner hatten Nichtbaumeister, Nichtbaumeisterinnen und Private einen Preiszuschlag zu berappen. Die Kundenbindung wollten die KTB-Mitglieder zudem durch die Vereinbarung sicherstellen, dass die Mitglieder des BVRB «*aufbereiteten Sand, Kies und Transportbeton» in einem «eingezeichneten Gebiet bei den Werken der KTB AG*» bezogen. Als weiteres Entgegenkommen gegenüber den BVRB-Mitgliedern wollten die KTB-Werke ihre jährlichen Preis-änderungen dem BVRB führzeitig kommunizieren, damit dieser seine Mitglieder informieren konnte. Insgesamt wollten die KTB-Mitglieder erreichen, dass möglichst keine Produkte von anderen Kies- und Betonwerken bezogen wurden, um auf diese Weise den Wettbewerbsdruck von nichtbeteiligten Werken zu verringern.

221. Vor diesem Hintergrund ist auch der tatsächlich übereinstimmende Wille der Alluvia- und Kästli-Gruppe zu würdigen, sich gegenseitig über ihre jeweiligen künftigen Preisänderungen in ihren Listenpreisen zu informieren und gemeinsam Bandbreiten über die Listenpreiserhöhungen für Kies, Beton, Transporte und Nebenleistungen festzulegen. Aufgrund ihrer Pflicht, die BVRB-Mitglieder frühzeitig über Preisänderungen zu informieren, trafen sie sich vorab zu Vorbereitungssitzungen, um übereinzukommen, in welchen Bandbreiten die Listenpreise verändert werden sollten. Auf diese Weise verringerten die Konkurrenten den Preiswettbewerb untereinander. Dieser Schluss stimmt auch mit der Zeugenaussage von [A._____] überein, wonach der «*Konkurrenzkampf […] höchstens über die Rabatte geführt*» worden sei, zumal die Listenpreise «*sehr ähnlich*» gewesen seien.

[232] Act. II.A.3.
[233] Act. II.B.X.24, Seite 1/3 (22-0440).
[234] Act. III.24 (22-0440).
[235] Act. VI.2, Antwort auf Frage 4 und 4.1 (22-0440).
[236] Act. I.2, S. 2 f.
[237] Act. VIII.B.1, S. 2.

222. An diesem Beweisergebnis vermag auch das Vorbringen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe nichts zu ändern, dass der BVRB auf eine frühzeitige Mitteilung gedrängt habe. Dieser Umstand widerlegt die aufgeführten Motive (Verringerung des Konkurrenzdrucks von aussen, Kundenbindung der BVRB-Mitglieder, Verringerung des Preiswettbewerbs untereinander) nicht.

223. Ebenso wenig ändert das Beweisergebnis durch den Einwand, zum Zeitpunkt der Mitteilung seien in der Regel noch nicht alle Teuerungsfaktoren bekannt gewesen. Im Gegenteil manifestiert sich darin der Wille der Parteien, den Preiswettbewerb einzuschränken. Denn obwohl angeblich noch nicht alle Teuerungsfaktoren bekannt waren, verpflichteten sie sich zur Einhaltung von Bandbreiten. Daran hielten sie sich im Übrigen auch (dazu hinten B.5.2.4, Rz 248 ff.).

224. Abschliessend kann zudem festgehalten werden, dass die KTB-Werke sich nicht die Mühe bereitet und den organisatorischen Aufwand gemeinsamer Sitzungen zu Preiserhöhungen und Bandbreiten betrieben hätten, um den Preiswettbewerb zwischen einander zu verschärfen. Ein solcher Zweck kann ausgeschlossen werden.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

225. Die Alluvia-Gruppe bringt vor, aus der Aussage von [A._____] und seiner schriftlichen Aussage ergebe sich, dass jedes Unternehmen sich so verhielt, wie es dies für richtig hielt. Es sei nicht ersichtlich, wie angesichts der Vielzahl von Betonsorten ein preisharmonisierender Zweck aufgrund von Bandbreiten für die Erhöhung von Betonpreise möglich gewesen sei.[238]

226. Die Kästli-Gruppe hebt hervor, der Zweck der Treffen des BVRB habe darin gelegen, die Mitglieder des BVRB zu informieren, damit sie gewusst hätten, wie sie im kommenden Jahr rechnen müssten. Es ergebe sich aus keinem Dokument der Beweis, dass die Parteien die Koordination der Preiserhöhungen beabsichtigt hätten.[239]

Würdigung

227. Unabhängig davon, wie die Aussage von [A._____] von der Alluvia-Gruppe ausgelegt wird, steht fest, dass sich die Verfahrensparteien anlässlich von gemeinsamen Sitzungen ihre bevorstehenden Preiserhöhungen mitgeteilt haben und zwar bevor sie ihre Preislisten gedruckt hatten. Hätten die Parteien keine Wettbewerbsbeschränkung durch eine Preissetzung in einem bestimmten Rahmen bezweckt, hätten die Parteien die bevorstehenden Preisänderungen einander nicht anlässlich von gemeinsamen Sitzungen (mit oder ohne Beisein des BVRB und allfälligen Mitgliedern) mitgeteilt. Vielmehr hätten sie ihre Konkurrenten im Ungewissen über ihr künftiges Preissetzungsverhalten gelassen. Dies war gerade der Fall.

228. Das Vorbingen der Alluvia-Gruppe, aufgrund der Vielzahl von Betonprodukten könne kein preisharmonisierender Zweck bestanden haben, trifft nicht zu. Erstens handelt es sich hierbei, um eine Tatsachenbehauptung, welche die Alluvia-Gruppe nicht mit Studien oder Belegen stützt. Es steht fest, dass Wettbewerber, welche ihren Konkurrenten Angaben über künftige Preisänderungen machen, unabhängig davon auf wie viele Produkte sich diese Angaben beziehen, den Wettbewerb verfälschen. Die Alluvia- und die Kästli-Gruppe wüssten unter normalen Wettbewerbsverhältnissen nämlich nicht, ob der Konkurrent die Preise ändert, ob er die Preise senkt oder erhöht und in welchem Rahmen er dies tut. Diese Ungewissheit wird durch die Kommunikation der Preisänderung beseitigt. Zweitens erzielten sowohl die Kästli [>40 %] und Alluvia [>30 %] ihres Umsatzes mit fünf Betonsorten (vgl. dazu hinten Rz 539, Tabelle 15: Meistgelieferte Betonsorten 2007–2013, KTB-Werke der Alluvia-Gruppe, Tabelle 16: Meistgelieferte Betonsorten 2007–2013, Frischbeton AG Rubigen). Die Angabe des Preiserhöhungsrahmens war somit konkret. Drittens bringen beide Parteien vor, die BVRB-Mitglieder hätten ihre (Offert-)Berechnungen auf die Preiserhöhungsangaben gestützt (vgl. auch vorne Rz 219, hinten Rz 266). Das bedingt, dass die Preiserhöhungsangaben für die BVRB-Mitglieder genügend konkret waren, um Berechnungen anzustellen. Insgesamt vermögen die Vorbringen der Parteien somit nichts am Beweisergebnis zu ändern.

(v) Beweisergebnis

229. Nach alledem ist erwiesen, dass die Verfahrensparteien mit der Koordination der Listenpreise insbesondere bezweckten, sich in Bezug auf die Listenpreise für Kies- und Betonprodukte inklusive Transport nicht zu konkurrieren und das Preisniveau für Kies- und Betonprodukte inklusive Transport in ihrem Interesse zu beeinflussen. Mit anderen Worten bezweckten sie eine Einschränkung des Preiswettbewerbs zu ihren Gunsten.

B.5.2.3 Dauer

(i) Beweisthema

230. Nachfolgend ist zu prüfen, während welcher Zeitperiode zwischen den Verfahrensparteien Konsens bestand, künftige Preisänderungen in ihren Listenpreisen und Bandbreiten auszutauschen und die Listenpreiserhöhungen festzulegen, um auf diese Weise den Preiswettbewerb zu ihren Gunsten einzuschränken und ein höheres Bruttopreisniveau zu erreichen. Es ist unstreitig, dass die Verfahrensparteien zwischen 1974 bis 1997 im Verband gemeinsame Preislisten führten[240], weshalb darüber nicht mehr Beweis zu führen ist.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

231. Die Behörden verfügen über eine Vertragsurkunde vom 13. Juni 2001. Darin sind Abmachungen zwischen dem ehemaligen Baumeisterverband der Region Bern (BVRB) und den KTB-Werken in «*Artikeln*» festgehalten. Im vorliegenden Zusammenhang sind folgende Regelungen relevant:

[238] Act. VI.30, Rz 82.
[239] Act. VI.29, Rz 240 f.
[240] Act. II.A.2, 2 (Bericht des Präsidenten), Act. VI.29, Rz 158.

- Gemäss Artikel 5 werden die «*Tarifpreise für Sand, Kies, Beton und Transport*» «*in der Regel jährlich den jeweiligen Gestehungskosten angepasst*». Die KTB-Werke verpflichteten sich, «*Preisänderungen*» dem BVRB zu kommunizieren und so frühzeitig wie möglich bekannt zu geben.[241]

- Mit Bezug auf die Vereinbarungsdauer besagt Artikel 7 derselben Vereinbarung, dass diese «*rückwirkend auf den 1. Januar 2001 in Kraft*» trat und «*bis zum 31. Dezember 2003*» lief, wobei die Kündigungsfrist 6 Monate betrug. Wurde die Vereinbarung nicht fristgemäss gekündigt, lief sie «*jeweils ein Jahr weiter*».[242]

232. Dem Kündigungsschreiben vom 20. April 2011 der KTB-Werke an den BVRB ist zu entnehmen, dass die Vereinbarung vom 13. Juni 2001 auf den 31. Dezember 2011 gekündigt wurde. Das Schreiben wurde von den [Organen] [C._____] und [B._____] unterzeichnet, welche zugleich [Funktionsbezeichnung] der Alluvia- bzw. der Kästli-Gruppe waren.[243]

233. Dem Sekretariat liegen ferner Rundschreiben oder Mitteilungen des BVRB vom 2. Dezember 2004, vom 19. Dezember 2007, vom 19. Dezember 2008 und vom 17. Dezember 2009 vor.[244] In allen diesem Schreiben wird auf Sitzungen mit «*Vertretern der regionalen Kies- und Transportbetonwerke (KTB)*» und einer Delegation des BVRB Bezug genommen. Ferner erwähnen alle diese Schreiben die von den KTB-Vertretern bekanntgegebenen Preisänderungen («*Bauteuerungen*») für das kommende Jahr.[245] Die Rundschreiben vom 19. Dezember 2007, vom 19. Dezember 2007 und vom 19. Dezember 2008 erwähnen zudem, dass die Treffen «alljährlich» oder «*jedes Jahr*» stattfanden.

234. Aus einer E-Mail des Geschäftsleitungsmitgliedes der Alluvia-Gruppe [K._____] an die Geschäftsleitung der Kästli-Gruppe vom 6. September 2012 geht hervor, dass ein gemeinsames Essen zwischen Vertretern der KTB-Werke und des BVRB stattfand.[246] Ferner liegen den Behörden Einladungsschreiben des KTB zu den gemeinsamen Jahrestreffen mit dem BVRB-Vorstand vom 7. Mai 2013[247] und 4. Juni 2014[248] vor.

235. Das Sekretariat verfügt ferner über eine E-Mail vom 9. Oktober 2013 des Alluvia-[Mitarbeiters] [K._____] an seine [Kollegen] und an die [Mitarbeiter] der Kästli-Gruppe [E._____ und B._____]. Der E-Mail ist ein Entwurf eines Schreibens angehängt, welches festhält, dass die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe ihre «*verschiedenen Preislistenpreise 2014 für Beton*» «*gegenüber 2013 – trotz moderater Teuerung und noch pendenten Zementverhandlungen – unverändert belassen und die bisher gutgeschriebenen Mengenrabatte*» «*durch direkte Kunden- und Baustellenrabatte» an ihre Kunden «weitergeben*» würden. «*Das Preisniveau*» der Alluvia-und Kästli-Werke werde «*also gegenüber dem Jahr 2013 netto keine Änderung erfahren!*»[249] Der Entwurf enthält in der Unterschriftszeile die Namen des jeweiligen [Funktionsbezeichnung] der Alluvia-Gruppe, der Kästli-Gruppe und der KTB AG.

236. Mit E-Mail vom 14. November 2013 sandte der [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe [C._____] dem [Organ] der Kästli Beteiligungen AG [B._____] ein Schreiben, welches die Alluvia-Gruppe am Folgetag an ihre Kunden versenden würde «zur Kenntnisnahme». Zudem fügte [C._____] an: «*Gerne erwarte ich im Gegenzug eine Kopie Deines Schreibens.*»[250] Bezüglich der Preislisten war dem Anhang der E-Mail zu entnehmen, dass die Alluvia-Gruppe die Preise in den Preislisten 2014 nicht erhöhen werde. Ferner informierte die Alluvia-Gruppe ihre Kunden, dass die Lieferungen und Leistungen ab 1. Januar 2014 netto in Rechnung gestellt würden.[251]

237. Ein Schreiben der Kästli Bau AG und der Frischbeton AG Rubigen vom November 2013 besagt, dass die Unternehmen die Preise in der Preisliste 2014, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht erhöhen würden. Die Betonaufträge würden zudem per 1. Januar 2014 netto offeriert.[252]

b. Zeugenaussagen

238. Gemäss Zeugenaussagen des ehemaligen Geschäftsführers des BVRB [M._____] fanden die Treffen zwischen dem BVRB und den KTB-Werken jeweils einmal im Jahr[253] im Spätherbst[254] statt. Es sei «*schwierig zu sagen*», wann das letzte Treffen im Spätherbst stattgefunden habe. Er sei sich «*nicht sicher, ob dies im Jahr 2010 oder 2011*» gewesen sei. «*Wahrscheinlich*» sei es «*2010*» gewesen.[255]

239. [Der] ehemalige [Mitarbeiter] der Kästli Bau AG [L._____] sagte als Zeuge am 5. Februar 2015 zur gemeinsamen Koordination der Preislisten aus, er sei sich sicher, dass «*man sicher einen Rahmen vorgegeben*» habe, «*in dem man sich bewegt[e]*».[256] Er war sich sicher, dass die ähnliche Preisgestaltung der Hofstetter, Messerli und Kästli solange galt, als er bei der Kästli Bau AG angestellt war.[257] Gemäss eigenen Angaben war [L._____] zwischen 1980 bis 2010 bei der Kästli-Gruppe tätig.[258]

c. Parteiauskünfte

240. Gemäss den schriftlichen Eingaben der Alluvia-Gruppe haben sie und die Kästli-Gruppe die «*voraussichtlichen Preiserhöhungen*» «*letztmals 2010*» dem BVRB mitgeteilt.[259] Gemäss den schriftlichen Vorbringen der Kästli-Gruppe fanden die Treffen mit dem BVRB bis 2010 statt.[260]

[241] Act. II.A.3.
[242] Act. II.A.3.
[243] Act. II.A.18.
[244] Act. III.22 (22-0440), Act. 117 (22-0440), Act. 125 (22-0440), Act. 266 (22-0440).
[245] Act. III.22 (22-0440), Act. 117 (22-0440), Act. 125 (22-0440), Act. 266 (22-0440).
[246] Act. II.A.44.
[247] Act. II.A.56.
[248] Act. II.B.21.
[249] Act. II. A.75.
[250] Act. II.A.80.
[251] Act. II.A.80.
[252] Act. II. A.84.
[253] Act. III.22, Zeilen 160 (22-0440).
[254] Act. III.22, Zeilen 122 f. (22-0440).
[255] Act. III:22, Zeilen 164 f. (22-0440).
[256] Act. III.13, Zeilen 218-230 (22-0440).
[257] Act. III.13. Zeilen 234-241 (22-0440).
[258] Act. III.13. Zeile 71 (22-0440).
[259] Act. VIII.A.1, Rz 12.1.
[260] Act. VIII.B.1, S. 2/6, Titel 2.1.

(iii) Beweiswürdigung

241. Wie die Vereinbarung vom 13. Juni 2001 zeigt, galt die Vereinbarung rückwirkend ab 1. Januar 2001. Das Kündigungsschreiben vom 20. April 2011 kündigte die Vereinbarung auf den 31. Dezember 2011. Damit stimmt auch die Zeugenaussage von [K._____] überein, der sich nicht mehr sicher war, ob das letzte Treffen im Jahr 2010 oder 2011 stattfand. Die Rundschreiben des BVRB beziehen sich auf die Treffen zwischen den KTB-Werken und dem BVRB, welche «*alljährlich*» oder «*alle Jahre*» stattgefunden haben. Es besteht aufgrund dieser übereinstimmenden Beweismittel kein Zweifel daran, dass die Preiskoordination zwischen dem 1. Januar 2001 und dem 31. Dezember 2011 – also währen elf Jahren – jedes Jahr stattgefunden hat.

242. Aus den vorliegenden E-Mails ist zudem ersichtlich, dass sich die Alluvia- und die Kästli-Gruppe – die KTB-Werke – auch im Jahr 2012, 2013 sowie 2014 gemeinsam und mit dem BVRB getroffen haben. Aufgrund der im vergangenen Jahrzehnt vorausgegangen Treffen, anlässlich welcher die KTB-Werke gemeinsam den Rahmen für die Preiserhöhungen einander mitteilten, deutet insbesondere das Treffen im September 2012 darauf hin, dass auch noch 2012 und danach Preisänderungen weiterhin besprochen wurden. Aus der E-Mail von [K._____] an die Verfahrensparteien vom 9. Oktober 2013 und dem angehängten Entwurf des Schreibens «*Neuorganisation der KTB & Neue Rabattregelung*» geht zudem hervor, dass die Alluvia-Gruppe ihre Preiserhöhungen auch noch 2013 der Kästli-Gruppe vor der Mitteilung an ihre Kunden mitgeteilt hat. Aus der E-Mail folgt auch, dass die Alluvia-Gruppe dasselbe von der Kästli-Gruppe erwartete. Die Erwartungshaltung der Alluvia-Gruppe zeigt, dass sie es als selbstverständlich empfand, dass die Kästli-Gruppe ihre Preiserhöhungen ihr bekannt geben würde. Aufgrund der langjährigen Praxis, während der sich die Kästli- und die Alluvia-Gruppe ihre bevorstehenden Preiserhöhungen in engen Bandbreiten mitteilten, erscheint dies nachvollziehbar. Wie das Schreiben der Kästli-Gruppe vom November 2013 beweist, machte die Kästli-Gruppe dieselbe Ankündigung wie die Alluvia-Gruppe.

243. Aus alledem folgt, dass die gegenseitige Mitteilung der beabsichtigten Preiserhöhungen nicht mit der Kündigung der Vereinbarung vom 13. Juni 2001 auf den 31. Dezember 2011 eingestellt wurde, sondern auch noch bis ins Jahr 2013 weiter praktiziert wurde.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

244. Die Kästli-Gruppe bestreitet die Darstellung der Wettbewerbsbehörden insgesamt. Sie ist insbesondere der Ansicht, das «Rundschreiben 1/2010» des BVRB an seine Mitglieder beweise, dass im Jahr 2010 kein Gespräch zwischen den KTB-Werken und dem BVRB stattgefunden habe.[261] Auch die Alluvia-Gruppe bestreitet die Aussagekraft der dargelegten Beweismittel und verneint, dass 2010 ein Treffen zwischen den KTB-Werken und dem BVRB stattgefunden hat.[262]

Würdigung

245. Die Parteien widersprechen sich selbst. Sowohl die Kästli- als auch die Alluvia-Gruppe gaben in ihren Eingaben vom 12. Mai bzw. 4. Mai 2017 an, letztmals 2010 ihre Preisänderungen in gemeinsamen Sitzungen für das folgende Jahr in Form von Spannbreiten angegeben zu haben.[263] Ferner ist die Zeugenaussagen von [M._____], der für die Herausgabe der Rundschreiben verantwortlich war, zu beachten. Er war sich nicht mehr sicher, ob das letzte Treffen mit dem BVRB 2010 oder 2011 stattgefunden hatte. Die fehlende ausdrückliche Erwähnung des Treffens zwischen den KTB-Werken und dem BVRB im BVRB-Rundschreiben des Jahres 2010 beweist also nicht, dass kein Treffen stattgefunden hat.

246. Die Fortdauer des Konsenses, sich gegenseitig über die bevorstehenden Preiserhöhungen zu informieren, hängt schliesslich nicht einzig von den Treffen mit dem BVRB ab. Die Fortdauer des Konsenses, sich über bevorstehende Preisänderungen zu informieren und entsprechend die Preisänderung in Bandbreiten festzulegen, ist zudem mit dem Kündigungsschreiben der KTB-Werke an den BVRB vom 20. April 2011 und den zitierten E-Mails aus dem Jahr 2013 (vgl. Rz 234 ff. bzw. Rz 242) genügend bewiesen.

(v) Beweisergebnis

247. Der Konsens der Verfahrensparteien, sich gegenseitig über ihre jeweiligen künftigen Preisänderungen in ihren Listenpreisen zu informieren und gemeinsam Bandbreiten über die Listenpreiserhöhungen für Kies, Beton, Transporte und Nebenleistungen festzulegen, bestand von 2001 bis Ende 2013. Bis 1997 führten die Parteien gemeinsame Bruttopreislisten.

B.5.2.4 Umsetzung und Auswirkungen zwischen den Parteien

(i) Beweisthema

248. Nachfolgend ist zu prüfen, ob sich die beteiligten Verfahrensparteien entsprechend ihrem Konsens, ihre Listenpreise für Kies- und Betonprodukte inklusive Transport zu koordinieren, verhielten. Zudem werden die Auswirkungen untersucht, welche dieses Verhalten zwischen den Parteien zur Folge hatte. Dabei ist daran zu erinnern, dass die volkswirtschaftliche Auswirkung nicht bewiesen werden muss. Es genügt, wenn das Verhalten der Parteien geeignet war, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken.[264]

im Zusammenhang mit der Prüfung der Umsetzung und Auswirkung der Preiskoordination zwischen den Parteien daran zu erinnern, dass die Verfahrensparteien Kunden haben, welche direkt den Bruttopreis bezahlen und solche mit denen sie Preisverhandlungen führen (vgl. dazu oben Rz 142).

[261] Act. VI.29, Rz 251.
[262] Act. VI.30, Rz 77.
[263] Act. VIII.B.1, S. 2/6; Act. VIII.A.1, S. 4/8, Rz 12.1.
[264] BGE 143 II 297, 324 E. 5.4.2.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

250. Dem Sekretariat liegen Rundschreiben oder Mitteilungen des ehemaligen Baumeisterverbandes Region Bern (BVRB) der Jahre 2004, 2007, 2008 und 2009 vor,[265] mit denen der Verband seinen Mitgliedern die Bandbreiten der Preiserhöhungen der Hofstetter/Messerli (Alluvia-Gruppe) und Kästli für die Jahre 2005, 2006, 2009 und 2010 mitteilte. Der Verband erklärte darin seinen Mitgliedern jeweils wörtlich: «*Anlässlich der alljährlich stattfindenden Gespräche mit Vertreten des KTB wurden die Preiserhöhungen diskutiert. Unter Berücksichtigung der stark steigenden Rohstoffe (Zement/Diesel/ Betonzusatzmittel) muss mit folgender Teuerung gerechnet werden […]*».[266] Für das Jahr 2008 sollten die Teuerungen beispielsweise folgendermassen lauten:

Werke K.+U. Hofstetter/Messerli	- Kies	im Durchschnitt	ca.	3 %
	- Beton	im Durchschnitt	ca.	4-5 %
	- Transporte:		ca.	4-5 %
Werk Rubigen:	- Wandkies		ca.	1-2 %
	- Kies		ca.	3 %
	- Beton		ca.	4-5 %
	- Transporte:		ca.	4-5 %

[…][267]

251. Das Sekretariat verfügt über die Listenpreise der Verfahrensparteien für die Jahre 2004–2013.

252. Aus dem Marketing-Konzept der Hofstetter geht hervor, dass hohe Grundrabatte die Preisbasis immer weiter nach unten korrigieren würden.[268]

b. Zeugenaussagen

253. In seiner Zeugeneinvernahme vom 5. Februar 2015 sagte [der] ehemalige [Mitarbeiter] der Kästli Bau AG – [L._____] – aus, dass sich die Preise in den offiziellen Preislisten zum Grossteil nur im Transport unterschieden, ansonsten seien die Preise sehr ähnlich und unterschieden sich vielleicht um 1–2 Franken. Der Preisunterschied bestehe im Transport in Abhängigkeit vom Standort.[269]

254. Der ehemalige Geschäftsführer des Baumeisterverbandes Region Bern (BVRB) [M._____] sagte am 15. September 2015 als Zeuge aus, die Preise der publizierten Preislisten hätten jeweils nicht weit neben den dem BRVB kommunizierten Preisen gelegen, sondern sich im Preisrahmen bewegt, welche die KTB-Werke dem BVRB zuvor mitgeteilt hätten.[270] Ferner sei der Mengenrabatt in den Preislisten der Werke enthalten gewesen.[271]

255. [H._____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 27. November 2017 aus, die Preislisten der Betonwerke würden dem Abnehmer als Anhaltspunkt für die Kalkulation dienen. Damit man bei Kleinmengen bei Vorabklärungen einer Ausschreibung wisse, «*wo man sich beweg[e]*».[272]

256. Der [Mitarbeiter] der Büchi Bauunternehmung AG [I._____] sagte aus, der Kundendienst der Büchi arbeite zur Erarbeitung von Offerten für Ausschreibungen mit Preislisten, welche auf Erfahrungen basierten.[273] Wenn für ein bestimmtes Produkt kein Preis hinterlegt sei, dann würde der Preis aus der Lieferantenpreisliste eingesetzt.[274]

c. Schriftliche Erklärungen von Dritten

257. [A._____] beantwortete freiwillig schriftlich den Fragebogen des Sekretariats vom 11. November 2015. Auf die Frage, ob die ehemaligen Mitglieder des Verbandes Kies- und Betonwerke Bern und Umgebung (KTB) nach dessen Auflösungen Abmachungen über Preise getroffen hätten, antwortete er unter anderem Folgendes: «*Aus den Nachkalkulationen des Vorjahres ergaben sich bei allen Werken fast dieselben Gestehungskosten, was somit auch zu sehr ähnlichen Listenpreisen führte. Der Konkurrenzkampf wurde höchstens über die Rabatte geführt.*». An diesen Abmachungen hätten sich die Messerli Kieswerk AG, die Keller AG, K.+U. Hofstetter AG, die Kästli Bau AG und bis zur Geschäftsaufgabe die Künti AG beteiligt.[275]

d. Parteiaussagen

258. Der [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe – [N._____] – gab am 19. Oktober 2016 zu Protokoll, dass in den Offerten der Alluvia-Gruppe jeweils der Preislistenpreis stand. Dieser sei die Preisbasis gewesen, davon seien die verschiedenen Rabatte abgezogen worden.[276]

[265] Act. III.22 (22-0440), Act. II.C.X.117 (22-0440), Act. II.C.X.125 (22-0440), Act. II.B.X.266 (22-0440).
[266] Act. III.22 (22-0440), Act. II.C.X.117 (22-0440), Act. II.C.X.125 (22-0440), Act. II.B.X.266 (22-0440).
[267] Act. II.C.X.117 (22-0440), S. 1 Rundschreiben.
[268] Act. II.B.X.287 (22-440), S. 10 Punkt 3.3.3.
[269] Act. III.13 (22-0440), Zeilen 126 ff.
[270] Act. III.22, Zeilen 271-276.
[271] Act. III.22, Zeilen 461 f.
[272] Act. III.2, Zeilen 191 ff.
[273] Act. III.3, Zeilen 135.
[274] Act. III.3, Zeilen 162 f.
[275] Act. VI.2, Antwort auf Frage 4 und 4.1 (22-0440).
[276] Act. III.29, Zeilen 339 ff. (22-0440).

e. Parteieingaben

259. Die Alluvia-Gruppe machte in ihrer schriftlichen Eingabe vom 18. Januar 2017 geltend, die alljährliche Ankündigung der ungefähren Bandbreiten der prozentualen Preiserhöhungen hätte den BVRB-Mitgliedern dazu gedient, ihre Regiepreise und somit ihre Offerten erstellen zu können.[277]

260. Die Kästli-Gruppe macht in ihrer Eingabe vom 12. Mai 2017 geltend, die prozentualen Angaben über die bevorstehenden Teuerungen hätten den BVRB-Mitgliedern in der Planung und Offertstellung ihrer Leistungen für das folgende Jahr gedient.[278]

261. Die Alluvia-Gruppe machte in ihrer schriftlichen Eingabe vom 18. Januar 2017 geltend, die Preiserhöhungen hätten aufgrund von überwiegend exogenen Preisindikationen, welche die Alluvia- und die Kästli-Gruppe wiederum individuell von ihren Lieferanten und Lieferantinnen (Zement, Strom, Treibstoff, etc.) erhalten hätten, stattgefunden. Ferner hätten die LSVA und die zu erwartenden Personalkosten (Landesmantelvertrag) Einfluss auf die Preiserhöhung gehabt. Die Ankündigungen hätten die Preisgestaltung der beiden Parteien gegenüber ihren Kunden nicht beeinflusst. Zum einen sei bei der Bekanntgabe der Bandbreiten nicht klar, an welchem Ende der Bandbreite die Preiserhöhung zu stehen komme. Zum anderen würden sich die prozentualen Bandbreiten lediglich auf die Preislisten beziehen. Von diesen Preisen würden noch Rabatte abgezogen. Die Preise auf einer Preisliste seien für das konkrete Angebot bzw. die tatsächliche Konkurrenzsituation nur wenig aussagekräftig.[279]

262. Die Kästli-Gruppe bringt in ihrer schriftlichen Eingabe vom 12. Mai 2017 vor, die tatsächlichen Änderungen in den Kies- und Betonpreisen seien von der Kästli-Gruppe unabhängig von der Alluvia-Gruppe jeweils erst nach Feststehen aller Teuerungsfaktoren selbständig und für jede Betonsorte einzeln kalkuliert und am Anfang des folgenden Jahres in den individuellen Preislisten der Werke bekannt gegeben worden. Die Preisliste sei öffentlich einsehbar und diene als «*Akquisitions- und Marketinginstrument*.»[280]

(iii) Beweiswürdigung

263. Die vorgenannten Beweismittel sind mit Bezug darauf zu würdigen, ob die Bandbreiten tatsächlich angewendet wurden, den BVRB-Mitgliedern mitgeteilt wurden, die angekündigten Preiserhöhung mit den Preislisten übereinstimmten, die Preiserhöhungsinformationen von den BVRB-Mitgliedern verwendet wurden und ob die vorbesprochenen Preiserhöhungsbandbreiten tatsächlich von der Alluvia- und der Kästli-Gruppe umgesetzt wurden.

Anwendung der Bandbreiten

264. Gemäss der Zeugenaussage des ehemaligen [Mitarbeiters] der Kästli-Gruppe – [L._____] – und des früheren [Funktionsbezeichnung] der KTB AG bewegten sich die Bandbreiten in engen Grenzen, nämlich 1–2 CHF. Damit stimmen die Rundschreiben des BVRB aus den Jahren 2004, 2007, 2008 und 2009 überein. Darin kommunizierte der BVRB seinen Mitgliedern die angekündigten Preisänderungen. Die von der Alluvia- und der Kästli-Gruppe angekündigten Preiserhöhungen unterscheiden sich kaum und wurden in Bandbreiten von plus oder minus 1 % aufgeführt. Einzig im Jahr 2009 waren die Bandbreiten 2–3 %. Aus den Preiserhöhungsankündigungen des Jahres 2013 ergibt sich, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe die Preise gar nicht bzw. nur teilweise und in geringem Ausmass erhöhten. Es ist daher bewiesen, dass sich die Bandbreiten der Preiserhöhungen, wenn überhaupt Bandbreiten angegeben wurden, in einem engen Rahmen bewegten.

Mitteilung der Bandbreiten an die BVRB-Mitglieder

265. Aufgrund der Rundschreiben des BVRB an seine Mitglieder ist bewiesen, dass die von den KTB-Werken angekündigten Preiserhöhungen auch tatsächlich den BVRB-Mitgliedern mitgeteilt wurden.

Übereinstimmung der angekündigten Preiserhöhungen mit den später publizierten Preislisten

266. Der ehemalige Geschäftsführer des BVRB sagte aus, die Preise in den publizierten Preislisten hätten jeweils nicht weit neben den dem BRVB kommunizierten Preisen gelegen. Diese Aussagen stimmen mit den Angaben der Alluvia- und der Kästli-Gruppe überein. Beide Unternehmen geben an, dass die Mitglieder-Unternehmen des BVRB die Preisankündigungen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe für die Offertstellungen gebraucht hätten. Träfe die Aussage des ehemaligen Geschäftsführers des BVRB nicht zu und hätten sich die angekündigten Preise in relevantem Ausmass von den tatsächlich später publizierten Preisen unterschieden, wäre eine Offertstellung der Bauunternehmer und Bauunternehmerinnen basierend auf den Vorankündigungen – wie es die Alluvia- und die Kästli-Gruppe vorbringen – nicht möglich gewesen. Hätte es wesentliche Abweichungen zwischen den vorangekündigten Preisen und den später in den Preislisten festgehaltenen Preisen gegeben, ergäbe die Vorankündigung zudem keinen Sinn. Denn in diesem Fall hätten die Mitglieder-Unternehmen des BVRB ohnehin mit der Offertstellung bis zur Herausgabe der definitiven Preislisten zuwarten müssen. Die Vorabmitteilung wäre dadurch unnütz. Aufgrund alledem ist erwiesen, dass die später publizierten Preise mit den Vorankündigungen – abgesehen von nicht marktrelevanten Abweichungen – übereinstimmten.

Verwendung der Preiserhöhungen für Kalkulation der Offerten

267. Sowohl die Alluvia- als auch die Kästli-Gruppe geben an, dass die Preiserhöhungen den BVRB-Mitgliedern dazu gedient hätten, ihre Offerten zu erstellen. Diese Angaben stimmen mit den Aussagen von [H._____] überein, wonach die Preislisten der Betonwerke dem Abnehmer als Anhaltspunkt für die Kalkulation bei Kleinmengen dienten. Auch die Zeugenaussage von

[277] Act. I.2, S. 2 f.
[278] Act. VIII.B.1, S. 2.
[279] Act. I.2, S. 2 f.
[280] Act. VIII.B1, S. 2/6-3/6.

[I._____] stimmt damit überein. Laut [I._____] wurden die Preislistenpreise zum Teil verwendet, um Offerten auszuarbeiten, da diese Preise in die internen Preislisten eingefügt wurden, sofern kein Erfahrungswert bestand. Insgesamt steht somit fest, dass die mitgeteilten Preiserhöhungen den BVRB-Mitgliedern zumindest teilweise dazu dienten, ihre Offerten zu erstellen.

Umsetzung der Preiserhöhungen im vereinbarten Rahmen

268. Die Parteien haben dem BVRB und damit dem Verband ihrer wichtigsten Kunden vorab mitgeteilt, in welchem Rahmen sich die Listenpreise im kommenden Jahr verändern werden. Es scheint unwahrscheinlich, dass die Parteien anschliessend von dieser Ankündigung stark abweichen konnten, da die Bauunternehmungen die angekündigten Preisveränderungen zur Offertstellung verwendet haben. Möglicherweise hätten die Parteien auch nach der Ankündigung im Vergleich dazu tiefere Listenpreise festlegen können. Deshalb wird nachfolgend geprüft, inwiefern die Listenpreise der Parteien mit den angekündigten Preisanpassungen konsistent waren.

269. Schriftliche Vereinbarungen der Preisveränderungen liegen dem Sekretariat für die Jahre 2004, 2007, 2008 und 2009 vor.[281] Dabei wurde jeweils vereinbart, wie sich die Kies- und Betonpreise im folgenden Jahr im Vergleich zum aktuellen Jahr verändern. Der Vereinbarung des Jahres 2004 kann also zum Beispiel entnommen werden, um wie viele Prozentpunkte sich die Preise im Jahr 2005 im Vergleich zu 2004 verändern sollen.

270. Das Sekretariat hat anhand der von den Parteien eingereichten Preislisten[282] überprüft, ob die angekündigten Preisänderungen tatsächlich im vereinbarten Mass umgesetzt wurden. Zu diesem Zweck wurden die Preise der 10 meistgelieferten Kies- und Betonsorten näher untersucht. Zur Identifikation dieser 10 meistgelieferten Sorten wurden die von den Parteien eingereichten Lieferscheindaten verwendet (vgl. Rz 35 ff).[283] Damit wurden die 10 meistgelieferten Kies- und die 10 meistgelieferten Betonsorten separat für die der KTB angeschlossenen Werke der Alluvia-Gruppe und die Kies- und Betonwerke der Kästli-Gruppe in Rubigen identifiziert. Von diesen 10 meistgelieferten Sorten wurden nur die Preise derjenigen Sorten untersucht, die in sämtlichen Preislisten 2004–2013 enthalten sind.[284] Durch diese Auswahl blieben bei der Alluvia-Gruppe 4 Kiessorten und 8 Betonsorten übrig. Bei der Kästli-Gruppe wurden die Preise von 7 Kies- und 8 Betonsorten näher untersucht.

271. Diese verbleibenden Sorten decken jeweils rund 25 bis 50 % der insgesamt von den KTB Werken verkauften Menge an Kies und Beton ab. Die genauen erfassten Anteile sind in Tabelle 10 aufgelistet. Listen mit den genauen Bezeichnungen der verwendeten Sorten sind in Akte VII.36, Kapitel D, enthalten.

Tabelle 10: Anteil der erfassten Sorten an der insgesamt verkauften Menge

Produkt	Partei	Anteil an Gesamtmenge
Beton	Alluvia	[<40]%
Beton	Kästli	[>45]%
Kies	Alluvia	[<25]%
Kies	Kästli	[>45]%

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

272. Da Preislisten für die Jahre 2004–2013 vorliegen, konnte das Sekretariat insgesamt 9 Preisanpassungen für die Jahre 2004–2012 berechnen. Die durchschnittlichen Preisanpassungen sind in Tabelle 11 separat für die der KTB angeschlossenen Werke der Alluvia- und der Kästli-Gruppe für die wichtigsten Betonsorten aufgeführt.[285] Der Spalte 2004 ist zum Beispiel zu entnehmen, dass die Listenpreise der meistgelieferten Betonsorten bei den der KTB AG angeschlossenen Werken der Alluvia-Gruppe im Jahr 2005 im Vergleich zum Jahr 2004 um durchschnittlich 1,8 % erhöht wurden. Die Frischbeton AG Rubigen hat ihre Listenpreise im gleichen Zeitraum um 1,5 % erhöht. Vereinbart war eine Preiserhöhung um 2–3 %. Tabelle 12 enthält die entsprechenden Preisanpassungen für die meistgelieferten Kiessorten.

[281] Act. III.22 (2004), Act. II.C.X.117 (2007), Act. II.C.X.125 (2008), Act. II.B.X.266 (2009). Für die verbleibenden Jahre verfügt das Sekretariat über keine Dokumente, die Rückschlüsse über die konkreten vereinbarten Preisanpassungen erlauben.

[282] Act. II.B.27 und Act. II.B.28 (Alluvia-Gruppe, 2004–2009), Act. VIII.A.10.d bis VIII.A.10.k (Alluvia-Gruppe, 2010–2013), Act. VIII.B.40.b bis Act. VIII.B.40.o (Kästli-Gruppe).

[283] Während die Preislisten für die Jahre 2004–2013 vorliegen, sind Lieferscheindaten nur für die Jahre 2007–2013 verfügbar. Es ist davon auszugehen, dass Sorten, mit welchen 2007–2013 ein hoher Umsatz erzielt wurde, auch während der drei unmittelbar vorangegangenen Jahre 2004–2006 wichtig waren. Deshalb dienen die Lieferscheindaten, welche nur für die Jahre 2007–2013 vorliegen, als Grundlage für die Bestimmung wichtiger Sorten.

[284] Bei den von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten wurden nur Sorten verwendet, welche in allen Preislisten aller der KTB angeschlossenen Werke in jedem der Jahre 2004–2013 aufgeführt waren.

Tabelle 11: Anpassung der Listenpreise der meistgelieferten Betonsorten 2004–2013

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Preiserhöhung Alluvia	1,8 %	1,0 %	2,7 %	4,7 %	3,4 %	0,0 %	2,3 %	1,0 %	0,9 %
Vereinbarung Alluvia	2-3 %			4-5 %	2-5 %	0 %			
Preiserhöhung Kästli	1,5 %	0,7 %	2,6 %	4,1 %	3,8 %	0,0 %	2,2 %	1,1 %	0,4 %
Vereinbarung Kästli	2-3 %			4-5 %	4 %	0 %			

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Act. III.22 (2004-2005), Act. II.C.X.117 (2007-2008), Act. II.C.X.125 (2008-2009), Act. II.B.X.266 (2009-2010)

Tabelle 12: Anpassung der Listenpreise der meistgelieferten Kiessorten 2004–2013

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Preiserhöhung Alluvia	2,3 %	0,3 %	2,1 %	2,5 %	2,7 %	0,0 %	1,2 %	1,0 %	1,1 %
Vereinbarung Alluvia	2-3 %			3 %	2-4 %	0 %			
Preiserhöhung Kästli	2,2 %	0,4 %	1,9 %	3,0 %	2,1 %	0,0 %	1,2 %	0,8 %	0,4 %
Vereinbarung Kästli	2-3 %			3 %	4 %	0 %			

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Act. III.22 (2004-2005), Act. II.C.X.117 (2007-2008), Act. II.C.X.125 (2008-2009), Act. II.B.X.266 (2009-2010).

273. Die tatsächlichen prozentualen Preisanpassungen fielen bei unterschiedlichen Sorten unterschiedlich aus. Das liegt teilweise daran, dass die Preise gerundet werden: je nachdem, ob ein Preis auf- oder abgerundet wird, ergeben sich unterschiedlich grosse Preisanpassungen. Es gibt aber durchaus auch Sorten, bei welchen die tatsächliche Preisveränderung deutlich von der vereinbarten Anpassung sowie von der durchschnittlichen Preisanpassung abwich, so dass sich die entsprechenden Unterschiede nicht ausschliesslich mit Rundungen erklären lassen.

274. Die vorliegende Vereinbarung legt folglich nicht für jede einzelne Sorte eine genaue Preiserhöhung fest. Dazu reicht eine sich auf alle Sorten beziehende Vereinbarung nicht aus. Vielmehr gibt sie die Grössenordnung der vorgesehenen Preisanpassungen vor. Dieser Umstand ist auch daran zu erkennen, dass in manchen Jahren lediglich eine Bandbreite statt eine genaue Preiserhöhung vereinbart wurde.

275. Die Grössenordnung der durchschnittlichen Preisanpassungen der in Tabelle 11 und Tabelle 12 ausgewerteten meistgelieferten Sorten entspricht in der Regel der entsprechenden Vereinbarung: Die Abweichung ist nur im Jahr 2008 in Bezug auf Kies bei der Kästli-Gruppe grösser als 0,5 %. In allen anderen Jahren entsprechen die tatsächlichen Preiserhöhungen im Durchschnitt etwa den vereinbarten Werten.

276. Das Jahr 2009 ist ein Spezialfall, weil vereinbart wurde, die Preise unverändert zu lassen. Dadurch spielen Rundungen im Gegensatz zu den anderen Jahren keine Rolle. Tatsächlich blieben die Listenpreise beider Parteien unverändert.[286]

277. Die vereinbarten Preiserhöhungen liessen zwar keine präzisen Rückschlüsse auf die Preise einzelner Sorten zu. Die Grössenordnung der tatsächlichen durchschnittlichen Preiserhöhung entsprach aber der Vereinbarung. Somit ist erwiesen, dass die vereinbarten Preiserhöhungen auch tatsächlich umgesetzt wurden.

Rechtfertigende Parteivorbringen zum Sachverhalt

278. Das Vorbringen der Alluvia-Gruppe, die Verfahrensparteien hätten nicht gewusst, an welchem Ende der Bandbreiten die Preiserhöhung zu stehen komme, ist nicht relevant. Es steht fest, dass die Preiserhöhungen sowohl von der Alluvia- als auch der Kästli-Gruppe in sehr ähnlicher Weise vollzogen wurden.

279. Die Alluvia-Gruppe bringt vor, von den Listenpreisen würden noch Rabatte abgezogen, weshalb diese Preise für die Konkurrenzsituation nicht aussagekräftig seien. Dieses Vorbringen entspricht nicht den Tatsachen. Die Verfahrensparteien machen übereinstimmend in ihren schriftlichen Eingaben geltend, dass der Listenpreis zur Offertstellung benutzt wurde (dazu vorne Rz 259 f.). Diese Feststellung bestätigte auch [N._____] anlässlich seiner Parteiaussage von vom 19. Oktober 2016.[287] Es steht fest, dass die Offerte der Ausgangspunkt für jeden Wettbewerb um einen zu realisierenden Auftrag ist, denn basierend darauf entscheidet ein Auftraggeber, an wen er seinen Auftrag vergeben will.

[285] Bei der Berechnung des angegebenen Durchschnittes wird allen Sorten und allen Werken gleiches Gewicht beigemessen. Für die Jahre 2004–2006 werden die Preislisten der Werke verwendet, welche sich zur Alluvia-Gruppe zusammenschlossen.

[286] Die Kästli-Gruppe bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 5. Juli 2018 vor, das Jahr 2009 sei für die Beurteilung der Umsetzung nicht aussagekräftig. Die durch die globale Finanzkrise von 2008 ausgelöste wirtschaftliche Verunsicherung erkläre den Umstand, dass 2009 auf Preiserhöhungen verzichtet worden sei. Ausserdem sei die Jahresteuerung im Oktober 2009 mit -0,8 % negativ ausgefallen (Act. VI.29, Rz 255).
Gerade weil die Preise vieler anderer Produkte zu dieser Zeit sanken, ist es aus Sicht der Wettbewerbsbehörden alles andere als selbstverständlich, dass die Listenpreise der Parteien unverändert blieben.

[287] Act. III. 29 (22-0440), Zeilen 339 f.

Dementsprechend sagte [der] ehemalige [Mitarbeiter] der Kästli-Gruppe – [L._____] – als Zeuge aus, dass die Preislisten die Basis der Konkurrenz seien.[288]

280. Auch im Marketing-Konzept der Hofstetter ist festgehalten, dass hohe Grundrabatte die Preisbasis immer weiter nach unten korrigierten.[289] Dies zeigt einerseits, dass die Höhe der Rabatte einen Einfluss auf die Endpreise hatte, andererseits aber auch, dass die Listenpreise der Ausgangspunkt des Preiswettbewerbs waren. Schliesslich gibt auch die Kästli-Gruppe an, dass die Preislisten ein «*Akquisitions- und Marketinginstrument*» sind. Insgesamt besteht also kein Zweifel daran, dass die Listenpreise einen entscheidenden Einfluss auf die Vergabe eines Auftrags und damit auf die Konkurrenzsituation hatten.

281. Das Vorbringen, wonach die Kästli-Gruppe unabhängig ihre Preise im Markt kommuniziert habe, nachdem die letzten Teuerungen bekannt gewesen seien, ändert nichts am vorliegenden Beweisergebnis. Erstens stimmten die Preise erwiesenermassen in der Regel mit den kommunizierten Preiserhöhungen überein. Zweitens teilten sich die Kästli- und die Alluvia-Gruppe unabhängig von dieser Relativierung dennoch vorab ihre Preiserhöhung mit, so dass jeglicher Preissetzungsentscheid basierend auf diesen Informationen stattfinden konnte. Drittens kommunizieren Wettbewerber oder Wettbewerberinnen, welche einander Marktanteile streitig machen wollen, einander nicht vorab Geschäftsgeheimnisse, um auf diese Weise dem Wettbewerber oder der Wettbewerberin die Möglichkeit einzuräumen, sich danach auszurichten. Ob die Preise, nachdem sie untereinander koordiniert worden waren, noch publiziert wurden, ist nicht relevant, da die Verfälschung des Preissetzungsprozesses bereits mit der gegenseitigen Mitteilung der geplanten Preiserhöhungen eingetreten war.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

282. Die Alluvia- und die Kästli-Gruppe bestreiten, dass das Sekretariat die Umsetzung der angekündigten Preiserhöhungen bewiesen habe.[290] Die Kästli-Gruppe legt eine alternative Darstellung der Veränderung der Listenpreise vor und behauptet, die korrekt aufbereiteten Lieferscheindaten würden zeigen, dass zwischen der Kästli und der Alluvia-Gruppe Wettbewerb geherrscht habe. Die Listenpreise hätten zudem für die Vergabe eines Auftrags keine Bedeutung. Einerseits sei die Zeugenaussage von [H._____], der als Zeuge erst ab 2014 aussagen könne, falsch wiedergegeben. Er habe ausgesagt, dass die Preisliste des Lieferanten für die Preisverhandlungen keine Rolle spielten und einzig bei Kleinmengen als Anhaltspunkt dienten. Zudem habe das Sekretariat Teile der Aussage von [I._____] nicht aufgeführt, der in Tat und Wahrheit ausgesagt habe, dass die Preislisten keine Rolle spielten. Die Alluvia-Gruppe macht sinngemäss dieselben Vorbringen wie die Kästli-Gruppe.[291] Die Kästli-Gruppe behauptet, die Wettbewerbsbehörden liessen die Aktionärsstruktur der Frischbeton AG Rubigen ausser Acht, welche eine Absprache der Listenpreise verunmögliche, da sie aus Bauunternehmungen bestünde, welche an tiefen Preisen interessiert seien.[292]

283. Ausserdem bringt die Kästli-Gruppe vor, dass die jährlichen Umsätze der Frischbeton AG Rubigen im Zeitraum 2004–2013 tiefer gewesen seien als im Zeitraum 2014–2017. Auch die Gewinne seien 2004–2013 tiefer ausgefallen als 2014–2017. Zudem lägen die Gewinne der Frischbeton AG Rubigen grundsätzlich auf einem «tiefen bis sehr tiefen Niveau». Gemäss der Kästli-Gruppe zeigen diese Umsatz- und Gewinnzahlen, dass die Preise im Zeitraum 2004–2013 nicht «künstlich erhöht» waren.[293]

Würdigung

284. Die Parteiäusserungen sind, soweit sie für die Beurteilung der vorliegenden Sache relevant sind, unzutreffend.

285. In Bezug auf die Umsetzung der Koordination der Listenpreise bringen die Parteien insbesondere vor, dass die Preisänderungen verschiedener Kies- und Betonsorten teilweise unterschiedlich waren. Diese Feststellung widerspricht der Umsetzung der Vereinbarung nicht. Diese Vereinbarung bezog sich nicht auf einzelne Sorten und schloss deshalb eine unterschiedliche Anpassung je nach Sorte nicht aus.

286. Des Weiteren sind die Parteien der Ansicht, die tatsächlichen Preisänderungen wichen teilweise von den vereinbarten Änderungen ab, so dass man nicht auf eine Umsetzung der Vereinbarung schliessen könne. Tatsächlich entsprechen die durchschnittlichen Preisänderungen der wichtigsten Sorten nicht immer genau den vereinbarten Anpassungen. Die entsprechenden Abweichungen sind aber gering. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Sekretariat nur die wichtigsten Sorten berücksichtigen konnte. Die durchschnittliche Preisänderung aller Sorten kann davon durchaus ebenfalls geringfügig abweichen.

287. Die durch die Kästli-Gruppe eingereichten alternativen Auswertungen der Lieferscheindaten (Act. VI.29, Beilage 1, Tabellen 6 und 7) werden in Rz 604 näher diskutiert. Die entsprechenden Resultate beruhen auf einer fehlerhaften und unvollständigen Bereinigung der Daten und stellen keinen Nachweis für wettbewerbliches Verhalten zwischen Kästli und Alluvia dar.[294] Die Relevanz der Auswertung der Lieferscheindaten der Alluvia-Gruppe zur Beurteilung des Verhaltens der Kästli-Gruppe wird in Rz 594–597 sowie in Rz 606–608 diskutiert.

[288] Act. III.13 (22-0440), Zeilen 201 f.
[289] Act. III.17, S. 10, Punkt 3.3.3 (22-0440).
[290] Act. VI.29. Rz 252 ff.; Act. VI.30, Rz 83 ff.
[291] Act. VI.30, Rz 83 ff.
[292] Act. VI.29, Rz 257 ff.; Rz 260 ff.; Rz 268 f.; Rz 271 ff.; Rz 275.
[293] Act. VI.29, Rz 290–292.
[294] An verschiedenen Stellen ihrer Eingabe unterschlägt die Kästli-Gruppe ausserdem, dass selbst die auf einer unvollständigen und fehlerhaften Datenbereinigung beruhenden Ergebnisse von Polynomics alles andere als klar sind: Polynomics kann Hypothese 1 nur in drei von sechs Fällen verwerfen. Dieser Umstand wird an anderer Stelle verschleiert. Im Kapitel zur Koordination der Listenpreise wird der Bericht von Polynomics folgendermassen zitiert: «Wir können die Hypothese 1 (…) verwerfen» (Act. VI.29, Rz 262). Die vollständige Aussage ist «Wir können die Hypothese 1 für diese drei Betonsorten daher verwerfen» (Act. VI.29, Beilage 1, S. 18). Dieses Resultat wird fälschlicherweise als «eindeutig» bezeichnet (Act. VI.29, Rz 262).

288. Was die Bedeutung der Listenpreise und die Zeugenaussagen betrifft, sei Folgendes angemerkt:

- Vorab sei klargestellt, dass wie die Wettbewerbsbehörde in Rz 142 aufführt (vgl. auch Rz 131 des Antrags vom 5. Juli 2018), die Kästli-Gruppe [0–15] % ([0-10] Mio. Fr.) ihres Gesamtumsatzes und die Alluvia-Gruppe [10–25] % ([40–55] Mio. Fr.) ihres Gesamtumsatzes mit Produkten erzielten, die ohne jeglichen Rabatt auf den Listenpreisen verkauft wurden. Bereits daraus wird deutlich, dass die Listenpreise eine zentrale Rolle im Markt spielen. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Sachverhalts im vorliegenden Sinne, reicht diese Tatsache bereits aus.

- Der Vollständigkeit halber sei dennoch auf die Behauptungen zu den Zeugenaussagen eingegangen. Die Kästli-Gruppe insinuiert, der Zeuge [H._____] sei, weil er erst ab 2014 aussagen könne, nicht tauglich, eine Aussage zu machen. Das ist falsch, der Zeuge wurde zum Kies- und Betonmarkt im Raum Bern befragt und nicht zu den Verhaltensweisen der Parteien.[295] Es ist nicht ersichtlich und wird von der Kästli-Gruppe auch nicht dargelegt, inwiefern die Aussagen zum Markt nicht zutreffen sollten. Zudem beruft sich die Kästli-Gruppe selbst auf die Aussagen des Zeugen [H._____], um ihren Standpunkt zu stützten. Diese Argumentationsweise ist widersprüchlich und verstösst gegen Treu und Glauben. Was die Behauptung der Kästli-Gruppe betrifft, [H._____] habe gesagt, die Preislisten spielten keine Rolle für die Preisverhandlungen, ist darauf hinzuweisen, dass die Einvernehmenden aus diesem Grund nachgefragt haben, weshalb es dann überhaupt eine Preisliste gebe. Darauf antwortete der Zeuge, es gebe die Preislisten «damit man einen Anhaltspunkt hat», «*damit die Kalkulation weiss, wo man sich etwa bewegt*».[296] Wenn nun die Wettbewerbsbehörden daraus ableiten, diese Aussagen stimmten mit den Aussagen der Kästli überein, wonach die Bruttopreise für die Offertstellung der BVRB-Mitglieder verwendet worden seien, ist daran nichts zu beanstanden. Gleich verhält es sich mit der Aussage von [I._____]. Auch er sagte auf Nachfrage des Sekretariats, warum es eine Preisliste gebe, aus, dass wenn für ein bestimmtes Produkt kein Preis hinterlegt sei, der Preis aus der Lieferantenpreisliste eingesetzt werde[297] (vgl. oben Rz 256 bzw. Antrag vom 5. Juli 2018, Rz 220).

- Der Umstand, dass die beiden Zeugen auf erste Fragen hin zuerst aussagten, die Preislisten hätten keine Bedeutung und erst auf die Nachfragen hin ihre Antwort präzisierten, ist irrelevant. Aus demselben Grund brauchen die Wettbewerbsbehörden auch nicht ganze Protokollabschnitte in den Antrag hineinzukopieren, wie dies die Kästli-Gruppe insinuiert. Es liegt in der Natur der Sache und entspricht der verfassungsmässigen Begründungspflicht, dass die Behörden einzig die entscheidrelevanten Abschnitte herbeiziehen. An der Konklusion der Wettbewerbsbehörden, die mitgeteilten Preiserhöhungen hätten den BVRB-Mitgliedern zumindest teilweise dazu gedient, ihre Offerten zu erstellen (vgl. oben Rz 267 bzw. Antrag vom 5. Juli 2018, Rz 231), ändern diese Einwände nichts.

289. Bezüglich der Aktionärsstruktur sei darauf hingewiesen, dass die Kästli-Gruppe die Aktienmehrheit hielt und die Preise daher unabhängig von den übrigen Aktionären festlegen konnte.

290. In Bezug auf den Vergleich der jährlich erzielten Gewinne der Frischbeton AG Rubigen während des Zeitraums 2004–2013 mit den ab 2014 erzielten Jahresgewinnen ist Folgendes festzuhalten: Der Zweck einer Koordination der Preise besteht in der Regel darin, den Gewinn der beteiligten Unternehmen zu steigern. Deshalb wäre tatsächlich davon auszugehen, dass eine erfolgreiche Abstimmung zwischen den Parteien deren Gewinn erhöht. Trotzdem ändern die durch die Kästli-Gruppe vorgelegten Zahlen aus den folgenden Gründen nichts an der Einschätzung der Wettbewerbsbehörden:

- Die Aktionäre der Frischbeton AG Rubigen profitierten nicht nur dadurch, dass Jahresgewinne ausgeschüttet oder reinvestiert wurden. Zusätzlich dazu erhielten die Aktionäre eine Rückerstattung, die proportional zur im Verlauf des Geschäftsjahres bezogenen Betonmenge ausbezahlt wurde. Dieser «Aktionärsbonus wurde durch den Verwaltungsrat der Frischbeton AG Rubigen jeweils jährlich gestützt auf den Jahresabschluss der Gesellschaft festgelegt.»[298] In manchen Jahren überstieg diese Rückzahlung den Jahresgewinn deutlich. Im Jahr 2009 bezogen die Aktionäre der Frischbeton AG Rubigen zum Beispiel [30 000–40 000] m^3 Beton und der Aktionärsbonus betrug Fr. 4 pro m^3.[299] Folglich wurden Fr. [120 000–160 000] in Form des Aktionärsbonus an die Aktionäre ausbezahlt, während der ausgewiesene Gewinn lediglich Fr. [25 000–75 000] betrug.

- Die Auswirkungen kartellrechtswidriger Verhaltensweisen sind in der Regel auch einige Jahre nach Einstellen besagter Verhaltensweisen noch spürbar. Neue Wettbewerber können zum Beispiel nicht von einem Tag auf den anderen in einen vormals abgeschotteten Markt eintreten. Auch die Koordination von Listenpreisen kann zu Verhaltensmustern führen, die sich nicht unmittelbar nach der Einstellung verändern.

[295] Act. I.49, S. 2; Act. III.2, Zeilen 42 ff.
[296] Act. III.2, Zeilen 191 bis 196.
[297] Act. III.3, Zeilen 159 ff.
[298] Act. VIII.B.40, Antwort auf Frage 1.
[299] Act. II.A.X.165.

- Bei einem Vergleich der Gewinne 2004–2013 mit den Gewinnen 2014–2017 müssten zahlreiche weitere Faktoren berücksichtigt werden, die sich im Verlauf der Zeit verändern. Zum Beispiel hat die Konjunkturlage einen Einfluss auf die Nachfrage und damit auf den Gewinn und den Umsatz der Frischbeton AG Rubigen. Auch die Kosten der für die Herstellung von Beton erforderlichen Güter (zum Beispiel Energie) verändern sich im Verlauf der Zeit. Die Kästli-Gruppe berücksichtigt keinerlei derartige Grössen, weshalb die von ihr ausgewiesenen durchschnittlichen Gewinne und Umsätze keine geeignete Vergleichsbasis sind.

291. Die Kästli-Gruppe ist der Ansicht, nicht nur die Gewinne, sondern auch die Umsätze 2004–2013 hätten höher sein müssen als 2014–2017, wenn die Preise «künstlich erhöht» gewesen wären.[300] Erhöht ein Anbieter den Preis eines von ihm verkauften Produkts, kann er in der Regel nur noch eine geringere Menge zu diesem höheren Preis verkaufen. Deshalb führt eine Preiserhöhung nicht zwingend zu einem höheren Umsatz. Ausserdem leidet auch der Vergleich der Umsatzzahlen an den oben diskutierten Schwächen und ändert deshalb ebenfalls nichts an der Einschätzung der Wettbewerbsbehörden.

(v) Beweisergebnis

292. Die Koordination der Listenpreise führte dazu, dass die Verfahrensparteien gemeinsam Preisanpassungen, insbesondere auch Erhöhungen, durchsetzen konnten. Die Parteien setzten die angekündigten Preisanpassungen auch um. Kunden, welche den Bruttopreislistenpreis als Einkaufspreis bezahlten (vgl. dazu oben Rz 142) waren direkt von der Koordination betroffen. Die Kästli-Gruppe erwirtschaftete [0-15] % ([0-10] Mio. Fr.) ihres Gesamtumsatzes und die Alluvia-Gruppe [10-25] % ([40-55] Mio. Fr.) ihres Gesamtumsatzes mit solchen Kunden (vgl. oben Rz 142, Antrag vom 5. Juli 2018, Rz 131).

293. Insgesamt ermöglichte die Bruttopreiskoordination den Parteien, das Preisniveau für Kies- und Betonprodukte zu beeinflussen. Dies führte in gewissen Jahren zu einer Erhöhung des Preisniveaus und in gewissen Jahren zu einer Stabilisierung des Preisniveaus. Eine Preissenkung fand nicht statt. In jedem Fall war die gemeinsame Koordination der Listenpreise geeignet, den Preiswettbewerb zwischen den Parteien zu beeinflussen.

B.5.2.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis der Listenpreise

294. Zwischen den Verfahrensparteien lagen seit spätestens dem Jahr 2004 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen (Konsens) vor, jeweils Ende Jahr gemeinsam die Anpassungen ihrer Preislisten bezüglich Kies- und Betonprodukte inklusive Transport für das darauffolgende Jahr im Rahmen von engen Bandbreiten festzulegen (Koordination der Listenpreise). An dieser Koordination der Listenpreise waren die Alluvia-Gruppe mit den Kies- und Betonwerken Hindelbank, Bern-Bethlehem, Oberwangen sowie dem Betonwerk Worblaufen und die Kästli-Gruppe mit dem Kies- und Betonwerk Rubigen beteiligt.

295. Der Konsens der Verfahrensparteien, ihre Listenpreise für Kies- und Betonprodukte inklusive Transport zu koordinieren, bestand bis Ende 2013.

296. Die Verfahrensparteien bezweckten mit der Koordination der Listenpreise insbesondere, sich in Bezug auf die Listenpreise für Kies- und Betonprodukte inklusive Transport nicht zu konkurrieren, das Preisniveau für Kies- und Betonprodukte inklusive Transport in ihrem Interesse zu beeinflussen sowie ihre Liefergebiete abzustimmen (dazu hinten Rz 623 ff.).

297. Die Verfahrensparteien verhielten sich in den Jahren 2004 bis Ende 2013 (mit Wirkung bis 2014) entsprechend ihrem Konsens und legten jeweils Ende Jahr gemeinsam enge Bandbreiten für die Anpassungen ihrer Preislisten bezüglich Kies- und Betonprodukte inklusive Transport für das darauffolgende Jahr fest, insbesondere auch Erhöhungen. Hierzu trafen sie sich jeweils Ende Jahr im Rahmen einer Sitzung der KTB AG. Die beabsichtigten Preisanpassungen der einzelnen Werke kommunizierten sie anschliessend gemeinsam dem früheren Baumeisterverband der Region Bern BVRB. Dabei traten sie vereint als «KTB-Werke» auf. Die kommunizierten Preisanpassungen setzten die einzelnen Werke anschliessend individuell in ihren Preislisten um, die sie jeweils in den ersten Monaten jeden Jahres publizierten. Die Preisanpassungen der Verfahrensparteien waren in der Regel nicht identisch, bewegten sich aber innerhalb der gemeinsam festgelegten engen Bandbreiten.

298. Die Koordination der Listenpreise führte dazu, dass zwischen den Verfahrensparteien kaum Wettbewerb im Bereich der Listenpreise bestand. Weiter trug sie zur Abstimmung der Liefergebiete zwischen den Verfahrensparteien bei (dazu hinten Rz 623 ff.). Sodann erlaubte die Koordination der Listenpreise, dass die Verfahrensparteien gemeinsam Preisanpassungen, insbesondere auch Erhöhungen, durchsetzen. Dadurch konnten sie das Preisniveau für Kies- und Betonprodukte beeinflussen. Dies führte in gewissen Jahren zu einer Erhöhung des Preisniveaus und in gewissen Jahren zu einer Stabilisierung des Preisniveaus. In jedem Fall war die gemeinsame Koordination der Listenpreise geeignet, den Preiswettbewerb zwischen den Parteien zu beeinflussen.

B.5.3 Gemeinsamer Mengenrabatt

B.5.3.1 Konsens, Inhalt und Beteiligte

(i) Beweisthema

299. Vorliegend ist zu prüfen, ob und allenfalls ab wann zwischen den Verfahrensparteien eine übereinstimmende wirkliche Willenserklärung vorlag, sich über gemeinsame Mengenrabatte über Betonprodukte (verschiedene Betonsorten und Mörtel) zu einigen (natürlicher Konsens).

[300] Act. VI.29, Rz 291.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

300. Am 9. Oktober 2013 sandte [der] Alluvia-[Mitarbeiter] [K._____] eine E-Mail zum Thema Strukturveränderung KTB an seine [Kollegen] und an die [Funktionsbezeichnung] der Konkurrentin Kästli Bau AG [E._____ und B._____]. Der E-Mail ist ein Entwurf eines Schreibens angehängt, welches über die Neuorganisation der KTB und neue Rabattregeln informiert. Dem Schreiben ist zu entnehmen, dass die K.+U. Hofstetter AG, die Messerli Kieswerk AG, die Beton Worblaufen (Alluvia-Gruppe) und «die Kieswerk Kästli, Rubigen», die Frischbeton AG Rubigen sowie die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG (Kästli-Gruppe) entschieden hatten, «*die bisherigen Mengenrabattregelungen aufzugeben*» und im Frühjahr 2014 «*zum letzten Mal Mengenrabattabrechnungen (für 2013)*» zu erstellen und auszubezahlen. Die «*bisher gutgeschriebenen Mengenrabatte*» würden «*durch direkte Kunden- und Baustellenrabatte*» an ihre Kunden «*weitergeben*». «*Bei bereits laufenden Baustellen, für welche Mengenrabattregelungen vereinbart wurden*», würde im kommenden Jahr ein dem zu erwartenden Mengenrabatt entsprechender Direktrabatt gewährt.[301]

301. Der E-Mail einer Alluvia-Mitarbeiterin an [den Mitarbeiter] der Kästli Bau AG – [E._____] – vom 19. Februar 2014 ist zu entnehmen, dass er die Aufstellung der Mengenrabatte 2013 zur Durchsicht und Rückmeldung erhielt. Der Nachricht ist eine Abrechnung der Mengenrabatte 2013 angehängt.[302]

302. Aus einem Schreiben der Kästli-Gruppe vom November 2013 ist zu entnehmen, dass die KTB AG ihre Tätigkeit einstellt und als Organ für den Mengenrabatt der Betonwerke Bern und Umgebung entfällt.[303]

303. Aus einer Aufstellung der Mengenrabatte für die Jahre 2004–2011 der KTB AG Inkassostelle sind die gewährten Mengenrabatte ersichtlich. Die Aufstellung führt die Abzüge bei den Werken auf und die Auszahlungen an die Baumeister und Baumeisterinnen.[304]

304. Eine Aufstellung der KTB AG Inkassostelle vom 15. März 2012 enthält die Durchschnittswerte der gewährten Mengenrabatte von 2004 bis 2011 pro Kubikmeter je Baumeister. Der tiefste jährliche Durchschnittswert beträgt [4–6] % (2008) und der höchste [7–9] % (2010).[305]

305. Aus einem Marketing-Konzept der K.+U. Hofstetter AG vom 29. Oktober 1998, welches am 7. September 2010 aktualisiert wurde, folgt, dass die «*Firma Hofstetter […] in erster Linie das Mengenrabattsystem [betreibt]. Die bezogenen Beton-+ Mörtelkubaturen des jeweiligen Kunden w[ü]rden über das ganze Jahr hinweg zusammengezählt, mit dem zustehenden Rabatt multipliziert und Ende Jahr mit einer Gutschrift ausbezahlt. Für den Mengenrabatt [würden] die Ausstösse der Werke der Frischbeton Rubigen, Messerli, Kessler, Beton Worblaufen und Hindelbank [gelten]. Diese Guthaben w[ü]rden aus dem gemeinsamen Rabatt-Fonds der ZIK bezahlt. Das Werk Berken w[e]rd[e] ebenfalls in den Mengenrabatt miteinbezogen, die Auszahlung erfolg[e] jedoch durch die K.+U. Hofstetter AG […].*»[306] Einer Preisliste der Hofstetter aus dem Jahr 2011 kann entnommen werden, dass der «*Mengenrabatt für Beton und Mörtel*» für Bezüge «*in den Werken Worblaufen und Hindelbank*» «*mit den Bezügen in den Werken Bern-Betlehem, Oberwangen und Rubigen kumuliert*» wird.[307] Wie aus einer Abrechnung des Mengenrabatts vom 19. Februar 2014 hervorgeht, betrug der tatsächlich ausbezahlte Mengenrabatt im Jahr 2013 zwischen Fr. 2.50 pro Kubikmeter und Fr. 13.50 pro Kubikmeter.[308] Aus einer der Abrechnung beiliegenden Auflistung der einzelnen Kunden ergibt sich, dass der Mengenrabatt pro Kubikmeter stieg, je mehr Kubikmeter Beton ein Kunde bezog.[309] Den Wettbewerbsbehörden liegen schliesslich noch die Preislisten der Parteien vor.[310]

b. Parteiauskünfte

308. Gemäss der Parteiaussage des [Organs] der Kästli-Gruppe – [B._____] – vom 9. Februar 2015 haben die Firmen Hofstetter, Messerli, Frischbeton Rubigen, Frischbeton Worblaufen und Presyn[311] einen gemeinsamen Mengenrabatt.[312] Die Betonwerke hätten die Höhe des Mengenrabatts jeweils gemeinsam festgelegt. Dies sei im Zusammenhang mit Kundenrückmeldungen geschehen. Manche Kunden seien besser evaluiert worden als andere. Der gemeinsame Mengenrabatt sei auch in der Preisliste abgedruckt gewesen. Der Mengenrabatt sei wie eine allgemeine Lieferbedingung gewesen, welche für alle Kunden gegolten habe.[313] Der Mengenrabatt sei lange gleich hoch geblieben, es habe einzig ein oder zwei Mal eine Anpassung gegeben.[314] Der Mengenrabatt sei bei allen Betonwerken gleich hoch gewesen.[315]

309. [K._____] von der Alluvia-Gruppe sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 17. Februar 2015 aus, dass die Preislisten der KTB-Werke auch die Mengenrabattabstufungen enthielten. Die Mengenrabatte seien anhand der Bezüge eines Kunden abgerechnet worden.[316]

310. Der [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe – [C._____] – gab anlässlich seiner Parteieinvernahme vom 16. März 2015 zu Protokoll, der gemeinsame Mengenrabatt sei ab 1996 in den Sitzungen der KTB-Inkassostelle festgelegt bzw. weitergeführt worden. Die Teuerungsanpassung im Jahr 2008 und 2009 seien die einzigen Anpassungen

[301] Act. II.A.75.
[302] Act. II.A.98.
[303] Act. II.A.84.
[304] Act. II.A.35, S. 1.
[305] Act. II.A.35, GV-Statistik, Seite 1, «*Mengenrabatt 2004 – 2011*».
[306] Act. II.B.X.52, Punkt 8.2.4 (22-0440), und Act. II.B.X.287, Punkt 8.2.4. (22-0440) (vgl. Metadaten der Datei).
[307] Act. II.B.X.292, S. 29 (22-0440).
[308] Act. II.A.98, Abrechnung Mengenrabatt 2013, S. 2 (vgl. Nr. 3719 und Nr. 83).
[309] Act. II.A.98, Mengenrabatte Beton, 50 KTB AG, Datumsfilter: 31.12.13, S. 1 ff.
[310] Act. II.B.X.292, 29 (22-0440).
[311] Die Alluvia-Gruppe ist an diesem Unternehmen beteiligt. Es verkauft Lizenzen zur Produktion von Spezialbetonsorten. Diese werden unter anderem in den Werken der Alluvia- und der Kästli-Gruppe hergestellt. Der gemeinsame Mengenrabatt gilt auch für diese Spezialbetonsorten.
[312] Act. III.14, Zeilen 379 – 381 (22-0440).
[313] Act. III.14, Zeilen 416 – 421 (22-0440).
[314] Act. III.14, Zeilen 429 – 431 (22-0440).
[315] Act. III.14, Zeilen 443 (22-0440).
[316] Act. III.15, Zeilen 360 ff., 379 f. (22-0440).

des gemeinsamen Preisrabatts gewesen. Die Teuerungsanpassungen seien von ihm selbst – [C._____] – und [B._____] beschlossen worden. Es sei einfach klar gewesen, dass der Mengenrabatt beibehalten würde. Man habe nicht darüber gesprochen. Die Preisliste habe jeder selber gemacht, die Mengenrabatte seien auf der letzten Seite der Preislisten gestanden. Solange dieser nicht verändert worden sei, sei der Mengenrabatt einfach unverändert geblieben. Daher habe man nicht darüber beschliessen müssen. Aus den Mengenrabattabrechnungen des Geschäftsführers der KTB AG habe zudem jeder gesehen, dass der Mengenrabatt «*weitergelaufen*» sei.[317]

c. Schriftliche Parteieingaben

311. Die Alluvia-Gruppe erklärt in ihrer schriftlichen Eingabe vom 18. Januar 2017, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe einen gemeinsamen Mengenrabatt gewährten.[318]

312. Die Kästli-Gruppe bringt in ihrer schriftlichen Eingabe vom 20. Januar 2017 vor, die Parteien hätten ihren Kunden bis 2013 einen gemeinsamen Mengenrabatt abhängig vom Gesamtbezug an Beton gewährt.[319]

(iii) Beweiswürdigung

313. Vorab sind die Parteiaussagen zu würdigen. [B._____] gab zu Protokoll, dass die Firmen Hofstetter, Messerli, Frischbeton Rubigen, Frischbeton Worblaufen und Presyn einen gemeinsamen Mengenrabatt gewährten. Die Betonwerke hätten die Höhe des Mengenrabatts jeweils gemeinsam festgelegt. Damit übereinstimmend sagte [C._____] aus, dass die Betonwerke seit 1996 über gemeinsame Mengenrabatte verfügten, welche anlässlich der Sitzungen der KTB-Inkassostelle festgelegt worden seien. Es gibt keinen Grund die Richtigkeit dieser übereinstimmenden Parteiaussagen in Frage zu stellen, zumal sie durch die nachfolgenden objektiven Urkundenbeweise bestätigt werden.

314. So zeigt der Entwurf des gemeinsamen Schreibens der Verfahrensparteien vom 9. Oktober 2013, dass die Verfahrensparteien «*die bisherigen Mengenrabattregelungen aufzugeben*» und im Frühjahr 2014 «*zum letzten Mal Mengenrabattabrechnungen (für 2013)*» zu erstellen und auszubezahlen wollten. Eine solche gemeinsame Ankündigung macht nur dann Sinn, wenn die Absender über das gleiche Mengenrabattsystem verfügen.

315. Dasselbe Schreiben zeigt zudem, dass die K.+ U. Hofstetter AG, die Messerli Kieswerk AG, die Beton Worblaufen AG (Alluvia-Gruppe) und die «Kieswerk Kästli, Rubigen», die Frischbeton AG Rubigen sowie die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG (Kästli-Gruppe) beteiligt waren.

316. Auch die E-Mail der Alluvia-Mitarbeiterin an [einen Mitarbeiter] des Konkurrenzunternehmens Kästli Bau AG mit der Aufforderung zur Durchsicht und Rückmeldung der Mengenrabattabrechnungen beweist, dass die Verfahrensparteien gemeinsame Mengenrabattabrechnungen erstellten.

317. Aus einer Aufstellung der Mengenrabatte für die Jahre 2004–2011 der KTB AG Inkassostelle sind die gewährten Mengenrabatte ersichtlich. Die Aufstellung führt die Abzüge bei den Werken auf und die Auszahlungen an die Baumeister und Baumeisterinnen.[320]

318. Es gibt keinen Grund, an der Authentizität der Aufstellung der KTB AG Inkassostelle vom 15. März 2012, welche die Durchschnittswerte der gewährten Mengenrabatte von 2004 bis 2011 pro Kubikmeter je Baumeister enthält, und der Abrechnung des Mengenrabatts vom 19. Februar 2014 zu zweifeln. Sie wurden anlässlich der Hausdurchsuchung vom Server der Verfahrensparteien sichergestellt. Die Dokumente wurden zudem von einer Alluvia-Mitarbeiterin an [einen Mitarbeiter] der Kästli-Gruppe – [E._____] – via E-Mail zur «*Durchsicht und Rückmeldung*» versandt. Es ist daher erwiesen, dass die dort aufgeführten Durchschnittswerte und Frankenbeträge zutreffen. Konkret ist damit erwiesen, dass der tiefste jährliche Durchschnittswert von Mengenrabatten zwischen 2004 und 2011 [4–6] % (2008) und der höchste [7–9] % (2010) betrug. Ferner ist erwiesen, dass der tatsächlich ausbezahlte Mengenrabatt im Jahr 2013 zwischen Fr. 2.50 pro Kubikmeter und Fr. 13.50 pro Kubikmeter betrug. Schliesslich ist erwiesen, dass der Mengenrabatt pro Kubikmeter stieg, je mehr Kubikmeter Beton ein Kunde bezog. Daraus lässt sich auch übereinstimmend mit der Aussage von [K._____] ersehen, dass die Mengenrabatte basierend auf der bezogenen Jahresmenge pro Unternehmen berechnet wurden. Dieser Schluss stimmt auch mit dem Marketing-Konzept von 1998 bzw. 2010 überein, wonach die bezogenen Beton- und Mörtelmengen «*über das ganze Jahr hinweg zusammengezählt, mit dem zustehenden Rabatt multipliziert und ende (sic) Jahr mit einer Gutschrift ausbezahlt*» und «*aus dem gemeinsamen Rabatt-Fonds der ZIK bezahlt*» wurde. Dabei wurden «*die Ausstösse der Werke der Frischbeton Rubigen, Messerli, Kessler, Beton Worblaufen und Hindelbank*» beachtet. Das Werk Berken wurde «*ebenfalls in den Mengenrabatt miteinbezogen, die Auszahlung erfolgt[e] jedoch durch die K.+U. Hofstetter AG*.»

319. Schliesslich wurden die Mengenrabatte in den Preislisten der Alluvia- und der Kästli-Gruppe abgedruckt, was sich einerseits aus den vorliegenden Preislisten ergibt und zudem von [B._____] und [K._____] übereinstimmend ausgesagt wurde.

(iv) Beweisergebnis

320. Aufgrund der miteinander übereinstimmenden Aussagen und Urkundenbeweise ist bewiesen, dass die Verfahrensparteien den übereinstimmenden tatsächlichen Willen hatten und erklärten (Konsens), ihren Bezügern und Bezügerinnen von Betonprodukten (verschiedene Betonsorten und Mörtel) einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt zu gewähren. Daran beteiligt waren die Alluvia-Gruppe mit den Betonwerken Hindelbank, Bern-Bethlehem, Oberwangen sowie Worblaufen und die Kästli-Gruppe mit dem Betonwerk Rubigen.

[317] Act. III.17 (22-0440), Zeilen 179 ff.
[318] Act. I.1, S. 2 Lemma 1, bestätigt auch durch Act. VIII.A.1, Rz 12.2.
[319] Act. I.3, S. 2/3.
[320] Act. II.A.35, S. 1.

Der Mengenrabatt war auf den Preislisten der Alluvia- und der Kästli-Gruppe aufgedruckt und wurde basierend auf der bezogenen Jahresmenge pro Unternehmen berechnet. Ausbezahlt wurde der Rabatt aus dem Rabattfonds der Inkassostelle. Zuletzt betrug er – je nach Jahresbezugsmenge – zwischen Fr. 2.50 pro Kubikmeter und Fr. 13.50 pro Kubikmeter.

B.5.3.2 Verfolger Zweck

(i) Beweisthema

321. Des Weiteren ist Beweis darüber zu führen, welchen Zweck die Verfahrensparteien mit gemeinsam festgelegten Mengenrabatten verfolgten. Die Behörden stützen sich auf die folgenden Beweismittel.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

322. Aus dem Schreiben des ehemaligen KTB-Verbandes vom 24. Februar 1996 geht hervor, dass der KTB-Verband dem damaligen Baumeisterverband Bern Mittelland (BVM) vorschlug, entweder einen Mengenrabatt «*über die gesamte Baustelle zu entrichten (ARGE-Rabatt)*» oder die Betonbezüge einer ARGE mit Berner Unternehmen wie bisher prozentual auf die einzelnen ARGE-Partner aufzuteilen. Der jährliche Mengenrabatt der sogenannten «*Stammfirmen*» würde sich aus deren «*Eigenbezug plus ARGE-Anteil*» berechnen. Die an einer ARGE beteiligten Unternehmen konnten die Rabattvariante zu Beginn der Arbeiten wählen. Der KTB-Verband übernahm die Berechnung. Mit dieser Regelung glaubte der Verband «*in der Lage zu sein, die Kundentreue der berner (sic) Unternehmen entsprechend belohnen zu können*.»[321]

323. Aus einer E-Mail einer Alluvia-Mitarbeiterin vom 10. März 2014 an ihren Kollegen und die Kästli-Gruppe geht hervor, dass der Mengenrabatt nur gewährt wurde, wenn ein Unternehmen eine gewisse Mindestmenge bezog («*[…] Weibel Muri ist nicht Rabattberechtigt (sic), da die Mindestmenge nicht erreicht wird*»).[322]

324. Ein Schreiben des KTB-Verbandes vom Januar 1996 an die Kundschaft kündet den Wechsel vom früheren «*Staffelrabatt zum Mengenrabatt auf dem Jahresbezug oder nach Wahl für die Dauer der Baustelle*» an. Es lohne sich «*jetzt doppelt oder mehrfach, den Beton bei den KTB-Werken zu beziehen*».[323]

325. Aus dem E-Mail-Austausch zwischen [E._____] von der Kästli-Gruppe und [N._____] von der Alluvia-Gruppe vom 31. August 2010 geht hervor, dass die KTB-Mitglieder über gegenseitige Rabatte bei Aushilfelieferungen von Beton diskutiert hatten. Der Rabattsatz sollte basierend auf der Preisliste gewährt werden. Zusätzlich dazu sollte dann noch ein Mengenrabatt von Fr. 9.– pro Kubikmeter gewährt werden.[324]

326. Dem Sekretariat liegt zudem der Sachplan ADT aus dem Jahr 1998 vor.[325]

b. Parteiaussagen

327. Gemäss der Aussage von [B._____] vom 9. Februar 2015 wurde der Mengenrabatt aus zwei Gründen geschaffen. Erstens habe es seitens des Kantons in Zusammenhang mit dem Sachplan ADT den Auftrag gegeben, keine unsinnigen Transporte zu machen. Der Mengenrabatt habe dazu gedient, dass es insbesondere bei kleinen Aufträgen keine unsinnigen Transporte gegeben habe. Zweitens seien es Kundenwünsche gewesen.[326]

328. [K._____] gab am 17. Februar 2015 zu Protokoll, dass die Kunden den Mengenrabatt geschätzt hätten. Der Mengenrabatt sei wie ein «*Geschenk*» gewesen. Es sei «*immer schön, wenn man etwas am Jahresende oder zum nächsten Jahr zurückbekomm[e]*». Zudem habe er vom «*Hörensagen*» vernommen, dass man aufgrund von Vorgaben, wie der ADT Planung, den Mengenrabatt als Anreiz für die Kunden geschaffen habe, um lange Transportwege zu verhindern. Der Mengenrabatt sei «*hauptsächlich aus ökologischen Gründen» auch «Wunsch des Kantons*» gewesen.[327]

329. [C._____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2015 aus, dass der Mengenrabatt 1996 eingeführt worden sei, als man die gemeinsame Preisliste abgeschafft habe.[328] Man habe aber beschlossen, den gemeinsamen Mengenrabatt beizubehalten. Der Mengenrabatt sei von den Kunden gewünscht worden. Der wichtigste Grund für den Mengenrabatt sei der «*ADT-Sachplan*» gewesen. Der ADT habe «*damals dazu aufgerufen, keine unnötigen Transporte zu machen*.» Das Kies- und Betongeschäft sei ein sehr lokales Geschäft. Hofstetter befinde sich im Osten von Bern, Messerli im Westen von Bern und Kästli im Süden von Bern. Daraus sei klar, dass jeder den Auftrag, Bern mit Baustoffen zu versorgen, von seiner Seite wahrgenommen habe. In den Preislisten seien die Transportpreise festgelegt. Dort sehe man, wie sich die Kosten mit der Distanz erhöhten.[329] Ferner sei der Mengenrabatt gemacht worden, damit nicht für jede Baustelle eine Offerte gemacht werden müsse. 1995/1996 hätten die Betonwerke nur in Ausnahmefällen Offerten gemacht, da sie keine Verkaufsorganisation gehabt hätten. Die Preise seien früher abgesprochen gewesen. Der Kunde habe also «*einfach*» gewählt, wo er habe bestellen wollen.[330] Als vierten Grund nannte [C._____] die Kundenbindung. Verschiedene Firmen, die rechtlich nicht zusammengehörten, würden einen gemeinsamen Mengenrabatt wegen der Kundenbindung machen. Ein solcher sei vergleichbar mit einem Meilenprogramm bei Star-Alliance.[331]

[321] Act. II.A.1, S. 2.
[322] Act. II.A.101.
[323] Act. II.B.X.15, S. 1 (22-0440).
[324] Act. II.A.14.
[325] Sachplan ADT 1998, S.1, Punkt 1.1, Abschnitt 2 i.V.m. S. 2, Punkt 1.4, Abschnitt 4 <http://www.be.ch/portal/de/veroeffentlichungen/publikationen.assetref/dam/documents/JGK/AGR/de/Raumplanung/Ver-%20und%20Entsorgung/agr_kantonale_raumplanung_sachplan_adt_98_de.pdf> (4.5.2018).
[326] Act. III.14 (22-0440), Zeilen 388 ff.
[327] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 313 ff.
[328] Act. III.17 (22-0440), Zeilen 101 f.
[329] Act. III.17 (22-0440), Zeilen 118 ff.
[330] Act. III.17 (22-0440), Zeilen 127 ff.
[331] Act. III.17 (22-0440), Zeilen 143 ff.

330. Auf die Frage, auf den Sachplan ADT welchen Jahres [C._____] sich beziehe, antwortete er: «*Das kann ich so nicht sagen. Die Idee war immer so wenig unsinnige Transportwege wie nötig zu machen. In diesem Fall waren es nicht unsinnige, sondern nicht bezahlbare Transporte.*» Auf die Frage, was im Sachplan ADT bezüglich Transportwege genau stand, antwortete C._____: «*Dass man immer möglichst kurze Transportwege machen soll.*»

(iii) Beweiswürdigung

331. Sowohl [B._____], [K._____] als auch [C._____] gaben übereinstimmend zu Protokoll, dass der Mengenrabatt den Kundenwünschen entsprochen habe und zudem aufgrund des ADT-Richtplans entstanden sei. [C._____] gab zusätzlich an, dass die Mengenrabatte eingeführt worden seien, damit die Werke nicht für jede Baustelle eine Offerte abgeben mussten. Schliesslich sei die Kundenbindung ein Grund für die Rabattgewährung. Diese Angaben gilt es anschliessend zu analysieren.

332. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Mengenrabatt auch den Kundenwünschen entsprach. Denn damit steht der Zweck der Mengenrabattgewährung durch die Betonwerke nicht fest. Die Betonwerke hätten den Mengenrabatt mit Sicherheit nicht eingeführt, wenn sie sich nicht einen Nutzen daraus versprochen hätten. Es ist daher das tatsächliche Motiv für die Einführung des Mengenrabattes darzulegen.

333. [C._____] erklärte, der Mengenrabatt habe der Kundenbindung gedient. In den Worten von [K._____] war die Gewährung eines Mengenrabattes ein «*Geschenk*» an den Kunden für seine Treue. Diese Aussage wird durch die E-Mail von der Alluvia-Gruppe bestätigt, wonach der Mengenrabatt nur gewährt wurde, wenn eine bestimmte Mindestmenge erreicht wurde und das Schreiben vom 24. Februar 1996, wonach mit dem Mengenrabatt die «*Kundentreue*» der Berner Unternehmen belohnt werden sollte. Auch der Wortlaut des Schreibens, mit dem die Einführung des Mengenrabattes begründet wurde, bestätigt diesen Schluss. Demnach lohne es sich durch die Einführung des Mengenrabattes «*jetzt doppelt oder mehrfach, den Beton bei den KTB-Werken zu beziehen*». Der Mengenrabatt sollte also den Anreiz verstärken, Beton bei den KTB-Werken zu beziehen und nicht bei deren Konkurrenten.

334. [C._____], [B._____] und [K._____] bringen vor, der Mengenrabatt sei aufgrund des Sachplans ADT – also auf Wunsch des Kantons – geschaffen worden, um die Transportdistanzen einzuschränken. Es fällt auf, dass [C._____] keine Antwort auf die Frage geben konnte, auf den Sachplan ADT welchen Jahres er sich beziehe. Auch konnte er nicht sagen, was in diesem Sachplan drinstand. Die einzige Aussage dazu war: «*Dass man immer möglichst kurze Transportwege machen soll*». Am Aussageverhalten von [C._____] fällt auf, dass er während der Einvernahme ausführliche Erklärungen zu den vorangehenden und nachfolgenden Fragen lieferte. Mit Bezug auf den Sachplan ADT, der gemäss seinen Aussagen der wichtigste Grund für die Einführung der Mengenrabatte gewesen sein soll, blieb er in seinen Ausführungen unbestimmt, kurz und oberflächlich. Auch [B._____] und [K._____] machten keine Angaben zum Inhalt des Sachplans ADT.

335. Im Dokument, welches der KTB-Verband zur Zeit der Ausführung des Mengenrabattes am 24. Februar 1996 an den BVM versandte, ist der Sachplan ADT nicht erwähnt. Somit stehen die Parteiaussagen, der Mengenrabatt sei aufgrund des Sachplans ADT bzw. auf Wunsch des Kantons eingeführt worden, als Tatsachenbehauptungen im Raum, für welche keine Belege vorliegen. Im Gegensatz zu den Tatsachenbehauptungen der Parteien geht aus dem Sachplan ADT aus dem Jahr 1998 hervor, dass es bis zur Inkraftsetzung des Sachplans ADT am 16. September 1998 auf kantonaler Stufe keine Sachplanung für Materialabbau und Inertstoffdeponien gab.[332] Zumal der Mengenrabatt im Jahr 1996 (dazu hinten Rz 346 ff.) eingeführt worden war, lag der Zweck des Mengenrabattes bei seiner Einführung im Jahr 1996 nicht im Sachplan ADT von 1998. Zudem ist zu bedenken, dass die LSVA[333] eingeführt wurde, um die Transportdistanzen zu verkürzen. Die Botschaft des Bundesrates zum Schwerverkehrsabgabengesetz stammt vom 11. September 1996[334], das Parlament nahm das Bundesgesetz am 19. Dezember 1997 an.[335] Am 27. September 1998 nahm das Stimmvolk die Gesetzesvorlage nach ergriffenem Referendum an. Es ist ausgeschlossen, dass die Parteien keine Kenntnis von der LSVA hatten, welche sie direkt betraf. Es ist daher davon auszugehen, dass die Parteiaussagen, der Mengenrabatt sei aufgrund des Sachplans ADT geschaffen worden, Schutzbehauptungen darstellen.

336. Schliesslich ist die Tatsache zu würdigen, dass die KTB-Werke Hofstetter, Messerli (heute beide Alluvia-Gruppe) und Kästli bei der Einführung des gemeinsamen Mengenrabattes 1996 Konkurrenten waren. Das heisst, die KTB-Werke gewährten nicht je getrennt voneinander ihren Kunden Mengenrabatte, sondern zogen für die Berechnung des Mengenrabattes sämtliche Mengen aller Werke von Hofstetter, Messerli und Kästli gemeinsam heran. Die insgesamt bezogenen Mengen überstiegen die Mengen, welche die Bezüger getrennt von jedem einzelnen Werk bezogen. Aufgrund der höheren gesamthaft bezogenen Mengen resultierte auch ein höherer gesamthafter Mengenrabatt. Zudem zahlte die gemeinsame Inkassostelle die Mengenrabatte aus einem gemeinsamen Fonds an die Mengenrabattempfänger aus. Die KTB-Werke kreierten auf diese Weise gemeinsam einen Anreiz für Bauunternehmen, Beton bei einem KTB-Werk zu beziehen und nicht bei einem aussenstehenden Werk. Dadurch trugen sie gemeinsam dazu bei, nicht an der Abrede beteiligte Konkurrenten vom Markt fernzuhalten.

[332] https://www.be.ch/portal/de/veroeffentlichungen/publikationen.assetref/dam/documents/JGK/AGR/de/Raumplanung/Ver-%20und%20Entsorgung/agr_kantonale_raumplanung_sachplan_adt_98_de.pdf, S.1, Punkt 1.1, Abschnitt 2 i.V.m. S. 2, Punkt 1.4, Abschnitt 4.

[333] Bundesgesetz vom 19. Dezember 1997 über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe (Schwerverkehrsabgabegesetz, SVAG), SR 641.81.

[334] BBl. 1996 V 521.

[335] BBl. 1997 IV 1614.

337. Schliesslich ist der Umstand zu würdigen, dass die KTB-Werke sich mit Bezug auf den Preisbestandteil der Mengenrabatte nicht konkurrierten. Er war überall gleich und wurde gar aufgrund der insgesamt bei den KTB-Werken bezogenen Mengen berechnet. Damit wurde der Preiswettbewerb mit Bezug auf dieses Preiselement zwischen den KTB-Werken eliminiert.

338. Der tatsächliche Grund für die Einführung des Mengenrabattes bestand folglich darin, die Kunden an sich zu binden, Drittkonkurrenten gemeinsam abzuwehren und den Wettbewerb untereinander einzuschränken.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

339. Die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe bringen vor, einer der Hauptgründe für die Einführung des gemeinsamen Mengenrabattes habe in der Reduktion langer Transportwege gelegen.[336] Die Alluvia präzisiert, es sei darum gegangen, stets beim nächstgelegenen Betonwerk zu beziehen. Damit sei dem Selbstversorgungspostulat der ADT-Planung Rechnung getragen worden.[337] Es sei von der Sachplanung ADT gewollt gewesen, Anbieter von ausserhalb fernzuhalten.[338] Gemäss Sachplan gelte das Ziel der regionalen Selbstversorge. Zudem hätten die Unternehmungen «*durch überlegte Koordination der Transportleistungen so weit als möglich zur Reduktion der Strassentransporte*» beizutragen gehabt.[339] Zusätzlich gibt die Alluvia-Gruppe an, sie sei nicht weiter gefahren, weil dies sachplanwidrig gewesen wäre, sie daran nichts oder weniger verdienen würde und dies dazu führen würde, dass die Alluvia-Gruppe im eigenen Versorgungsgebiet ebenfalls «von auswärts angegriffen» würde. Beginne die Alluvia-Gruppe in Rubigen Aufträge zu gewinnen, weil sie Beton «verschleudere», werde Kästli anderswo Aufträge akquirieren müssen, um ihre Kosten zu decken. Am Ende gebe es vielleicht mehr Wettbewerb, aber letztlich würde eine Weiterfahrt weniger Verdienst zur Folge haben und daher weniger Geld für Investitionen (Umweltschutz, Arbeitnehmerschaft) zur Verfügung stehen.[340]

340. Die Kästli-Gruppe macht sinngemäss dieselben Vorbringen. Zusätzlich gibt sie an, der in der Preisliste angegebene Mengenrabatt habe keinen Drittanbieter von Transportbeton ausgeschlossen, «(noch) tiefere Preise zu offerieren als Kästli oder Alluvia». Dies habe auch [J._____] der Fr. Blaser AG ausgesagt. Er habe zudem bestätigt, dass der Mengenrabatt anderer einen wichtigen Einfluss auf seine Offerte habe. Das sei der Nachweis funktionierenden Wettbewerbs.[341]

Würdigung

341. Im Unterschied zu den Wettbewerbsbehörden geht die Alluvia davon aus, dass die Einführung des gemeinsamen Mengenrabattes den Vorgaben des ADT-Sachplans entsprochen hat. Sie verneint daher implizit die Anwendung des Kartellgesetzes auf den gemeinsamen Mengenrabatt. Diese Sichtweise ist unzutreffend, der Sachplan ADT räumte den Parteien kein Recht auf allfällige Verstösse gegen das Kartellgesetz ein. Darauf wird weiter hinten in Kapitel C.3 (Rz 792 ff.) eingegangen.

342. Die Parteistellungnahmen gehen insgesamt ins Leere. Erstens genügt es für die Tatbestandsmässigkeit des verfolgten Zweckes gemäss Rechtsprechung, dass der gemeinsame Mengenrabatt geeignet war, den Wettbewerb einzuschränken. Die potentielle Auswirkung genügt folglich.[342] Entsprechend reicht es, dass die Wettbewerbsbehörden die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung beweisen. Dies ist der Fall. Die Alluvia-Gruppe anerkennt, dass der Mengenrabatt bezweckte, die Fahrdistanzen zu verkürzen und Anbieter von «ausserhalb» fern zu halten. Ferner gesteht die Alluvia-Gruppe ein, dass ihr Eindringen in das Liefergebiet der Kästli zu mehr Wettbewerb geführt und ihren Gewinn geschmälert hätte. Der (wettbewerbswidrige) verfolgte Zweck des Mengenrabatts steht somit unstreitig fest.

343. Die allgemeine Aussage von Kästli, die KTB-Konkurrenten hätten tiefere Preise anbieten können, besagt nichts. Die blosse Möglichkeit tiefere Preise zu offerieren, besteht bei jedem Preis.[343] Die Aussage hat keinen Erkenntniswert, da sie das tatsächliche Marktgeschehen nicht belegt. Bloss theoretische Vorbringen genügen nicht, um einen bewiesenen Sachverhalt in Frage zu stellen. Ebenso wenig hat die von der Kästli-Gruppe herangezogene Aussage von [J._____] Aussagekraft. Er gab an, sein Unternehmen offeriere keine Mengenrabatte. Sein Unternehmen müsse daher seine Preise senken, um einen Auftrag zu erhalten, wenn ein Konkurrent Mengenrabatt anbiete.[344] Damit drückte er in allgemeiner Weise eine Selbstverständlichkeit aus. [J._____] nahm keinen Bezug auf eine konkrete Situation oder einen konkreten Wettbewerber. Insbesondere sagte er nicht aus, sein Unternehmen sei regelmässig und kostendeckend in die KTB-Liefergebiete gefahren und es habe die KTB-Werke Alluvia und Kästli regelmässig preislich unterboten. Unabhängig davon vermöchte die Aussage einer einzelnen Person ohnehin nicht die Datenanalyse der Wettbewerbsbehörden zu beseitigen, welche zeigt, dass kein ausreichender Aussenwettbewerb bestand.

344. Der Vollständigkeit halber sei auf den Widerspruch in der Stellungnahme der Kästli-Gruppe hingewiesen: Einerseits erklärt die Kästli-Gruppe die Existenz des gemeinsamen Mengenrabattes dadurch, dass er zu einer Verkürzung der Fahrdistanzen führe (Zweck). Andererseits soll gemäss Kästli trotz der Mengenrabatte der Wettbewerb funktioniert haben. Funktionierender Wettbewerb würde bedeuten, dass eine ausreichende

[336] Act. VI.30, Rz 101; Act. VI.29, Rz 298.
[337] Act. VI.30, Rz 101.
[338] Act. VI.30, Rz 104.
[339] Act. VI:31, S. 66, Rz 100.
[340] Act. VII.20, Zeilen 208 ff.
[341] Act. VI.29, Rz 303 f.
[342] Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16.09.2016, E.4.3.3, *Nikon/WEKO*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: KG Kommentar, Zäch/Arnet et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 N 135.
[343] Dabei ist zu beachten, dass ein Unternehmen gezwungen ist, mindestens kostendeckend zu offerieren. Auf lange Frist kann kein Unternehmen Verluste erwirtschaften.
[344] Act. III.20, Zeilen 383–385.

Anzahl Wettbewerber trotz gemeinsamen Mengenrabatte ins Liefergebiet der KTB-Werke eingedrungen ist und dort die KTB-Werke preislich unterbot. Die Transportdistanzen wären diesfalls also nicht verkürzt worden. Diesfalls bestünde der angegebene Zweck für den gemeinsamen Mengenrabatt nicht. Die KTB-Werke hätte also über Jahre einen gemeinsamen Mengenrabatt ausbezahlt, ohne einen Zweck zu verfolgen (zur Dauer hinten B.5.3.3, Rz 346). Das ist nicht glaubwürdig. Ferner widerspricht die Stellungnahme der Kästli-Gruppe derjenigen der Alluvia-Gruppe, die zugab, dass der Mengenrabatt der Fernhaltung von Anbietern von «ausserhalb» gedient habe, um die Transportdistanzen zu verkürzen.

(v) Beweisergebnis

345. Mit dem gemeinsamen Mengenrabatt bezweckten die Verfahrensparteien insbesondere, sich bei der Gewährung von Mengenrabatten für Betonbezüge nicht zu konkurrieren, die Kunden an sich zu binden sowie ihre Liefergebiete zu koordinieren (dazu hinten Rz 623 ff.). Zudem bezweckten sie damit, Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren.

B.5.3.3 Dauer

(i) Beweisthema

346. Nachfolgend ist zu prüfen, während welcher Zeitperiode zwischen den Verfahrensparteien Konsens über die Gewährung gemeinsamer Mengenrabatte bestand, um auf diese Weise den Preiswettbewerb zu ihren Gunsten einzuschränken und ein höheres Bruttopreisniveau zu erreichen.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

347. Den Behörden liegt ein Schreiben des Baustoff- und Recyclingzentrums Rubigen zur Preisliste 1996 vom Januar 1996 vor, das von [B._____], [E._____] und [O._____] unterzeichnet ist. Das Schreiben erwähnt Neuerungen in der Preisliste 1996. Eine dieser Neuerungen bestand darin, dass der bisherige Staffelrabatt für Beton durch einen Mengenrabatt ersetzt wurde. Dieser Mengenrabatt wurde basierend auf dem gesamten Jahresbezug eines Unternehmens bzw. bei ARGE der Baustelle berechnet.[345]

348. Aus einem Schreiben der KTB-Werke vom 24. Februar 1996 geht hervor, dass die KTB-Werke Kleinmengenbezüge («*in erster Linie Gärtner oder Private*») aufgrund des damit verbundenen Aufwandes ab 1996 mit einem Preiszuschlag von Fr. 5.– bzw. Fr. 10.– pro Bezug belasteten. Aus demselben Schreiben geht hervor, dass Unternehmen mit grösseren Bezügen von einem Mengenrabatt profitierten.[346]

349. Einem Rundschreiben des BVRB vom 19. Dezember 2008 ist zu entnehmen, dass anlässlich der alljährlichen Gespräche mit Vertretern der KTB das Mengenrabattsystem thematisiert worden war. Das Mengenrabattsystem wurde auf den gesamten Jahresbetonbezug erweitert und angepasst.[347]

350. Am 9. Oktober 2013 sandte [der] Alluvia-[Mitarbeiter] [K._____] an seine [Kollegen] und an die [Funktionsbezeichnung] der Konkurrentin Kästli Bau AG [E._____ und B._____] eine E-Mail zum Thema Strukturveränderung KTB. Der E-Mail ist ein Entwurf eines Schreibens angehängt, welches über die Neuorganisation der KTB und neue Rabattregeln informiert. Dem Schreiben ist zu entnehmen, dass die K.+U. Hofstetter AG, die Messerli Kieswerk AG, die Beton Worblaufen (Alluvia-Gruppe) und die «Kieswerk Kästli, Rubigen», die Frischbeton AG sowie die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG (Kästli-Gruppe) entschieden hatten, «*die bisherigen Mengenrabattregelungen aufzugeben*» und im Frühjahr 2014 «*zum letzten Mal Mengenrabattabrechnungen (für 2013)*» zu erstellen und auszubezahlen. Die «*bisher gutgeschriebenen Mengenrabatte*» würden «*durch direkte Kunden- und Baustellenrabatte*» an ihre Kunden weitergegeben. Bei bereits laufenden Baustellen, für welche Mengenrabattregelungen vereinbart worden seien, würde im kommenden Jahr ein dem zu erwartenden Mengenrabatt entsprechender Direktrabatt gewährt.[348]

351. Aus einem Schreiben der Kästli-Gruppe vom November 2013 ist zu entnehmen, dass die KTB AG ihre Tätigkeit einstellt und der Mengenrabatt der Betonwerke Bern und Umgebung per 1. Januar 2014 entfällt.[349]

b. Parteiaussagen

352. [C._____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2015 aus, dass der Mengenrabatt 1996 eingeführt und bis Ende 2013 beibehalten worden sei. Ab 1996 habe es keine gemeinsame Preisliste mehr gegeben.[350] Man habe aber beschlossen, die gemeinsamen Mengenrabatte beizubehalten.[351]

353. [B._____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 9. Februar 2015 aus, er könne nicht genau sagen, wann der gemeinsame Mengenrabatt eingeführt worden sei. «*Sicher*» habe es diesen gegeben, «*nachdem man 1996 mit den Absprachen aufgehört*» habe. Er vermute, dass es den gemeinsamen Mengenrabatt schon vorher gegeben habe.[352] Das gemeinsame Mengenrabattsystem sei gleichzeitig mit der KTB AG aufgehoben worden.[353]

354. Anlässlich seiner Einvernahme vom 17. Februar 2015 gab [K._____] zu Protokoll, er könne nicht sagen, seit wann der gemeinsame Mengenrabatt bestand. Er habe bereits bestanden, als er 2009 angefangen habe.[354] Er sagte aus, dass es das gemeinsame Mengenrabattsystem seit 2013 nicht mehr gebe. Man habe es anfangs 2014 zusammen mit der KTB AG beendet.[355]

[345] Act. II.A.X.59 (22-0440).
[346] Act. II.A.1.
[347] Act. II.C.X.125 (22-0440).
[348] Act. II.A.75.
[349] Act. II.A.84.
[350] Act. III.17 (22-0440), Zeilen 101 f.
[351] Act. III.17 (22-0440), Zeilen 108 f.
[352] Act. III.14 (22-0440), Zeilen 384 ff.
[353] Act. III.14 (22-0440), Zeilen 457 f.
[354] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 311 f.
[355] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 437 f.

(iii) Beweiswürdigung

355. Die Aussage [C._____s], wonach der Mengenrabatt 1996 eingeführt und Ende 2013 eingestellt worden sei, stimmt mit derjenigen von [B._____] überein, wonach es den Mengenrabatt sicher gegeben habe, nachdem man 1996 mit den Absprachen aufgehört habe. Zudem stimmen die beiden Aussagen mit den objektiven Beweismitteln überein. Aus dem Schreiben des Baustoff- und Recyclingzentrums Rubigen zur Preisliste 1996 vom Januar 1996 geht hervor, dass dieses für 1996 einen Mengenrabatt gewährte. Aus dem Schreiben des KTB-Verbands vom 24. Februar 1996 geht hervor, dass der damalige KTB-Verband bzw. dessen Mitglieder dem BVM einen gemeinsamen Mengenrabatt gewährten.

356. Bezüglich des Endes des gemeinsamen Rabattsystems sagten [C._____], [B._____] und [K._____] übereinstimmend aus, dass das gemeinsame Mengenrabattsystem 2013 bzw. mit der Beendigung der KTB AG eingestellt wurde. Diese Aussagen stimmen mit den objektiven Beweismitteln überein. Aus dem Entwurf des Schreibens von [K._____] vom 9. Oktober 2013 und dem Schreiben der Kästli-Gruppe vom November 2013 ist ersichtlich, dass der Mengenrabatt bis 2013 galt und mit Beginn des Jahres 2014 abgeschafft wurde.

357. Es steht also fest, dass die Verfahrensparteien den gemeinsamen Mengenrabatt von 1996 bis 2013 gewährt haben.

(iv) Beweisergebnis

358. Die Verfahrensparteien hielten sich in den Jahren 1996 bis 2013 an ihrem Konsens und gewährten ihren Bezügern und Bezügerinnen von Betonprodukten einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt.

B. 5.3.4 Umsetzung und Auswirkungen

(i) Beweisthema

359. Nachfolgend ist zu prüfen, ob sich die beteiligten Verfahrensparteien entsprechend ihrem Konsens, einen gemeinsamen Mengenrabatt zu verrechnen, verhielten und einen solchen gemeinsamen Mengenrabatt tatsächlich weiterverrechneten. Zudem sind die Auswirkungen zu untersuchen, welche dieses Verhalten allenfalls zur Folge hatte.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

360. Aus einem Schreiben der KTB-Werke vom 24. Februar 1996 geht hervor, dass die KTB-Werke Kleinmengenbezüge («*in erster Linie Gärtner oder Private*») aufgrund des damit verbundenen Aufwandes ab 1996 mit einem Preiszuschlag von Fr. 5.– bzw. Fr. 10.– pro Bezug belasteten. Aus demselben Schreiben geht hervor, dass Unternehmen mit grösseren Bezügen von einem Mengenrabatt profitierten.[356]

361. In der Zusammenstellung der KTB-Mengenrabatte des Jahres 2013, welche eine Alluvia-Mitarbeiterin am 24. Januar 2014 an die Kästli-Gruppe versandte, sind die ARGE aufgeführt, welche einen Mengenrabatte erhalten sollten. Die ARGE wurden mit Nummer, ARGE-Bezeichnung, Anteil in %, Werk und Liste aufgeführt. Die Liste enthält rund 76 ARGE für Baustellen in und um Bern.[357]

362. Aus einer E-Mail von [N._____] an [E._____] vom 4. April 2011 geht eine Auflistung von Unternehmen hervor, welche einen Mengenrabatt erhielten und solche, die keinen Mengenrabatt erhielten.[358]

363. Den Behörden liegen zudem verschiedene Abrechnungen für Mengenrabatte vor, welche an ARGE und die dazugehörigen Unternehmen adressiert sind. Aus einer Abrechnung des Mengenrabattes 2013 vom 14. Februar 2014 an ein ARGE-Mitglied gehen die letztjährigen Betonbezüge bei den Betonwerken der Alluvia- und der Kästli-Gruppe hervor, der gewährte Rabatt, die Mehrwertsteuer sowie der insgesamt auszubezahlende Betrag. Die Rechnungsadressaten und Rechnungsadressatinnen wurden darauf aufmerksam gemacht, dass ihnen der Betrag im März ausbezahlt werden würde, dass sie aber den Mengenrabatt nicht mit unbezahlten Rechnungen verrechnen sollten.[359]

364. Aus einer Übersicht der KTB AG Inkassostelle gehen die insgesamt in den Jahren 2006 bis 2013 gewährten Mengenrabatte hervor.[360]

365. Eine Aufstellung der KTB AG Inkassostelle vom 15. März 2012 enthält die insgesamt gewährten Mengenrabatte und die Durchschnittswerte der gewährten Mengenrabatte von 2004 bis 2011 pro Kubikmeter je Baumeister. Der tiefste jährliche Durchschnittswert beträgt [4–6] % (2008) und der höchste [7–9] % (2010).[361]

366. Den Behörden liegen ferner E-Mails zur Mengenrabattabrechnung von spezifischen Unternehmen vor.[362]

b. Parteiaussagen

367. Anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2015 sagte der [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe [C._____] für die Alluvia-Gruppe aus, der Mengenrabatt habe sich zu einem Relikt aus der Vergangenheit reduziert, an dem die Kunden gehangen hätten. Die KTB-Werke hätten «*Angst*» gehabt, den Mengenrabatt aufzuheben, da die Kunden keine Freude an der Aufhebung gehabt hätten.[363] Auf die Frage, ob der Mengenrabatt einen Einfluss darauf gehabt habe, wie die Alluvia-Gruppe ihre sonstigen Preiskonditionen festlegte, antwortete [C._____], die Alluvia-Gruppe habe gewusst, wie hoch der Mengenrabatt, also der Grundrabatt, von allen gewesen sei. In Kenntnis dieser Mengenrabattgrösse habe die Alluvia-Gruppe dann einen individuellen Rabatt gemacht, um den Auftrag zu bekommen.[364]

[356] Act. II.A.1.
[357] Act. II.A.93.
[358] Act. II.A.19.
[359] Act. II.A.98.
[360] Act. II.A. 106.
[361] Act. II.A.35, GV-Statistik, Seite 1, «*Mengenrabatt 2004–2011*».
[362] Act. II.A.104, Act. II.A.101.
[363] Act. III.17 (22-0440), Zeilen 264 ff.
[364] Act. III 17 (22-0440), Zeilen 269 ff.

368. [K._____] sagte für die Alluvia-Gruppe am 17. Februar 2015 aus, der Preis des Betons spiele für den Kaufentscheid des Kunden eine wesentliche Rolle. Es herrsche permanenter Preisdruck.[365] Ferner sagte er aus, dass der Mengenrabatt für den Kunden ein «*Gudi*» gewesen sei, aber seiner Meinung nach zu wenig hoch, um «*den Kundenentscheid zu beeinflussen*.» Entscheidend seien der Nettopreis auf der Rechnung, die Qualität und die Nähe zu den Betonwerken aufgrund des Transports. Bei 40 bis 50 km Transportdistanz sei der Transport teurer als der Beton selbst.[366]

369. Anlässlich seiner Einvernahme vom 23. Februar 2015 sagte [P._____] für die Daepp-Gruppe[367] aus, dass die Firma Daepp bei Kleinaufträgen nicht angefragt würde, in die Stadt und Agglomeration zu liefern. Als Grund gab er an, der Preis sei wahrscheinlich zu hoch. Die Daepp könne bei Kleinaufträgen nämlich keine Mengenrabatte gewähren.[368]

370. [J._____] sagte für die Fr. Blaser AG[369] am 26. März 2015 aus, die Firma Blaser gewähre auch bei grösseren Bezugsmengen keine Mengenrabatte. Es sei schwierig, wenn die Fr. Blaser AG mit Kunden konfrontiert werde, die von Konkurrenten einen Mengenrabatt angeboten erhielten. Dann müsse die Blaser AG die Preise senken. Die Kunden kauften sonst nicht bei ihr ein.[370]

(iii) Beweiswürdigung

371. Vorab sei analysiert, ob die Mengenrabatte von den Verfahrensparteien tatsächlich verrechnet (umgesetzt) wurden. Wie aus den Aussagen von [C._____] und [K._____] hervorgeht, geben sie die tatsächliche Verrechnung des von der Alluvia- und der Kästli-Gruppe gemeinsam bestimmten Mengenrabattes zu. Die Zusammenstellung der KTB-Mengenrabatte des Jahres 2013, die Auflistung vom 4. April 2011 mit Abrechnungen für Unternehmen, die Abrechnung der Mengenrabatte für das Jahr 2013 vom 14. Februar 2014, die Übersicht der KTB AG Inkassostelle, welche die insgesamt in den Jahren 2006 bis 2013 gewährten Mengenrabatte aufführt, die Auflistung der gewährten Rabatte von 2004 bis 2011 beweisen, dass die Mengenrabatte tatsächlich verrechnet wurden.

372. Die Auswirkung der Mengenrabattberechnung kann aus den Aussagen abgeleitet werden. So hatten die KTB-Werke laut [C._____] Angst gehabt, den Mengenrabatt abzuschaffen, da die Kunden keine Freude daran gehabt hätten. Wie [P._____] aussagte, kann der Mengenrabatt entscheidend dafür sein, ob ein Unternehmen einen Kleinauftrag erhält. Damit übereinstimmend sagte [J._____] aus, dass die Fr. Blaser AG ihre Preise senken müsse, wenn ein Konkurrent Mengenrabatte offeriere. Insgesamt ist daraus ersichtlich, dass der Mengenrabatt nicht nur geeignet war, den Kaufentscheid zu beeinflussen, sondern diesen auch tatsächlich beeinflusste.

373. Im Gegensatz zu diesem Ergebnis steht die Aussage von [K._____]. Seiner «*Meinung nach*» sei der Mengenrabatt zu wenig hoch gewesen, um «*den Kundenentscheid zu beeinflussen*». Diese Aussage ist näher zu analysieren:

- Erstens steht die Aussage im Widerspruch zur eigenen Aussage von [K.____], wonach der Preis des Betons aufgrund des permanenten Preisdruckes für den Kaufentscheid wesentlich sei. Wenn die Aussage zum permanenten Preisdruck zutrifft, spielt jegliche Höhe des Mengenrabattes eine Rolle für den Kaufentscheid.
- Zweitens steht die Aussage im Widerspruch zu betriebswirtschaftlichen Überlegungen. Ein Unternehmen verschenkt seinen Kunden nicht ohne Grund Geld, sondern verspricht sich daraus einen wirtschaftlichen Nutzen. Insbesondere kann ausgeschlossen werden, dass die KTB-Werke während der Zeitspanne von 1996 bis 2013 nebst den direkten Kosten durch die gewährten Mengenrabatte, den getätigten Aufwand (Berechnung, Listen, Korrespondenz etc.) betrieben hätten und die dadurch entstehenden Kosten (insbesondere Personal und Versandkosten) getragen hätten, wenn sie sich keinen wirtschaftlichen Vorteil aus diesem Handeln versprochen hätten.
- Schliesslich ist mit Bezug auf das Aussageverhalten von [K._____] festzuhalten, dass sich dieser unverbindlich äussert, indem er seine eigene Meinung («*meiner Meinung nach*») zum Ausdruck bringt, ohne sich auf Indizien oder Fakten stützen zu können. In Anbetracht dessen und der Tatsache, dass er sich im Widerspruch zu den Aussagen der anderen Befragten befindet, gehen die Behörden davon aus, dass es sich hierbei um Schutzbehauptungen handelt.

374. Eine weitere Auswirkung des gemeinsamen Mengenrabattes bestand nebst der Auftragserlangung darin, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe sich diesbezüglich nicht konkurrierten. Wie auch [C._____] zu Protokoll gab, konnte die Alluvia-Gruppe ihre individuellen Preise im Wissen um den Grundrabatt (gemeinsamer Mengenrabatt) gewähren. Dadurch wurde der Preiswettbewerb eingeschränkt, da ein gemeinsamer Startpunkt bestand. Ferner konkurrierten sich die beiden Unternehmen mit Bezug auf diesen Mengenrabatt nicht. Über den gemeinsamen Mengenrabatt verfügten andere Unternehmen wie die Daepp-Gruppe oder die Fr. Blaser AG nicht. Durch die gemeinsamen Mengenrabatte wehrten sich daher die KTB-Werke also auch gemeinsam gegenüber anderen Konkurrenten ausserhalb des KTB.

(iv) Würdigung der Parteivorbringen

Stellungnahmen

375. Zusammenfassend bringt die Alluvia-Gruppe vor, der gemeinsame Mengenrabatt habe kurze Transportwege bezweckt und damit die Ziele der ADT-

[365] Act. III.15, Zeilen 434 f.
[366] Act. III.15, 423 ff.
[367] Die Daepp-Gruppe mit Sitz in Oppligen (BE) besteht aus der Kieswerk Daepp AG, der HU. Liechti AG und der Emme Kies & Beton AG. Die Unternehmen widmen sich der Herstellung, dem Handel und Vertrieb von Sand, Kies und Beton sowie anderen Aushubmaterialien.
[368] Act. III.16 (22-0440), Zeilen 462-471.
[369] Die Haupttätigkeit der Fr. Blaser AG mit Sitz in Hasle bei Burgdorf (BE), besteht hauptsächlich im Sand- und Kiesabbau und in der Herstellung, im Vertrieb und Handel von Sand, Kies, Beton und verwandten Produkten.
[370] Act. III:20 (22-0440), Zeilen 379-386.

Sachplanung umsetzen wollen. Weder der gemeinsame Mengenrabatt noch individuelle Rabatte seien aber geeignet gewesen, auswärtige Konkurrenz fernzuhalten. Auswärtige Anbieter hätten bei grösseren Projekten einen grösseren Transportkostenanteil gehabt, weshalb sie weniger Spielraum zur Gewährung von Rabatten gehabt hätten als die Verfahrensadressaten. Bei kleineren Mengen seien nur die Untersuchungsadressatinnen zum Zug gekommen, weil sei aufgrund des Mengenrabatts und der Transportkosten den günstigsten Preis franko Baustelle offerieren hätten können.[371]

376. Die Kästli-Gruppe meint, Rabatt sei grundsätzlich ein Instrument für Wettbewerb, intensiviere diesen und führe zu tieferen und nicht höheren Preisen. Obwohl die Kästli- und die Alluvia-Gruppe gemeinsam einen Mengenrabatt gewährt hätten, habe dies keinen wettbewerbsbeeinträchtigenden Effekt gehabt. Sie sieht ihren Standpunkt durch die Aussagen von [P._____] bestätigt. Konkurrenten sei es freigestanden, auch einen Mengenrabatt zu gewähren. Zudem habe es zusätzlich individuelle Rabatte gegeben, was funktionierenden Wettbewerb beweise.[372]

Würdigung

377. Die Stellungnahme der Alluvia-Gruppe ist widersprüchlich. Auf der einen Seite hätten die Parteien mit dem gemeinsamen Mengenrabatt kurze Transportwege bezweckt, dieser Zweck sei durch den ADT-Sachplan gedeckt (zu den Vorbringen zum ADT-Sachplan, vgl. hinten Kapitel C.3, Rz 792 ff.). Auf der anderen Seite seien die gemeinsamen Mengenrabatte aber nicht geeignet gewesen, die auswärtige Konkurrenz fern zu halten. Mit anderen Worten haben die Parteien zwar mit den gemeinsamen Mengenrabatten beabsichtigt, die Transportdistanzen zu verkürzen. Gleichzeit seien diese Mengenrabatte aber nicht geeignet gewesen, die Transportdistanzen der Konkurrenten zu verkürzen. Die KTB-Werke sollen demnach von 1996 bis 2013 einen gemeinsamen Mengenrabatt zur Reduktion der Transportdistanzen aufrechterhalten haben, im Wissen darum, dass der Mengenrabatt nicht geeignet war, um zu einer Transportdistanzreduktion zu führen. Das ist nicht glaubwürdig und wird durch die Datenanalyse der Wettbewerbsbehörden auch nicht bestätigt. Demnach gab es ungenügenden Aussenwettbewerb.

378. Desweitern ist es widersprüchlich bei der Beurteilung der Wirkung des gemeinsamen Mengenrabattes anzuerkennen, dass auswärtige Anbieter bei grösseren Objekten einen grösseren Transportkostenanteil hatten als die KTB-Werke und daher weniger Spielraum bei der Rabattgewährung. Andererseits diesen «grösseren Spielraum» der KTB-Werke bei der Rabattsetzung nicht mit den gemeinsamen Mengenrabatten in Verbindung zu bringen. Schliesslich widerspricht sich die Alluvia-Gruppe, wenn sie einerseits sagt, bei kleineren Liefermengen seien nur die KTB-Werke aufgrund des Mengenrabatts und den Transportkosten berücksichtigt worden, weil sie den günstigsten Preis franko Baustelle offerieren hätten können. Andererseits, wie bereits aufgeführt, behauptet sie, der Mengenrabatt sei nicht geeignet gewesen, die auswärtige Konkurrenz fernzuhalten.

379. Die Darstellungen der Alluvia-Gruppe sind widersprüchlich und wurden von ihr auch nicht belegt. Sie vermögen das Beweisergebnis daher nicht in Frage zu stellen.

380. Die Aussage der Kästli-Gruppe, Rabatte seien ein Instrument für Wettbewerb, welches zu tieferen Preisen führe, besagt nichts zum vorliegenden Sachverhalt. Nicht spezifizierte Aussagen ohne Verbindung zu einem konkreten Sachverhalt haben keinen Beweiswert. Wie bereits oben ausgeführt, hat die Aussage, dass Konkurrenten die Möglichkeit hatten, auch einen Mengenrabatt anzubieten auch keinen Erkenntniswert. Sie belegen das tatsächliche Marktgeschehen nicht. Bloss theoretische Vorbringen genügen nicht, um einen bewiesenen Sachverhalt in Frage zu stellen. Schliesslich stützen die Aussagen von [P._____] die Vorbringen der Kästli-Gruppe nicht. [P._____] bestätigte, dass sein Unternehmen bei Kleinaufträgen mangels Mengenrabatt nicht in das Gebiet der Stadt und Umgebung Bern liefern könne.[373] Gemäss der Aussage von [P._____] liefert sein Unternehmen einzig bei Grossaufträgen auch in die Stadt und Umgebung Bern.[374] Aus den Aussagen geht also hervor, dass aufgrund der höheren Transportkosten und der Mengenrabatte, Konkurrenzunternehmen erst ab einem gewissen Volumen überhaupt kostendeckend in die Stadt und Umgebung eindringen können. Dies stimmt mit den Feststellungen der Wettbewerbsbehörden überein (Rz 112 – Rz 119).

381. Es sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass die Wettbewerbsbehörden im Rahmen dieses Verfahrens nicht die Faktengrundlage für eine Beseitigung des Wettbewerbs darzulegen haben. Es genügt, wenn sie die Faktengrundlage für eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs beweisen können. Der Umstand, dass Konkurrenten bei Grossprojekten, wie z.B. dem von [P._____] genannten Wankdorf Stadion, allenfalls ins Stadtgebiet liefern können, steht der Feststellung der kartellrechtlich relevanten Wettbewerbsbeschränkung nicht entgegen. Ebenso wenig vermag der Einwand, dass es neben den gemeinsamen Mengenrabatten noch Baustellenrabatte gab, die Relevanz der Wettbewerbsbeschränkung durch die Parteien zu beseitigen.

[371] Act. VI.30, S. 75 oben.
[372] Act. VI.29, Rz 306 ff.
[373] Act. III.16, Zeilen 467–471.
[374] Act. III.16, Zeilen.

(v) Beweisergebnis

382. Der einheitliche und gemeinsame Mengenrabatt verhinderte, dass sich die Verfahrensparteien in den Jahren 2004 bis 2013 bei der Gewährung von Mengenrabatten für Betonbezüge konkurrierten. Dies hatte zur Folge, dass Kunden und Kundinnen, unabhängig davon, ob sie Beton bei Werken der Kästli-Gruppe oder der Alluvia-Gruppe bezogen, für ihr Jahresbezugsvolumen den gleichen Mengenrabatt erhielten. Weiter führte der gemeinsame Mengenrabatt zu einer Koordination der Liefergebiete (dazu hinten Rz 623 ff.). Schliesslich war er geeignet und trug dazu bei, dass die Kies- und Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) in diesen Jahren gering blieben.

B.5.3.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis der gemeinsamen Mengenrabatte

383. Zwischen den Verfahrensparteien lagen seit spätestens dem Jahr 2004 übereinstimmende tatsächliche Willenserklärungen vor (Konsens), ihren Bezügern und Bezügerinnen von Betonprodukten einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt zu gewähren. Daran beteiligt waren die Alluvia-Gruppe mit den Betonwerken Hindelbank, Bern-Bethlehem, Oberwangen sowie Worblaufen und die Kästli-Gruppe mit dem Betonwerk Rubigen.

384. Der Konsens der Verfahrensparteien, einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt zu gewähren, bestand von 1996 bis Ende 2013.

385. Mit dem gemeinsamen Mengenrabatt bezweckten die Verfahrensparteien insbesondere, sich bei der Gewährung von Mengenrabatten für Betonbezüge nicht zu konkurrieren sowie ihre Liefergebiete zu koordinieren (dazu hinten Rz 623 ff.). Zudem bezweckten sie damit, Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren.

386. Die Verfahrensparteien verhielten sich in den Jahren 1996 bis 2013 entsprechend ihrem Konsens und gewährten ihren Bezügern und Bezügerinnen von Betonprodukten einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt. Der gemeinsame Mengenrabatt berechnete sich auf der Basis der Gesamtbezüge eines Kunden oder einer Kundin bei allen beteiligten Betonwerken pro Jahr (Mengenrabattpooling). Zuletzt betrug er – je nach Jahresbezugsmenge – zwischen Fr. 2.50 pro Kubikmeter und Fr. 13.50.– pro Kubikmeter. Der gemeinsame Mengenrabatt wurde den Kunden und Kundinnen der Verfahrensparteien jährlich durch die von der KTB AG geführte gemeinsame Inkassostelle entrichtet (dazu hinten Rz 770 ff.).

387. Der einheitliche und gemeinsame Mengenrabatt verhinderte, dass sich die Verfahrensparteien in den Jahren 1996 bis 2013 bei der Gewährung von Mengenrabatten für Betonbezüge konkurrierten. Dies hatte zur Folge, dass Kunden und Kundinnen, unabhängig davon, ob sie Beton bei Werken der Kästli-Gruppe oder der Alluvia-Gruppe bezogen, für ihr Jahresbezugsvolumen den gleichen Mengenrabatt erhielten. Weiter führte der gemeinsame Mengenrabatt zu einer Koordination der Liefergebiete (dazu hinten Rz 623 ff.). Schliesslich trug er dazu bei, dass die Kies- und Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) in diesen Jahren gering blieben.

B.5.4 Koordination der Liefergebiete

B.5.4.1 Konsens, Inhalt, Beteiligte und Dauer

(i) Beweisthema

388. Nachfolgend ist zu untersuchen, ob zwischen den Verfahrensparteien eine übereinstimmende tatsächliche Willenserklärung (Konsens) vorlag, die Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) zu koordinieren, und wie lange dieser Konsens bestand.

(ii) Beweismittel

389. Dem Sekretariat liegen die nachfolgenden Beweismittel vor.

a. Urkunden

390. Den Wettbewerbsbehörden liegen die folgenden Beweisurkunden vor:

- Ein Dokument mit dem Titel «*Vereinbarung*» vom 24. Dezember 1976.[375]
- Ein Jahresbericht des KTB-Verbandes aus dem Jahr 1994.[376]
- Eine Aktennotiz der Hofstetter mit dem Namen «*Überlegungen zum Vorschlag „Bern Beton“*», welche gemäss Metadaten der elektronischen Datei vom 16. April 1996 stammt.[377]
- Ein VR-Protokoll der Hofstetter vom 21. März 1997.[378]
- Ein Bericht des Präsidenten der KTB für das Geschäftsjahr 1996 vom 26. Mai 1997.[379]
- Ein Dokument mit dem Titel «*Einige Marketing-Überlegungen*» von [Q._____] vom 31. Oktober 1997.[380]
- Ein Dokument mit dem Titel «*Marketing-Konzept*» der Hofstetter aus dem Jahr 1998.[381]
- Ein Dokument mit dem Namen «*Zusammenarbeit Hofstetter/Messerli/Kästli im Raume Bern*» aus dem Jahr 1998, welche auf den 1. Januar 1999 in Kraft gesetzt wurde.[382]
- Ein Dokument mit dem Titel «*Marketing-Strategie*» vom 6. Juli 1999 der Marketinggruppe der K.+U. Hofstetter AG.[383]

[375] Act. II.C.X.34 (22-0440).
[376] Act. II.B.2.
[377] Act. II.B.X.24 (22-0440).
[378] Act. II.B.X.36 (22-0440).
[379] Act. II.A.2.
[380] Act. II.B.X.40 (22-0440).
[381] Act. II.B.X.287 (22-0440).
[382] Act. II.B.X.46 (22-0440).
[383] Act. II.B.X.62 (22-0440).

- Eine PowerPoint-Präsentation einer Kaderschulung im September 1999 der K.+U. Hofstetter AG.[384]
- Ein «*Kurzbeschrieb der kiesrelevanten Tätigkeiten der Aktionäre der KAGA*» des Beratungsunternehmen Novo Business Consultants vom 21. April 2002.[385]
- Ein Protokoll der Abteilung A der Hofstetter vom 15. September 2003.[386]
- Drei Dokumente aus den Jahren 2003, 2005 und 2006 mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen Lehmann Transport AG und K.+U. Hofstetter AG*».[387]
- Ein Dokument mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter und der Messerli Kieswerk AG*» aus den Jahren 2007, 2008 und 2009.[388]
- Ein Dokument namens «*Marketing-Konzept*» der Marketinggruppe der K.+U. Hofstetter AG, welches beinahe identisch ist mit dem gleichnamigen Dokument vom 24. Oktober 1998. Gemäss den Metadaten wurde dieses Dokument am 23. Juli 2010 bzw. am 7. September 2010 erstellt.
- Ein Dokument namens «Marketing-Strategie» der Marketinggruppe der K.+U. Hofstetter AG, welches beinahe identisch ist mit dem gleichnamigen Dokument vom 6. Juli 1999. Gemäss den Metadaten wurde dieses Dokument am 24. Juli 2010 bzw. am 6. September 2010 erstellt.[389]
- Zwei Dokumente mit dem Titel «Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter und der Messerli Kieswerk AG» aus den Jahren 2011 und 2013/14.[390]
- Eine E-Mail eines Verwaltungsratsmitgliedes der Alluvia-Gruppe an andere Verwaltungsratsmitglieder und die Geschäftsleitung vom 31. Dezember 2013 und eine E-Mail vom 25. Juli 2014 der Geschäftsleitung der Alluvia-Gruppe an den Verwaltungsrat.[391]

b. Lieferscheindaten

391. Die Wettbewerbsbehörden verfügen über die von den Parteien eingereichten Lieferscheindaten (dazu vorne A.4.6, Rz 35 ff.). Die Auswertung der Lieferscheindaten ermöglichte dem Sekretariat zusätzlich zu den übrigen Beweismitteln einerseits das Bestehen und die Dauer des Konsenses der Parteien über die Koordinierung der Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) zu beweisen. Andererseits zeigt die Analyse zugleich die tatsächliche Umsetzung und Auswirkung der Koordination auf. Die Analyse dieser Lieferscheindaten wird entsprechend der Struktur dieses Antrags weiter unten unter dem Titel Umsetzung und Auswirkung (B.5.4.3, Rz 482 ff.) dargelegt.

c. Zeugenaussagen

392. Anlässlich seiner Einvernahme vom 15. September 2015 sagte [M._____] aus, es habe «*einen geographischen Kreis um die Stadt und Agglomeration Bern*» gegeben. Er gab zu Protokoll: «*Wenn Mitglieder Kies und Beton für Baustellen dieses Kreises von andern Werken als den KTB-Werken bezogen, dann machten die KTB-Werke entsprechende Abzüge beim Kies- und Betonbatzen*».[392]

393. [A._____] sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 26. April 2016 aus, der KTB-Verband sei seines «*Wissens juristisch korrekt […] für Preisabreden, Mengenzuteilungen und Gebietsabreden gegründet*» worden. «*Dafür ha[be] man einen Geschäftsführer angestellt, der das professionell durch[ge]führt*» habe.[393] [D._____] sei der Geschäftsführer des Verbands gewesen.[394]

394. Gemäss [A._____] gab es zu Zeiten des KTB-Verbandes eine Karte, welche auch den Baumeistern abgegeben worden sei und auf welcher die Liefergebiete der einzelnen Werke eingezeichnet gewesen seien. Ferner sei darauf vermerkt gewesen, wieviel der Transport gekostet habe. Dies seien die sogenannten Transportzonen gewesen. Die Baumeister hätten nicht bestimmen können, welche Werke lieferten. Dies hätte der Verband unter sich geregelt. Wenn also Messerli in einem Monat geliefert habe, habe z.B. Hofstetter zum Ausgleich in einem anderen Monat geliefert. Die Baumeister hätten dies gewusst und begrüsst, da sie dadurch «*gleich lange Spiesse im Wettbewerb*» gehabt hätten.[395] Nach der Auflösung des Verbandes habe es «*keine gemeinsame Kasse mehr*», «*keinen gemeinsamen Geschäftsführer mehr*», «*keine gemeinsamen Preislisten mehr*», «*keine Mengenkontingentierung mehr*» und «*keine Gebietsabsprachen mehr*» gegeben.[396]

d. Parteiaussagen

395. Anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2015 sagte [C._____] von der Alluvia-Gruppe aus, das Inkrafttreten des neuen Kartellgesetzes im Jahr 1996 sei sicher auch ein Grund für die Auflösung des KTB-Verbandes gewesen.[397]

396. […]

[384] Act. II.B.X.63 (22-0440).
[385] Act.III.17 (22-0440).
[386] Act. II.B.X.151 (22-0440).
[387] Act. II.B.X.167 (22-0440).
[388] Act. III.23. Beilage 1 (22-0440).
[389] Act. II.B.X.286 (22-0440).
[390] Act. II.B.X.357 (22-0440).
[391] Act. II.B.X.392 (22-0440), 1; Act. II.B.X.433 (22-0440).
[392] Act. III.22, Zeilen 395 ff. (22-0440).
[393] Act. III.24, Zeilen 120 ff. (22-0440).
[394] Act. III.24, Zeile 127. (22-0440).
[395] Act. III.24, Zeile 162 ff. (22-0440).
[396] Act. III.24, Zeile 187 ff. (22-0440).
[397] Act. III.17, Zeile 332 ff. (22-0440).

397. [N._____] von der Alluvia-Gruppe wurde anlässlich seiner Einvernahme vom 19. Oktober 2016 ein Ausschnitt eines Berichtes des Unternehmens Novo Business Consultants vorgelegt. In diesem Bericht ist zur Konkurrenzsituation zwischen Hofstetter, Messerli und Kästli aufgeführt, dass in Bern eine Marktaufteilung mit Hofstetter, Messerli und Kästli bestehe. Darauf angesprochen, sagte [N._____] aus, er könne sich nicht erklären, wie jemand so einen Bericht schreiben könne. Es habe keine Marktaufteilung gegeben.[398]

398. Am 26. April 2016 wurde [R._____] als [Funktionsbezeichnung] der Lehmann Transport AG zur Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG Bern sowie der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG 2009 vom 6./7. Mai 2009 befragt. Er gab zu Protokoll, die Vereinbarung sei darin begründet, dass die Messerli-Hofstetter Kieskomponenten nicht selber direkt verkaufe, sondern vor allem für die Betonproduktion benötige. Hofstetter und Messerli hätten ihr Material nicht direkt auf den Baustellen gewünscht, da sie es für die Betonproduktion selber benötigten. Der Lehmann sei es darum gegangen, Material von der Hofstetter zu nehmen, um Leerfahrten zu vermeiden. Hofstetter habe nicht gewollt, dass die Lehmann das Material in Gebieten verkaufe, die zu nahe bei den Werken der Hofstetter lägen.[399]

399. Das Sekretariat konfrontierte [R._____] mit der folgenden Aussage aus der Ziffer 1 der Vereinbarung vom 6./7. Mai 2009: „*Die Lehmann Transport AG beliefert keine Kunden innerhalb der definierten Gebietsgrenzen der Firmen K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten. Ausnahmen: Marti AG, Bern, diese Lieferungen sind einzeln zu besprechen*.“ Er gab zu Protokoll, dies sei falsch ausgedrückt. Die Lehmann hätte das ganze Gebiet mit diesen Materialien beliefert. Hofstetter und Messerli hätten nicht gewollt, dass die Lehmann ihr Material in ihre Gebiete verkaufe, da sie das Material dort für die Betonproduktion brauchten. Die Lehmann habe Marti mit Material von Hofstetter und Messerli beliefern dürfen.[400] Auf Nachfrage bestätigte [R._____], dass die Ziffer 1 des Vertrags falsch formuliert sei.[401] Die Lehmann AG habe Ziffer 1 nie gross Beachtung geschenkt. Eine solche Vereinbarung über den Materialbezug gebe es seit ca. 2000 oder 2001.[402]

e. Schriftliche Antworten auf Fragebogen

400. [A._____] als ehemaliger Geschäftsleiter der Messerli Kieswerk AG beantwortete schriftlich Fragen, welche das Sekretariat mittels Fragebogen vom 11. November 2015 an ihn gesandt hatte. Auf die Frage, ob die Mitglieder des KTB-Verbandes nach dessen Auflösung Abmachungen über Gebiete getroffen hätten, antwortete er Folgendes: «*Die Gebietszuteilung ergab sich fast automatisch durch die Transportzonen, weil der Grundpreis für Kies und Beton ab Werk bei allen Werken fast gleich hoch war*.»[403]

(iii) Beweiswürdigung

1. Koordination der Liefergebiete 1976

401. Dem Dokument vom 24. Dezember 1976 mit dem Titel «Vereinbarung» ist zu entnehmen, dass die Einzelfirma Fritz Blaser, die einfache Gesellschaft «Betonwerk Grosshöchstetten», die Kieswerk Daepp AG, der Verband der Kies- und Transportbetonwerke Bern (KTB) und die Stiftung Landschaft + Kies einen Vertrag abgeschlossen hatten.[404] Der KTB-Verband bestand damals aus der heutigen Alluvia-Gruppe (damals K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Kessler Kies AG, Kieswerk AG Oberwangen)[405], der heutigen Kästli-Gruppe (damals Bendicht Kästli & Söhne AG)[406], der ehemaligen Kieswerk Wichtrach AG[407], der ehemaligen W. und E. Künti[408] und der heutigen Losinger Marazzi AG (damals Losinger AG, Bern).[409]

402. Aus der Vereinbarung geht wörtlich hervor, dass die Vertragsparteien beabsichtigten, «*geordnete Verhältnisse auf dem Markt für Kies, Sand und Transportbeton in den gemeinsamen Interessen-Räumen der Region Bern und des Gürbe-, Aare-, Worblen- und Emmentals zu schaffen*».[410] Die Vereinbarung sah vor, dass jeder Vertragspartner grundsätzlich das Recht erhalten sollte, «*alle Kunden für Beton, Sand und Kies, welche in seinem Absatzgebiet Bauten errichten, ausschliesslich zu beliefern*.» Dies galt für die vertraglich vereinbarten «*Liefergebiete*»,[411] welche die Vertragsparteien auf einer Landkarte einzeichneten. Die Vertragsparteien sollten «*Offerten und Lieferungen für Beton, Sand und Kies, auf das ihnen zugeteilte Liefergebiet […] beschränken*.» Lieferungen in «*fremde Liefergebiete*» waren den Vertragspartnern gestattet, sofern sich die betroffenen Vertragspartner einigten. Als Grund für eine Lieferung in ein fremdes Gebiet nannte die Vereinbarung z.B. den Fall, dass das gebietsansässige Unternehmen nicht in der Lage war, zu liefern.[412]

403. Aus alledem geht ohne Zweifel der übereinstimmende wirkliche Wille zwischen der heutigen Alluvia-Gruppe und der heutigen Kästli-Gruppe, der ehemaligen Kieswerk Wichtrach AG, der ehemaligen W. und E. Künti, der heutigen Losinger Marazzi AG, der Einzelfirma Fritz Blaser und der Kieswerk Daepp AG hervor, nicht in die gegenseitigen Liefergebiete einzudringen und einander in den Liefergebieten der Werke nicht zu konkurrieren.

404. In der Folge ist zu prüfen, ob dieser übereinstimmende wirkliche Willen auch noch in den Folgejahren zwischen den Verfahrensparteien angedauert hat.

[398] Act. III.29, Zeilen 206 ff. (22-0440).
[399] Act. III.23, Zeilen 112 ff. (22-0440).
[400] Act. III.23, Zeilen 145 ff. (22-0440).
[401] Act. III.23, Zeilen 153 ff. (22-0440).
[402] Act. III.23, Zeilen 156 f. (22-0440).
[403] Act. VI.2, Antwort auf Frage II.4 (22-0440).
[404] Act. II.C.X.34 (22-0440), 7, Punkt 1.
[405] Vgl. Act. II.C.X.24 (22-0440), S. 1.
[406] Vgl. Act. II.C.X.24 (22-0440), S. 1.
[407] Liquidiert, vgl. DRACHE Post, Nr. 13, September 2007, 6, <http://www.wichtrach.ch/documents/drachepost_13.pdf> (4.5.2018).
[408] Heute in Liquidation, Firmennummer im Handelsregister des Kantons Bern, CHE-100.888.036.
[409] Act. II.C.X.24 (22-0440), S. 1.
[410] Act. II.C.X.34 (22-0440), S. 7 Punkte 1 u. 2.
[411] Act. II.C.X.34 (22-0440), S. 8 Punkt 3.2.
[412] Act. II.C.X.34 (22-0440), S. 9 Punkt 4.2.1 und 4.2.3.

2. Dauer der Koordination der Liefergebiete aufgrund der Vereinbarung von 1976

a. Fortbestand bis ins Jahr 1994

405. Dem Jahresbericht des KTB-Verbandes aus dem Jahr 1994 ist unter dem Titel «*Verhältnis mit angrenzenden Kies- und Betonwerken*» zu entnehmen, dass die KTB-Vertreter an sogenannten «*Koordinationsgesprächen*» teilgenommen hatten. An diesen Gesprächen nahmen die damaligen Firmen Daepp, Blaser, Sollberger, Frischbeton Thun und Kieswerk Steinigand teil. Die Teilnehmer hielten fest, «*dass jüngere Firmenvertreter vom Vertrag vom 24.12.1976 und erst recht von der Karte mit den Liefergebietsabgrenzungen gar keine Kenntnis*» hätten. Es dränge sich auf, «*diese Vereinbarung zu aktualisieren*.»[413]

406. Daepp, Blaser und die KTB-Mitglieder waren bereits an der Vereinbarung von 1976 beteiligt. 1994 wurde das Thema Liefergebietsabgrenzung erneut besprochen. Aus der protokollierten Aussage, «*dass jüngere Firmenvertreter vom Vertrag vom 24.12.1976 und erst recht von der Karte mit den Liefergebietsabgrenzungen gar keine Kenntnis*» hätten, geht einerseits hervor, dass die älteren Teilnehmer die Vereinbarung noch immer kannten, andererseits folgt daraus aber auch, dass die jüngeren Vertreter diese Vereinbarung nicht kannten. Aus der Aussage, dass «*diese Vereinbarung zu aktualisieren*» sei, folgt, dass die Teilnehmer immer noch an der Einhaltung der Vereinbarung von 1976 festhalten wollten. Zudem bezieht sich die Aktualisierung auf die jüngeren Teilnehmer, nicht hingegen auf die älteren Teilnehmer. Aus dem Umstand, dass Daepp, Blaser und die KTB-Mitglieder die Vereinbarung selbst abgeschlossen hatten und das Thema 1994 an einer gemeinsamen Sitzung erneut behandelten, geht hervor, dass sie selbst an der Vereinbarung festhielten. Andernfalls hätte es keiner «*Aktualisierung*» einzig für die jüngeren Unternehmer bedurft. Es ist daher erwiesen, dass die Vereinbarung von 1976 im Jahr 1994 zumindest noch zwischen den älteren Mitgliedern – d.h. den Vereinbarungsteilnehmern von 1976 Daepp, Blaser, Hofstetter, Messerli, Kessler, Kieswerk AG Oberwangen und Kästli – nachgelebt wurde.

b. Fortbestand bis Ende 1997

407. Der Bericht des Präsidenten der KTB für das Geschäftsjahr 1996 vom 26. Mai 1997 hält fest, dass die Gesellschafter des Kies- und Transportverbandes Bern und Umgebung – KTB – anlässlich der Generalversammlung vom 1. November 1996 entschieden hatten, den Verband per Ende 1997 aufzulösen. Unter anderem bestand der Grund der Auflösung gemäss dem Verbandspräsidenten [B._____] darin, dass «*gemeinsame Preislisten und Gebietsaufteilungen nicht mehr erlaubt*» seien.[414]

408. Der Inhalt dieses Berichts deckt sich mit der Aussage von [C._____], wonach die Mitglieder den Verband auch aufgrund des Inkrafttretens des Kartellgesetzes im Jahr 1996 aufgelöst hätten. Es gibt daher keinen Grund an der Richtigkeit der im Bericht festgehaltenen Begründung für die Auflösung zu zweifeln. Es ist folglich erwiesen, dass die KTB-Mitglieder Gebietsabreden als nicht mehr zulässig erachteten und daher den Verband auflösten.

409. Die Gebietsabreden wurden zu dieser Zeit auch noch tatsächlich gelebt, wie sich aus einer Aktennotiz der Hofstetter vom 16. April 1996 entnehmen lässt. Die Notiz enthält «*Überlegungen zum Vorschlag „Bern Beton“*».[415] Aus der Notiz ergibt sich, dass die «*Interessenslage […] für alle drei gleich*» sei. Alle hätten «*grosses Interesse*» daran, dass «*alle drei als mittelständische Betriebe erhalten bl[ie]ben*», «*die weitere Zusammenarbeit [sei] erwünscht und möglich*», «*loyales Verhalten untereinander w[e]rd[e] seit langem gelebt*» und es habe ein «*Vertrauensverhältnis […] aufgebaut werden*» können. «*Die Zusammenarbeit ha[be] Tradition und funktionier[e] gut.*» Das Einzugsgebiet von Bern sei auf längere Sicht gross genug für die drei optimal platzierten Werke Kästli, Worblaufen und Messerli. Wichtig sei, «*dass die Agglomeration Bern vollflächig abgedeckt [sei] und somit für potentielle Konkurrenten wenig Motivation besteh[e], hier einzudringen*.»[416] Aus Sicht der Hofstetter biete Bern Beton keinen Vorteil. «*Bei schrumpfenden Umsätzen*» gelte «*nur eines: Kosten senken, gegenseitig mithelfen, möglichst das Preisniveau zu halten, den Lieferausgleich herzustellen*» und im Hofstetter Gebiet «*den Marktanteil [zu] halten*.»[417]

410. Aus der genannten Aktennotiz von 1996 geht hervor, dass 1996 eine Tradition der Zusammenarbeit zwischen Kästli, Hofstetter und Messerli bestand. Die Konkurrenten pflegten ein loyales Verhältnis, welches sich in der Tradition äusserte, die Liefergebiete untereinander aufzuteilen und das Preisniveau möglichst hoch zu halten. Aus der Notiz folgt ferner, dass die «Gebietsaufteilungen» zwischen den KTB-Mitgliedern im Jahr 1996 noch nachgelebt wurden. Ferner folgt aus dem Bericht des Präsidenten, dass diese Gebietsaufteilung auch noch im Jahr 1997 bestand, andernfalls wäre die Verbandsauflösung aufgrund der kartellrechtlichen Unzulässigkeit dieser Gebietsaufteilung auf Ende 1997 nicht notwendig gewesen.

411. Diese Folgerung stimmt auch mit dem Inhalt des Dokuments mit dem Titel «*Einige Marketing-Überlegungen*» von [Q._____] vom 31. Oktober 1997 überein. Daraus geht hervor, dass die Werke in Hindelbank und Berken die Absatzmenge steigern konnten. Einzig die Beton Worblaufen müsse voraussichtlich einen «*einschneidenden Rückgang*» verzeichnen. Für diesem Rückgang seien die unterdurchschnittliche Bautätigkeit im Liefergebiet, der aufgrund von «*Absprachen starre Markt*», der nicht funktioniere und die grosse Überkapazität vieler Anbieter ausschlaggebend gewesen.[418] Der Verfasser des Dokuments regt die Erarbeitung eines Marketingkonzepts an.[419]

[413] Act. II.B.2, S. 2.
[414] Act. II.A.2, 2 (Bericht des Präsidenten).
[415] Act. II.B.X.24, Seite 1/3 (22-0440).
[416] Act. II.B.X.24, Seite 1/3 (22-0440).
[417] Act. II.B.X.24, Seite 3/3 (22-0440).
[418] Act. II.B.X.40, 3 (22-0440).
[419] Act. II.B.X.40, 4 (22-0440).

412. Dieses Dokument beweist, dass aus Sicht des Verfassers [Q._____] der Markt im Jahr 1997 aufgrund von «Absprachen» starr war. Diese Aussage ist im Zusammenhang mit der Tatsache zu lesen, dass der KTB-Verband nach eigenen Angaben mit «*gemeinsamen Preislisten und Gebietsaufteilungen*» am Markt auftrat. Vor diesem Hintergrund ist bewiesen, dass es am Markt nach wie vor Absprachen über die Gebietsaufteilung, und zwar auch noch zum Zeitpunkt als das Dokument verfasst wurde, also am 31. Oktober 1997, gab. Im Zusammenhang mit den oben genannten Beweismitteln ist von der inhaltlichen Richtigkeit dieser Einschätzung auszugehen.

c. Fortbestand bis ins Jahr 1999

413. Dem Dokument mit dem Namen «*Marketing-Konzept*» der Hofstetter aus dem Jahr 1998 ist zu entnehmen, dass die Messerli, Kessler, Frischbeton AG Rubigen und die Beton Worblaufen AG mit «*abgestimmten Beton- und Fuhrpreisen auftreten, so dass logische Verkaufsgebiete mit minimalen Fuhrdistanzen entstehen. […] Seit zwei Jahren [würden] firmenübergreifende Gespräche geführt, um eine Strategie für weiter rückläufige Marktentwicklungstendenzen erarbeiten zu können.*»[420]

414. [C._____] sagte zu der besagten Protokollstelle aus, es sei vor allem um «*Fuhrpreise*» gegangen. Jeder habe für sich eine Karte mit Distanzen zu den einzelnen Kunden bzw. Gebieten erstellt.[421] Es hätten sich fünf Gebietskreise ergeben, innerhalb derer die Transportkosten einfach zu berechnen gewesen seien.[422] Dazu sagte er aus: «*Man hat die Radien der fünf Kreise abgestimmt. Daraus ergaben sich die Transportkreise und dann entsprechend die logischen Marktgebiete*».[423] Die logischen Marktgebiete hätten sich auch heute nicht verändert.[424] Die Parteien seien nicht mit abgestimmten Beton- und Fuhrpreisen aufgetreten. Sie hätten nur «*die Grenzen abgestimmt, wo es aus der Natur der Sache heraus noch Sinn macht hinzufahren*».[425]

415. Aus diesem Dokument folgt, dass die Hofstetter, Messerli, Kessler (heute alle Alluvia-Gruppe) und Frischbeton AG Rubigen (Kästli-Gruppe) aus der Sicht des Verfassers mit abgestimmten Beton- und Fuhrpreisen auftraten und daraus auch im Jahr 1998 «*logische Verkaufsgebiete*» resultierten. Anders ausgedrückt, bewirkte aus der Sicht der Verfasser die Koordination der Preise (dazu vorne B.5.2, Rz 172 ff.) im Jahr 1998 eine Koordination der Verkaufsgebiete. Dementsprechend sagte [C._____] aus, die Parteien hätten die Lieferradien um ihre Werke «*abgestimmt*», woraus sich die Transportkreise und entsprechend die «*logischen Marktgebiete*» ergeben hätten. Die Beton- und Fuhrpreise seien nicht abgestimmt gewesen, hingegen seien die Grenzen abgestimmt worden, wohin es sich noch lohne hinzufahren.

416. Aus dem Dokument mit dem Namen «*Zusammenarbeit Hofstetter/Messerli/Kästli im Raume Bern*» aus dem Jahr 1998 geht hervor, dass die Parteien auf dem Markt für Kies, Sand und Beton im gemeinsam belieferten Gebiet der Region Bern «*geordnete Verhältnisse*» schaffen wollten. Die Parteien vereinbarten die Lieferung von Transportbeton für das Gebiet der Region Bern. Sie setzten Betonkontingente fest,[426] indem sie eine anrechenbare Menge Transportbeton festlegten. Die anrechenbare Menge Transportbeton war 42 % für das Werk Oberwangen der Firmen Messerli und Kessler (heute Alluvia-Gruppe), 27 % für das Werk Beton Worblaufen (heute: Alluvia-Gruppe) und 31 % für das Werk der Frischbeton AG Rubigen (Kästli-Gruppe). Das Kontingent wurde durch die zentrale Inkassostelle berechnet.[427] Die Vereinbarungspartner waren sich einig, «*dass jedes Werk in seinem Liefergebiet nachhaltig akquiriert*», ferner sollten die «*Werkvertreter […] sich regelmässig zum Informationsaustausch und zur Absprache der Akquisitionspolitik [treffen]*».[428] Die schriftliche Vereinbarung wurde auf den 1. Januar 1999 in Kraft gesetzt. Sie musste bis zum 30. November gekündigt werden, ansonsten blieb sie ein weiteres Jahr in Kraft.[429]

417. Durch die Zuteilung von Betonkontingenten für Hofstetter/Messerli bzw. Kessler (heute alle Alluvia-Gruppe) und Kästli resultierten genaue Mengen, welche von den Konkurrenten in die Liefergebiete geliefert werden durften. Zudem sollte jedes Werk primär in seinem Liefergebiet «*nachhaltig akquirieren*». Daraus ist ersichtlich, dass die Parteien zu diesem Zeitpunkt immer noch beabsichtigten, ihre Liefergebiete miteinander zu koordinieren.

418. Die Alluvia-Gruppe bestreitet, dass die Abmachung jemals unterzeichnet wurde. Das Dokument sei die Überlegung eines einzelnen Unternehmens.[430] Darauf ist Folgendes zu entgegnen: Tatsache ist, dass dieses Dokument anlässlich der Hausdurchsuchungen vom 13. Januar 2015 bei der Alluvia-Gruppe sichergestellt wurde. Ihre Mitarbeiter haben Zeit und Arbeit bzw. Kosten aufgewendet, um dieses Dokument zu erstellen. Hätte keine konkrete Absicht zwischen der damaligen Hofstetter, der Messerli (heute beide Alluvia) und der Kästli bestanden, ihre Liefergebiete zu koordinieren, hätten die Mitarbeiter keinen Auftrag erhalten, den Aufwand für die Erstellung des Dokuments zu leisten. Die Absicht war so weit gediehen, dass ein zur Unterschrift reifes Dokument erstellt worden war. Die Absicht ist

[420] Act. II.B.X. 53 (22-0440), S. 9.
[421] Act. III.17, Zeilen 437 – 439.
[422] Act. III.17, Zeilen 440 – 442.
[423] Act. III.17, Zeilen 446 f.
[424] Act. III.17, Zeilen 442 f.
[425] Act. III.17.
[426] Sie setzten Betonkontingente fest, indem sie ein anrechenbare Menge Transportbeton festlegten. Diese Menge setzte sich aus der gesamten produzierten Menge gemäss Zähler an der Anlage abzüglich Fehlmischungen, Eigenverbrauch, Leichtbetone, Mauermörtel und Fliessestrich sowie zuzüglich der Anzahl Kubikmeter Kieslieferungen an Baustellenanlagen x 0.86, Act. II.B.X.46 (22-0440).
[427] Der Inkassostelle waren die zur Erfüllung der Aufgabe notwendigen Statistiken zur Verfügung zu stellen. Die Kontrolle der anrechenbaren Mengen erfolgte durch die Werksvertreter. Überschritt ein Partner sein Kontingent, bezahlte er für jeden Kubikmeter Mehrlieferung von Transportbeton eine Abgabe von Fr. 5.–. Der durch die «Überlieferer» eingebrachte Betrag musste er den «Unterlieferer» ausbezahlen. Der Betrag war innert 30 Tagen nach Rechnungsstellung zu begleichen, Act. II.B.X.46 (22-0440).
[428] Act. II.B.X.46 (22-0440).
[429] Act. II.B.X.46 (22-0440).
[430] Act. VI.30, Rz 125.

auch vor dem Hintergrund zu würdigen, dass die Parteien ihre Liefergebiete bereits zwanzig Jahre zuvor koordiniert hatten. Es handelt sich also nicht um eine neue Idee. Zudem ist das Dokument im Gesamtkontext mit den übrigen Beweismitteln, welche bis ins Jahr 2013 reichen, zu lesen. Es kann daher ausgeschlossen werden, dass eine Partei den Inhalt dieses Dokumentes einseitig und ohne jegliche Rücksprache mit den Vertragsparteien festgelegt hat. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Inhalt gemeinsam festgelegt wurde und ein klarer Vertragsabschlusswille bestand. Die Tatsache, dass es firmenübergreifende Gespräche gab, um gegen die rückläufigen Marktentwicklungstendenzen anzukämpfen, bestreitet die Alluvia-Gruppe denn auch nicht.[431] Das Dokument beweist also zumindest, dass Kontakte zwischen den Parteien bestanden und sie die Absicht hegten, ihre Liefergebiete weiterhin, also auch noch im Jahr 1999 und länger, zu koordinieren. Das Dokument ist im Zusammenhang mit den nachfolgenden Beweismitteln geeignet zu beweisen, dass die Gebietskoordination auch noch über das Jahr 1997 hinaus im Jahr 1999 fortdauerte.

419. Die K.+U. Hofstetter entschied sich gemäss dem Dokument «*Marketing-Strategie*» vom 6. Juli 1999, «*für alle Gebiete (BW, BH, BB)[432] die Strategie 1 anzuwenden.*»[433] Gemäss dieser Strategie 1 sollte im Gebiet Bern und Umgebung, «*die in den letzten Jahren gewachsenen Liefergebiete […] nicht verändert [werden], weil die Mitbewerber weiterhin in der bisherigen Form akzeptiert w[u]rden. Auf eine Vorwärtsstrategie in Form von Marktanteilsgewinnen durch eine konsequente Marktbearbeitung unter Einsatz von höheren Rabatten w[u]rd[e] bewusst verzichtet. Am vorhandenen Mengenrabattsystem w[u]rd[e] festgehalten und man [war] bestrebt, die aktuellen Marktanteile und das vorhandene Preisniveau zu halten.*»[434]

420. Daraus ist ersichtlich, dass Hofstetter die «*gewachsenen Liefergebiete*» nicht verändern wollte. Die Konkurrenten und deren Liefergebiete wurden in ihrer bisherigen Form akzeptiert. Zudem verzichtete die Hofstetter darauf, eine «*Vorwärtsstrategie in Form von Marktanteilsgewinnen durch eine konsequente Marktbearbeitung unter Einsatz von höheren Rabatten*» zu verfolgen. Mit anderen Worten verzichtete die Hofstetter darauf, die Messerli und die Kästli in ihren Liefergebieten zu konkurrieren. Vielmehr sollte das vorhandene Mengenrabattsystem – u.a. die gemeinsamen KTB-Mengenrabatte – beibehalten werden. Dies beweist die zumindest stillschweigende Übereinkunft zwischen den Parteien, die gegenseitigen Liefergebiete zu akzeptieren. Die Strategie von Hofstetter machte nämlich nur Sinn, wenn sie davon ausgehen konnte, dass ihre Konkurrentinnen Messerli und Kästli ebenso agieren würden. Andernfalls wäre ihre Strategie sinnlos. Denn diesfalls würde sie sich zugunsten ihrer Konkurrenten einseitig dem Risiko von erhöhten Marktanteilseinbussen aussetzen. Das wiederum widerspricht ihrem Ziel «*die aktuellen Marktanteile und das vorhandene Preisniveau zu halten*». Es ist daher erwiesen, dass Hofstetter nicht in die Liefergebiete der Konkurrenten eindringen wollte, um diese zu konkurrieren. Sie ging davon aus, dass sich ihre Konkurrentinnen gleich verhalten würden. Dieser wird durch die Tatsache bestätigt, dass die Kästli, die Hofstetter und die Messerli 1999 eine Zusammenarbeit beabsichtigten, mit welchem im gemeinsam belieferten Gebiet im Raum Bern geordnete Verhältnisse geschaffen werden sollten und jedem Unternehmen Betonkontingente in diesem Gebiet zugeteilt werden sollten. Aufgrund dieser Beweismittel zeigt sich, dass die Verfahrensparteien sich immer noch an die Aufteilung der Liefergebiete hielten, wie dies die Alluvia- und die Kästli-Gruppe 1976 vereinbart hatten. Die Gebietskoordination zwischen den KTB-Mitgliedern bestand folglich auch noch im Jahr 1999.

421. Dieses Beweisergebnis stimmt im Übrigen auch mit dem Inhalt einer PowerPoint-Präsentation einer Kaderschulung vom September 1999 der K.+U. Hofstetter AG überein. Daraus geht hervor, dass der Betonmarkt im Gebiet Stadt Bern und Umgebung «*klar gewachsene und breit akzeptierte Liefergebiete*» aufweise.[435]

422. Insgesamt ist also erwiesen, dass die Verfahrensparteien auch im Jahr 1999 ihre Liefergebiete untereinander koordinierten, indem sie zumindest beabsichtigten gegenseitige Betonlieferkontingente festzulegen. Insbesondere verzichteten sie darauf, sich gegenseitig zu konkurrieren, indem sie nicht in ihre gegenseitigen Liefergebiete eindrangen und keine höheren Rabatte setzten. Die vollständige Dauer der Vereinbarung ist aus dem Gesamtkontext der übrigen vorliegenden Beweise zu ermitteln.

d. Fortbestand bis 2003

423. Das Beratungsunternehmen Novo Business Consultants verfasste einen «*Kurzbeschrieb der kiesrelevanten Tätigkeiten der Aktionäre der KAGA*». Der Kurzbeschrieb datiert vom 21. April 2002 und hält unter dem Titel «*Konkurrenzsituation*» fest, dass in Bern eine «*Marktaufteilung*» zwischen der Messerli, Hofstetter (beide Alluvia-Gruppe) und Kästli bestehe.[436] Dazu meinte [N._____] in seiner Einvernahme, es habe keine Marktaufteilung gegeben. Er könne sich nicht erklären, wie jemand so einen Bericht schreiben könne.[437]

424. Der Wortlaut des Kurzbeschriebs der Novo Business Consultants ist klar. Er spricht von einer «*Marktaufteilung*». Der dazu befragte [N._____] konnte den Wortlaut nicht erklären. Er streitet aber ab, dass eine Markaufteilung bestand. Das Bestreiten von [N._____] beweist einmal, dass das Wort «*Marktaufteilung*» auch in der juristischen Laiensphäre aus sich selbst heraus verständlich ist, andernfalls hätte [N._____] die Existenz einer Marktaufteilung nicht abgestritten. Es kann daher ausgeschlossen werden, dass die auf Unternehmensberatung spezialisierte Novo Business Consultants[438] dieses Wort zufällig gewählt hat.

[431] Act. VI.30, Rz 125.
[432] Betonwerk Worblaufen (BW), Betonwerk Hindelbank (BH), Betonwerk Betlehem (BB).
[433] Act. II.B.X.62, 27 (22-0440).
[434] Act. II.B.X.62, 11 (22-0440).
[435] Act. II.B.X.63 (22-0440), Slide 3.
[436] Act.III.17, Beilage 2 (22-0440).
[437] Act. III.29, Zeilen 206 ff. (22-0440).
[438] <https://www.novo-bc.ch/unternehmen/wer-wir-sind> (4.5.2018).

425. Die subjektive Behauptung von [N._____], der als Parteivertreter weder zur Aussage noch zur wahrheitsgemässen Aussage verpflichtet ist, steht einem objektiven Beweismittel gegenüber. Die Bestreitung von [N._____] ist nicht glaubwürdig. Einmal handelte die Novo Business Consultants im Auftrag der KAGA, deren Mitglieder neben der K.+U. Hofstetter AG, auch die Messerli Kieswerk AG und die Kästli Bau AG waren.[439] Zweitens arbeiteten Verwaltungsratsmitglieder der Alluvia-Gruppe bei der Novo Business Consultants und wurden auch noch in den Jahren 2013 und 2014 über Businesspläne und Strategien informiert.[440]

426. Beide Umstände sprechen dafür, dass die Novo Business Consultants solide Arbeit leistete und die Alluvia-Gruppe in die Qualität deren Mitarbeiter vertraute. Auch dies spricht dagegen, dass der Wortlaut des Kurzberichtes nicht zutrifft. Schliesslich ist der Inhalt des Kurzberichts im Zusammenhang mit den bereits erwähnten Beweismitteln, welche die Marktaufteilung zwischen Hofstetter, Messerli und Kästli beweisen, und den nachfolgenden Beweismitteln zu lesen.

427. Aus einem Protokoll der Abteilung A der Hofstetter vom 15. September 2003 geht hervor, dass «*Offertanfragen für 4 Objekte*» bestanden. *«[A._____] von der Fa. Messerli AG w[o]ll[e] keine Liefergemeinschaft, da die Objekte aus seiner Sicht im Liefergebiet der Fa. Messerli AG l[ä]gen*». Sie wünscht auch keine «*Akquisitionsunterstützung*» durch die Hofstetter. Für «*die Objekte Sulgenrain und Perronverlängerung*» würde sich die Hofstetter «*nach wie vor bemühen*».[441]

428. Aus diesem Protokoll der Hofstetter ist ersichtlich, dass sie sich mit ihrer Konkurrentin Messerli unterhalten hat und diese in ihrem eigenen Liefergebiet weder eine Liefergemeinschaft noch eine Akquisitionsunterstützung durch die Hofstetter wünscht. Mit anderen Worten wollte die Messerli allein in ihrem Liefergebiet handeln. Aus dem Zusatz, dass sich die Hofstetter für die beiden Objekte «*Sulgenrain und Perronverlängerung*» nach wie vor bemühen werde, zeigt sich, dass sie mit Bezug auf die beiden anderen Projekte das «*Liefergebiet der Fa. Messerli AG*» respektierte. Damit ist erwiesen, dass sich die Hofstetter und die Messerli auch noch im Jahr 2003 an die Koordination der Liefergebiete hielten und nach wie vor definierte Liefergebiete bestanden.

e. Fortbestand bis 2009

Vereinbarungen über die Zusammenarbeit

429. Drei Dokumente aus den Jahren 2003, 2005 und 2006 mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen Lehmann Transport AG und K.+U. Hofstetter AG*» enthalten in Ziffer 1 zwei Abschnitte:

- Zum einen sollte die Lehmann Transport AG «*keine Kunden innerhalb der definierten Gebietsgrenzen der K.+U. Hofstetter AG mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten*» beliefern.
- Zum andern verpflichtete sich die Lehmann Transport AG, «*in der Regel keine Baustellen im Liefergebiet der KTB-Werke mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG (siehe Plan)*» zu beliefern.[442]

430. Den Behörden liegen ferner drei Dokumente mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter und der Messerli Kieswerk AG*» aus den Jahren 2007, 2008 und 2009 vor. Die Ziffer 1 der Vereinbarung enthält wiederum zwei Abschnitte:

- Zum einen sollte die Lehmann Transport AG «*keine Kunden innerhalb der definierten Gebietsgrenzen der K.+U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten*» beliefern.
- Zum andern verpflichtete sich die Lehmann Transport AG, «*in der Regel keine Baustellen im Einzugsgebiet des Kieswerkes Rubigen mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG resp. Messerli Kieswerk AG (siehe Plan)*» zu beliefern.[443]

431. Zum ersten Abschnitt von Ziffer 1 in der Version aus dem Jahr 2009 sagte [R._____] aus, der Abschnitt sei falsch ausgedrückt und die Lehmann habe dem Abschnitt keine Beachtung geschenkt. Die Lehmann hätte das ganze Gebiet mit den genannten Baumaterialien beliefert. Diese Aussage ist im Folgenden vorab zu würdigen, bevor der Inhalt der Vereinbarung analysiert werden kann.

Zur Bestreitung der Richtigkeit des Inhalts von Ziffer 1 Abschnitt 1 der Vereinbarung

432. Die Vorbringen von [R._____] sind nicht glaubwürdig. Aus seinen Aussagen ergeben sich zahlreiche Unstimmigkeiten:

- Den Wettbewerbsbehörden liegen verschiedene Versionen der Vereinbarung vor. In einem Dokument aus dem Jahr 2007 ist handschriftlich zu Ziffer 1 hinzugefügt «*Vorschlag für [R._____]*» «*erl. Mk 11.6.07*» sowie «*gültig ab Juni 07*». Dies beweist, dass das Dokument ausdrücklich für [R._____] angepasst wurde. Diese Tatsache spricht dagegen, dass die Ziffer 1 falsch formuliert war.
- Der Wortlaut der Ziffer 1 der Vereinbarung änderte im Zeitraum zwischen 2003 bis 2009 drei Mal.

  Der Abschnitt 1 der Ziffer 1 lautete zwischen 2003 bis 2008 identisch und änderte nicht. Im Jahr 2009 wurde die Passage um die fett gedruckte Passage erweitert: «*Die Lehmann Transport AG beliefert keine Kunden innerhalb der definierten Gebietsgrenzen der K.+U. Hofstetter AG* ***und Messerli Kieswerk AG*** *mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten*».

[439] Act. II.B.X.107 (22-0440), 8/12; Act. II.B.X.258, 4, Punkt 9.
[440] Act. II.B.X.392 (22-0440), 1; Act. II.B.X.433 (22-0440).
[441] Act. II.B.X.151 (22-0440), S. 2/6.
[442] Act. II.B.X.167 (22-0440).
[443] Act. II.B.X.167 (22-0440).

Da ab 2007 auch die Messerli Kieswerk AG Teil der Vereinbarung war, ist davon auszugehen, dass die Vereinbarungsparteien im Jahr 2009 ein redaktionelles Versehen in der Vereinbarung aufhoben und die fett gedruckte Passage hinzufügten. Die Aussage von [R._____], der Abschnitt sei falsch ausgedrückt, ist folglich insofern richtig, als dass der Abschnitt 1 der Ziffer 1 zwischen 2007 und 2008 unvollständig war. Im Gegensatz zu seiner Aussage wurde jedoch der Zusatz «*und Messerli Kieswerk AG*» im Jahr 2009 neu hinzugefügt. Dies zeigt, dass die Vertragsparteien dieser Ziffer entgegen der Aussage von [R._____] gerade Beachtung schenkten, andernfalls wäre dieser Abschnitt nicht angepasst worden.

Dieser Schluss wird durch den folgenden Umstand bestätigt. Im Jahr 2007 änderten die Vereinbarungsparteien Ziffer 1 Abschnitt 2. Die nachfolgend fett abgedruckten Passagen unterscheiden sich:

Die Version bis 2006 lautete:

*Die Lehmann Transport AG beliefert in der Regel keine Baustellen im **Liefergebiet der KTB-Werke** mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG (siehe Plan).*

Ausnahme: K.+U. Hofstetter AG

Die Version ab 2007 lautete:

*«Die Lehmann Transport AG beliefert in der Regel keine Baustellen im **Einzugsgebiet des Kieswerkes Rubigen** mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG **resp. Messerli Kieswerk AG** (siehe Plan)».*

Daraus ist ersichtlich, dass die Vereinbarungsparteien die Ziffer 1 genau betrachteten und anpassten. Die Aussage, die Ziffer 1 der Vereinbarung sei aus Versehen falsch formuliert, wie dies der Aussagende insinuiert, ist daher unglaubwürdig. Es ist daher davon auszugehen, dass die Passage so von den Parteien vereinbart wurde, wie sie schriftlich festgehalten wurde.

In der Folge ist nun der Inhalt der Ziffer 1 einer Würdigung zu unterziehen.

Zum Inhalt von Ziffer 1 der Vereinbarung in der Version ab 2007

433. Gemäss Ziffer 1 Abschnitt 1 der Vereinbarungen beliefert die Lehmann Transport AG «*keine Kunden innerhalb der Liefergebiete K.+ U. Hofstetter AG [ab 2007: und Messerli Kieswerk AG] mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten*».

434. Ziffer 1 Abschnitt 1 der Vereinbarung ist vor dem folgenden Hintergrund zu sehen: Die Lehmann Transport AG transportiert selbst keine Baumaterialien, sondern organisiert den Transport dieser Materialien durch Drittunternehmen. Die Lehmann Transport AG war zum Zeitpunkt der Vereinbarung ein von Hofstetter und Messerli unabhängiges Unternehmen. Ziffer 1 Abschnitt 1 der Vereinbarung verbot der Lehmann, Transporte zu organisieren, mit denen Baumaterialien dritter Konkurrenten in das Liefergebiet der Messerli und der Hofstetter geliefert wurden. Die Abrede zeigt, dass die Grundidee der schriftlichen Gebietsabrede von 1976 bestehen bleibt. Die Gebiete der Messerli und Hofstetter sollten vor auswärtiger Konkurrenz geschützt werden.

435. Ziffer 1 Abschnitt 2 in ihren verschiedenen Fassungen ist folgendermassen zu verstehen:

Version bis 2006

*Die Lehmann Transport AG beliefert in der Regel keine Baustellen im **Liefergebiet der KTB-Werke** mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG (siehe Plan).*

436. In dieser Zeitspanne waren die Lehmann, die Hofstetter, die Messerli und die Kästli vier unabhängige Unternehmen. Der Umstand, dass die Lehmann keine Hofstetter-Produkte ins Liefergebiet der KTB-Werke liefern durfte, bedeutet folglich zweierlei:

- Die Lehmann durfte keine Hofstetter-Produkte ins Liefergebiet der Messerli und der Kästli liefern. Kästli und Messerli waren gemäss dieser Abmachung von der Konkurrenz durch die Hofstetter geschützt.
- Hätten die Messerli und die Kästli sich nicht auch an ihre Liefergebiete gehalten, hätte die Hofstetter keine solche Abmachung mit einem Transportunternehmen zugunsten ihrer Konkurrenten abgeschlossen. Das bedeutet, dass die Gebietsabrede von 1976 zwischen der Hofstetter, der Messerli und der Kästli auch noch bis ins Jahr 2006 weiterbestand.
- Die Lehmann durfte keine Hofstetter-Produkte ins Liefergebiet der Hofstetter liefern, sofern sie dies nicht im Auftrag der Hofstetter selbst tat. Diese Vereinbarung machte aus der Sicht der Hofstetter dann Sinn, wenn ein Drittunternehmen Materialien bei Hofstetter einkaufte und das Eigentum am Material auf das Drittunternehmen überging. In dieser Konstellation konnte das Drittunternehmen die Hofstetter mit ihrem eigenen Material in ihrem Liefergebiet konkurrieren.

Version ab 2007

*«Die Lehmann Transport AG beliefert in der Regel keine Baustellen im **Einzugsgebiet des Kieswerkes Rubigen** mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG **resp. Messerli Kieswerk AG** (siehe Plan)».*

437. In dieser Zeitspanne hatten sich die Hofstetter und Messerli bereits zusammengeschlossen und traten folglich nicht mehr als Konkurrenten am Markt auf. Im Gegensatz zur Zeitspanne bis 2006 bestanden also nur noch drei voneinander unabhängige Unternehmen: die Lehmann, die Kästli und die Hofstetter/Messerli. Der Umstand, dass die Lehmann keine Hofstetter/Messerli-Kieswerk-Produkte ins Liefergebiet des Kieswerkes Rubigen (Kästli) liefern durfte, bedeutet Folgendes:

- Die Lehmann durfte keine Hofstetter-/Messerli-Produkte ins Liefergebiet der Kästli liefern, um Kästli vor der Konkurrenz durch die Hofstetter-/Messerli-Produkte zu schützen.
- Hätte die Kästli sich nicht auch an ihre Liefergebiete gehalten, hätten Hofstetter/Messerli keine

solche Abmachung mit einem Transportunternehmen zugunsten ihrer Konkurrentin abgeschlossen. Das bedeutet, dass die Gebietsabrede von 1976 zwischen der Hofstetter, der Messerli und der Kästli auch noch bis in Jahr 2009 weiterbestand.

438. Aufgrund der Vereinbarungen zwischen 2003 bis 2009 ist bewiesen, dass der übereinstimmende wirkliche Wille zwischen der heutigen Hofstetter, Messerli (heute beide Alluvia-Gruppe) und der Kästli, nicht in die gegenseitigen Liefergebiete einzudringen und einander in den Liefergebieten der Werke nicht zu konkurrieren (vgl. oben die Vereinbarung von 1976, Rz 401 ff.), bis ins Jahr 2009 bestand. Die Vereinbarung betrifft primär Kies. Da jedoch die Preise für Kies- und Betonprodukte einschliesslich Transporte jeweils gemeinsam verhandelt wurden, ist davon auszugehen, dass die Vereinbarung auch Betonprodukte betraf.

f. Fortbestand bis 2011/2013

439. Aus einem Dokument namens «*Marketing-Strategie*» vom 6. Juli 1999 geht hervor, dass die Marketinggruppe der Hofstetter einen «*Strategieentscheid*» fällte. Sie entschied sich «*für alle Gebiete (BW, BH, BB) die Strategie 1 anzuwenden.*»[444] Gemäss dieser Strategie 1 sollte im Gebiet Bern und Umgebung die in den letzten Jahren gewachsenen Liefergebiete nicht verändert werden, «weil die Mitbewerber weiterhin in der bisherigen Form akzeptiert w[u]rden. Auf eine Vorwärtsstrategie in Form von Marktanteilsgewinnen durch eine konsequente Marktbearbeitung unter Einsatz von höheren Rabatten w[u]rd[e] bewusst verzichtet. Am vorhandenen Mengenrabattsystem w[u]rd[e] festgehalten und man [war] bestrebt, die aktuellen Marktanteile und das vorhandene Preisniveau zu halten.»[445]

440. Dieses Dokument existiert auch in einer Version vom 6. September 2010.[446] Die genannte Textstelle aus dem Dokument vom 6. Juli 1999 war auch im Dokument vom 6. September 2010 unverändert enthalten.[447] Das Dokument aus dem Jahr 1999 unterscheidet sich vom Dokument aus dem Jahr 2010. Auf der Titelseite des Dokuments aus dem Jahr 2010 wurden die Namen der Marketinggruppe aktualisiert, ferner unterscheiden sich die auf den Titelseiten abgedruckten Bilder. Schliesslich unterscheidet sich das Layout des Inhaltsverzeichnisses und in der neueren Version wurde ein «*Anhang 1 Pflichtenhefte MB und ML*» beigefügt.[448]

441. Zugleich wurde das Dokument «*Marketing-Konzept*» vom 29. Oktober 1998[449] in gleicher Weise wie das Dokument «*Marketing-Strategie*» angepasst und eine Version vom 7. September 2010 erstellt. Das Dokument «*Marketing-Konzept*» aus dem Jahr 1998 unterscheidet sich vom Dokument aus dem Jahr 2010. Auf der Titelseite des Dokuments aus dem Jahr 2010 wurden die Namen der Marketinggruppe aktualisiert, ferner unterscheiden sich die auf den Titelseiten abgedruckten Bilder. Schliesslich unterscheidet sich das Layout des Inhaltsverzeichnisses.[450]

442. Es ist folglich bewiesen, dass die Dokumente «*Marketing-Strategie*» und «*Marketing-Konzept*» bearbeitet und aktualisiert wurden und zwar am 6. bzw. 7. September 2010. Die Aktualisierung dieser Dokumente zeigt, dass die Marketinggruppe diese Dokumente als taugliches Arbeitsinstrument betrachtete und zudem deren Inhalt erneut diskutiert wurde. Andernfalls wären die Dokumente nicht bearbeitet und aktualisiert worden. Der Diskussionsinhalt lässt sich nicht herleiten. Allerdings kann aus der Wiederverwendung der Dokumente geschlossen werden, dass der Inhalt der Dokumente auch im Jahr 2010 für die Alluvia-Gruppe noch relevant war. Dies ist ein Indiz dafür, dass die Gebietsabreden auch noch im Jahr 2010 bestanden.

443. Aus zwei Dokumenten mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG*» aus den Jahren 2011 und 2013/14, geht Folgendes hervor:

- Aufgrund der Beteiligung der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG [heute Alluvia-Gruppe] an der Lehmann Transport AG *«[soll] ein Kunde zukünftig nur noch eine einzige Offerte aus dem Kreis dieser Firmen erhalten […].*»
- Die Lehmann Transporte AG soll generell alle Kunden/Baustellen «*innerhalb der Liefergebiete der Firmen K.+U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG mit sämtlichen Sand- und Kieskomponenten, Kiesgemischen, Splitt und Schotter*» beliefern. Ausgenommen von der Belieferung seien «*spezielle Baustellen, insbesondere Baustellen-Betonanlagen, wobei diese frühzeitig zu besprechen und zu begründen*» seien.[451]

444. Aus dieser Regelung gehen zwei zentrale Aussagen hervor:

- Erstens gab es nur noch gemeinsame Offerten der Vereinbarungspartner.
- Zweitens belieferte Lehmann alle Kunden/Baustellen der Hofstetter und Messerli.

  Anders ausgedrückt, sollte die Lehmann keine eigenständige Offerte in ein Liefergebiet ausserhalb des Liefergebiets von Hofstetter und Messerli machen. Dies gab Hofstetter und Messerli die Möglichkeit, Lieferungen in das Kästli-Gebiet zu unterbinden.

[444] Act. II.B.X.62 (22-0440), S. 27.
[445] Act. II.B.X.62 (22-0440), S. 12.
[446] Act. II.B.X.286 (22-0440).
[447] Act. II.B.X.286 (22-0440), 12.
[448] Act. II.B.X.286 (22-0440), 1 f.; Act. II.B.X.62 (22-0440), 1 f.
[449] Act. II.B.X.52.
[450] Act. II.B.X.287.
[451] Act. II.B.X.357 (22-0440).

445. Dies ist ein weiterer Indizienbeweis dafür, dass der Konsens über die Koordination der Liefergebiete zwischen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe auch noch bis ins Jahr 2013 bestand. Dieser Befund kann nicht losgelöst vom Beweis betrachtet werden, dass die Verfahrensparteien mit dem gemeinsamen Mengenrabatt insbesondere bezweckten, sich bei der Gewährung von Mengenrabatten für Betonbezüge nicht zu konkurrieren sowie ihre Liefergebiete zu koordinieren. Sie bezweckten damit, Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren. Ferner ist die Datenanalyse des Sekretariats zu beachten (dazu hinten Rz 489 ff.).

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

446. Die Alluvia-Gruppe bestreitet die Beweiswürdigung der Wettbewerbsbehörden generell. Im Wesentlichen bringt sie vor, der Kästli seien die zitierten internen Dokumente der Alluvia-Gruppe nicht bekannt gewesen. Zudem seien die Dokumente nicht von Kästli verfasst worden.[452] Sie bestreitet v.a. die Einschlägigkeit der Aktenstücke «*Überlegungen zum Vorschlag <Bern Beton>*»[453] und «*Einige Marketing-Überlegungen*» von [Q._____] vom 31. Oktober 1997.[454] Die Kästli-Gruppe räumt ein, dass der Kies- und Betonmarkt bis zur Auflösung des KTB-Verbandes im Jahr 1997 «kartelliert» gewesen sei. Sie bestreitet hingegen, dass nach 1997 bis 2013 «weiterhin den übereinstimmenden wirklichen Willen gehabt hätten, alle Kunden für Beton, Sand und Kies, welche in seinem Absatzgebiet Bauten errichteten ausschliesslich zu beliefern und Offerten und Lieferungen für Beton, Sand und Kies, auf das ihnen zugeteilte Liefergebebiet zu beschränken».[455] Die Dokumente «*Markting-Konzept*» der Hofstetter aus dem Jahr 1998, «*Zusammenarbeit Hofstetter/Messerli/Kästli im Raum Bern*» aus dem Jahr 1998, «*Marketing Strategie*» der Hofsteter aus dem Jahr 1999 und die «PowerPoint-Präsentation» der Hofstetter aus dem Jahr 1999 seien interne Dokumente, welche Kästli nicht bekannt seien.[456] Es handle sich dem Anschein nach um Dokumente zum Projekt «*Bern Beton*», welches nicht umgesetzt worden sei. Damit könne keine gewollte Koordination bewiesen werden. Das Sekretariat qualifiziere einseitige Behauptungen als Abmachung.[457] Zudem zeige das Dokument von «*Novo Business Consult*» keine Marktaufteilung zwischen Alluvia und Kästli.[458] Der Kästli-Gruppe seien weder die Existenz noch der Inhalt der Dokumente aus dem Jahren 2003 bis 2006, welche die Alluvia und die Lehmann Transport AG beträfen, bekannt. Daraus könne keine Koordination der Parteien abgeleitet werden. Auch seien ihr der Inhalt der Dokumente, welche die Weiterführung der Liefergebietskoordination bis ins Jahr 2013 darlegen sollten, nicht bekannt, sie könne dazu keine Stellung nehmen.[459]

447. Gemäss Alluvia-Gruppe ist im Jahr 1998 der Sachplan ADT erlassen worden. Dabei sei es um die Optimierung der Strassentransporte gegangen. Es sei sachgerecht, wenn die Untersuchungsadressaten dem Konzept des Sachplans entsprochen hätten.[460] Die Lehmann Transport AG habe die Versorgung im Raum Bern-Nord durch Hofstetter und der Messerli im Raum Bern-West/Süd durch Messerli überlassen, um das «Mengengefüge, d.h. Abbau zwecks Versorgung mit Rohstoff und Deponieplatz, innerhalb der jeweiligen Teilräume nicht aus dem Gleichgewicht zu bringen».[461]

448. Schliesslich könnten der Hofstetter aufgrund ihrer Strategie, welche sich aus dem Dokument «*Marketing-Strategie der Hofstetter 1998*» ergebe, kein kartellrechtlich relevanter Vorwurf gemacht werden, selbst wenn Hofstetter damit gerechnet habe, dass Messerli und Kästli sich ebenso verhalten würden wie sie.[462]

Würdigung

449. Vorab sei daran erinnert, dass die Wettbewerbsbehörden verpflichtet und berechtigt sind, den Grundsatz der freien Beweiswürdigung[463] zu beachten. Sie entscheiden daher nach ihrer freien Überzeugung, ob ein Beweis erbracht wurde oder nicht. Die Behörde ist an keine starren Beweisregeln gebunden, welche ihr vorschreibt, wie ein gültiger Beweis zustande kommt und welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben.[464] Die Behörden würden gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung verstossen, wenn sie bestimmten Beweismitteln in allgemeiner Weise die Beweiseignung absprechen würde[465], wie dies die Parteien mit Bezug auf nicht von ihnen selbst erstellte oder ihnen nicht bekannte Dokumente tun.

450. Der Beweiswert der Aktenstücke «*Überlegungen zum Vorschlag <Bern Beton>*» und «*Einige Marketing-Überlegungen*», «*Zusammenarbeit Hofstetter/Messerli/Kästli im Raum Bern*», «*Markting-Konzept*», «*Marketing Strategie*», die «*PowerPoint-Präsentation*» der Hofstetter aus dem Jahr 1999 und «*Novo Business Consult*» hängt nicht davon ab, ob die Kästli- oder die Alluvia-Gruppe den Inhalt eines dieser Dokumente kennt oder kannte. Relevant ist einzig der Beweiswert der Dokumente. Für deren Beweiswert spielt es keine Rolle, ob die jeweils andere Partei die Dokumente erstellt hat. Relevant ist einzig, die Überzeugungskraft der jeweiligen Beweismittel. Fest steht, dass alle diese Dokumente unabhängig von der vorliegenden Untersuchung zeitnah am jeweiligen Geschehen von Autoren erstellt wurden, welche mit den Marktverhältnissen vertraut waren. Die Dokumente können daher ohne weiteres herangezogen werden, um eine Gebietskoordination darzulegen. Zudem werden die Beweisergebnisse durch die ökonometrische Analyse bestätigt (dazu hinten B.5.4.3.4, Rz 489 ff.).

[452] Act. VI.30, Rz 117.
[453] Act. II.B.X.24 (22-0440).
[454] Act. II.B.X.40 (22-0440).
[455] Act. VI.29, Rz 311 f.
[456] Act. VI.29, Rz 315 f.
[457] Act. VI.29, Rz 318 f.
[458] Act. VI.29, Rz 321.
[459] Act. VI.29, Rz 323, 326, 328.
[460] Act. VI.30, S. 85.
[461] Act. VI.30, Rz 131.
[462] Act. VI.30, Rz 126.
[463] Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP.
[464] BVGE 2013/34, 549 E.6.2.
[465] BGE 133 I 33, 40 E. 2.5.

451. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbsbehörden zwar der Übersichtlichkeit halber die Fortdauer der Gebietskoordination in Zeitabschnitte unterteilt haben. Zum Beweis der Fortdauer der Gebietskoordination, deren Existenz von 1976 bis 1997 gar nicht strittig ist, sind aber alle erwähnten Beweismittel zwischen 1997 bis 2013 heranzuziehen und zu würdigen. Das bedeutet beispielsweise, dass auch Dokumente aus den Jahren 2013 den Fortbestand der Gebietskoordination belegen können. Es reicht nicht aus, die Beweiseignung einzelner Dokumente in Abrede zu stellen. Entscheidend ist die Gesamtschau der vorhandenen Beweise.

452. Zu den inhaltlichen Vorbringen der Alluvia-Gruppe sei, soweit die Argumente nicht bereits im Rahmen der obigen Beweiswürdigung berücksichtigt wurden, Folgendes angemerkt: Die Vorbringen zum Sachplan ADT gehen ins Leere. Die Abkommen sahen einen Gebietsschutz vor (dazu vorne Rz 434 ff.). Der Sachplan ADT berechtigt die Parteien nicht zur Gebietskoordination und einer Einschränkung des Wettbewerbs (vgl. dazu hinten C.3, Rz 792 ff.).

453. Was die Strategie der Hofstetter gegenüber ihren Konkurrenten betrifft, so folgt daraus, dass nach wie vor ein stillschweigende Übereinkunft zwischen den Parteien zur Gebietskoordination herrschte (dazu vorne Rz 420).

(v) Beweisergebnis

454. Insgesamt steht somit fest, dass die Einzelfirma Fritz Blaser, die nicht mehr existierende einfache Gesellschaft «*Betonwerk Grosshöchstetten*», die Kieswerk Daepp AG, der Verband der Kies- und Transportbetonwerke Bern (KTB) und seine Mitglieder am 24. Dezember 1976 eine Vereinbarung schlossen. Der KTB-Verband bestand damals aus der heutigen Alluvia-Gruppe (damals K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Kessler Kies AG, Kieswerk AG Oberwangen), der heutigen Kästli-Gruppe (damals Bendicht Kästli & Söhne AG), der heutigen Losinger Marazzi AG (damals Losinger AG, Bern) und den heute nicht mehr existierenden Kieswerk Wichtrach AG und W. und E. Künti. Sie äusserten am 24. Dezember 1976 den übereinstimmenden wirklichen Willen «*alle Kunden für Beton, Sand und Kies, welche in seinem Absatzgebiet Bauten errichten, ausschliesslich zu beliefern*» und «*Offerten und Lieferungen für Beton, Sand und Kies, auf das ihnen zugeteilte Liefergebiet [zu] beschränken*.»

455. Der Fortbestand dieses übereinstimmenden wirklichen Willens zwischen der Alluvia-Gruppe (damals K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Kessler Kies AG, Kieswerk AG Oberwangen) und der Kästli-Gruppe (damals Bendicht Kästli & Söhne AG) lässt sich durch die den Wettbewerbsbehörden vorliegenden Dokumente bis ins Jahr 2013 nachweisen.

B.5.4.2 Verfolger Zweck

(i) Beweisthema

456. An dieser Stelle ist Beweis darüber zu führen, welchen Zweck die Verfahrensbeteiligten mit der Koordination der Liefergebiete tatsächlich verfolgten. Die Behörde stützt sich auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

457. Den Wettbewerbsbehörden liegen die folgenden Beweisurkunden vor:

- Ein Dokument mit dem Titel «*Vereinbarung*» vom 24. Dezember 1976.[466]
- Eine Aktennotiz der Hofstetter mit dem Namen «*Überlegungen zum Vorschlag „Bern Beton“*», welche gemäss Metadaten der elektronischen Datei vom 16. April 1996 stammt.[467]
- Ein Dokument mit dem Titel «*Marketing-Konzept*» der Hofstetter aus dem Jahr 1998.[468]
- Ein Dokument mit dem Namen «*Zusammenarbeit Hofstetter/Messerli/Kästli im Raume Bern*» aus dem Jahr 1998, welche auf den 1. Januar 1999 in Kraft gesetzt wurde.[469]
- Ein Dokument namens «*Marketing-Strategie*» vom 6. Juli 1999 der Marketinggruppe der Hofstetter.[470]
- Drei Dokumente aus den Jahren 2003, 2005 und 2006 mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen Lehmann Transport AG und K.+U. Hofstetter AG*».[471]
- Ein Dokument mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG*» aus den Jahren 2007, 2008 und 2009.[472]
- Zwei Dokumente mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG*» aus den Jahren 2011 und 2013/14.[473]

b. Zeugenaussagen

458. [A._____] sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 26. April 2016 aus, dass der KTB-Verband seines «*Wissens juristisch korrekt […] für Preisabreden, Mengenzuteilungen und Gebietsabreden gegründet*» worden sei. «*Dafür ha[be] man einen Geschäftsführer angestellt, der das professionell durch[ge]führt*» habe.[474]

[466] Act. II.C.X.34 (22-0440).
[467] Act. II.B.X.24 (22-0440).
[468] Act. II.B.X.287 (22-0440), S. 9.
[469] Act. II.B.X.46 (22-0440).
[470] Act. II.B.X.286 (22-0440).
[471] Act. II.B.X.167 (22-0440).
[472] Act. III.23. Beilage 1 (22-0440).
[473] Act. II.B.X.357.
[474] Act. III.24, Zeilen 120 ff.

c. Parteiaussagen

459. Am 26. April 2016 wurde [R._____] als [Funktionsbezeichnung] der Lehmann Transport AG zur Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG Bern sowie der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG 2009 vom 6./7. Mai 2009 befragt. Er gab zu Protokoll, die Vereinbarung sei darin begründet, dass die Messerli-Hofstetter Kieskomponenten nicht selber direkt verkaufe, sondern vor allem für die Betonproduktion benötige. Hofstetter und Messerli hätten ihr Material nicht direkt auf den Baustellen gewünscht, da sie dies für die Betonproduktion selber benötigten. Der Lehmann sei es darum gegangen, Material von der Hofstetter zu nehmen, um Leerfahrten zu vermeiden. Hofstetter habe nicht gewollt, dass die Lehmann das Material in zu Hofstetter nahe gelegene Gebiete verkaufe.[475]

d. Schriftliche Antworten auf Fragebogen

460. [A._____] als ehemaliger Geschäftsleiter der Messerli Kieswerk AG beantwortete schriftlich Fragen, welche das Sekretariat mittels Fragebogen vom 11. November 2015 an ihn gesandt hatte. Auf die Frage, ob die Mitglieder des KTB-Verbandes nach dessen Auflösung Abmachungen über Gebiete gemacht hätten, antwortete er Folgendes: «*Die Gebietszuteilung ergab sich fast automatisch durch die Transportzonen, weil der Grundpreis für Kies und Beton ab Werk bei allen Werken fast gleich hoch war.*»[476]

(iii) Beweiswürdigung

461. In der Folge ist der Zweck der gemeinsamen Koordinierung der Liefergebiete aus den vorliegenden Beweismitteln zu eruieren und zu würdigen.

Vereinbarung vom 24. Dezember 1976

462. Aus der «Vereinbarung» vom 24. Dezember 1976 ist unter dem Titel «*2. Absicht*» festgehalten, dass die «*Vertragspartner*» «*willens*» seien, «*geordnete Verhältnisse auf dem Markt für Kies, Sand und Transportbeton in den gemeinsamen Interessen-Räumen der Region Bern und des Gürbe-, Aare-, Worblen- und Emmentals zu schaffen.*»[477] Aus Punkt 3 der Vereinbarung geht hervor, was die Vertragspartner unter geordneten Marktverhältnissen verstanden. So sollte u.a. jeder Vertragspartner grundsätzlich das Recht erhalten, «*alle Kunden für Beton, Sand und Kies, welche in seinem Absatzgebiet Bauten errichten, ausschliesslich zu beliefern.*» Dies galt für die vertraglich vereinbarten «*Liefergebiete*»,[478] welche die Vertragsparteien auf einer Landkarte einzeichneten. Die Vertragsparteien sollten «*Offerten und Lieferungen für Beton, Sand und Kies, auf das ihnen zugeteilte Liefergebiet […] beschränken.*» Lieferungen in «*fremde Liefergebiete*» waren den Vertragspartner gestattet, sofern sich die betroffenen Vertragspartner einigten. Als Grund für eine Lieferung in ein fremdes Gebiet nannte die Vereinbarung z.B. den Fall, dass das gebietsansässige Unternehmen nicht in der Lage war zu liefern.[479]

463. Daraus geht ohne Zweifel hervor, dass die Vertragsparteien ihre Liefergebiete vor den Wettbewerbern schützen wollten und vorbehältlich anderslautender Vereinbarung im Einzelfall die exklusive Belieferung ihres Gebiets übernahmen. Dadurch beabsichtigten die Vertragspartner, den Konkurrenzkampf untereinander auszuschliessen.

Aktennotiz 1996

464. Aus der Aktennotiz zu Bern Beton der Hofstetter vom 16. April 1996 geht hervor, dass die «*Interessenslage […] für alle drei gleich*» sei. Sie hätten «*grosses Interesse*» daran, dass «*alle drei als mittelständische Betriebe erhalten bl[ie]ben*», «*die weitere Zusammenarbeit [sei] erwünscht und möglich*», «*loyales Verhalten untereinander w[e]rd[e] seit langem gelebt*» und es habe ein «*Vertrauensverhältnis […] aufgebaut werden*» können. «*Die Zusammenarbeit ha[be] Tradition und funktionier[e] gut*». Das Einzugsgebiet von Bern sei auf längere Sicht gross genug für die drei optimal platzierten Werke Kästli, Worblaufen und Messerli. Wichtig sei, «*dass die Agglomeration Bern vollflächig abgedeckt [sei] und somit für potentielle Konkurrenten wenig Motivation besteh[e], hier einzudringen*.»[480]

465. Aus dieser Aktennotiz geht einerseits hervor, dass die Kästli, Hofstetter und Messerli versuchten, ihr Weiterbestehen durch loyales Verhalten, dem aufgebauten Vertrauensverhältnis und der gut funktionierenden Zusammenarbeit zu sichern. Andererseits geht aus der Notiz hervor, dass die drei Unternehmen potenzielle Konkurrenten gemeinsam abwehren wollten. Ihre Absicht, den Wettbewerb untereinander so weitgehend als möglich einzuschränken, um das gemeinsame Fortbestehen zu sichern, ist dadurch erwiesen.

466. Aus derselben Notiz geht hervor: «*Bei schrumpfenden Umsätzen*» gelte «*nur eines: Kosten senken, gegenseitig mithelfen, möglichst das Preisniveau zu halten, den Lieferausgleich herstellen*» und im Hofstetter Gebiet «*den Marktanteil [zu] halten.*»[481] Die Notiz ist selbsterklärend und zeigt, dass die Kästli, Hofstetter und Messerli nicht nur beabsichtigten, das gemeinsame Fortbestehen sicherzustellen, sondern auch die Preise möglichst hoch zu halten und einander die Liefergebiete nicht streitig zu machen.

Abmachung über die Zusammenarbeit Hofstetter/Messerli/Kästli von 1999

467. Aus einem Dokument mit dem Namen «*Zusammenarbeit Hofstetter/Messerli/Kästli im Raume Bern*» aus dem Jahr 1998, welche auf den 1. Januar 1999 in Kraft gesetzt wurde, geht hervor, dass die Parteien auf dem Markt für Kies, Sand und Beton im gemeinsam belieferten Gebiet der Region Bern «*geordnete Verhältnisse*» schaffen wollten. Gemäss den Schlussbestimmungen handelte es sich hierbei um eine «*Abmachung*». Die Parteien vereinbarten die Lieferung von

[475] Act. III.23, Zeilen 112 ff. (22-0440).
[476] Act. VI.2, Antwort auf Frage II.4 (22-0440).
[477] Act. II.C.X.34 (22-0440), S. 7 Punkte 1 u. 2.
[478] Act. II.C.X.34 (22-0440), S. 8 Punkt 3.2.
[479] Act. II.C.X.34 (22-0440), S. 9 Punkt 4.2.1 und 4.2.3.
[480] Act. II.B.X.24, Seite 1/3 (22-0440).
[481] Act. II.B.X.24, Seite 3/3 (22-0440).

Transportbeton für das Gebiet der Region Bern. Sie setzten Betonkontingente fest, indem sie eine anrechenbare Menge Transportbeton festlegten. Das Kontingent wurde durch die zentrale Inkassostelle berechnet. Überschritt eine Partnerin ihr Kontingent, bezahlte sie für jeden Kubikmeter Mehrlieferung von Transportbeton eine Abgabe von Fr. 5.–. Der durch die «*Überlieferer*» eingebrachte Betrag musste sie dem «*Unterlieferer*» ausbezahlen. Der Betrag war innert 30 Tagen nach Rechnungsstellung zu begleichen. Die Abmachungspartnerinnen waren sich einig, «*dass jedes Werk in seinem Liefergebiet nachhaltig akquiriert*», ferner sollten sich die «*Werkvertreter […] regelmässig zum Informationsaustausch und zur Absprache der Akquisitionspolitik [treffen]*».[482]

468. Auch aus diesem Dokument geht hervor, dass Hofstetter, Messerli und Kästli nach wie vor wie bereits im Jahr 1976 auch noch im Jahr 1999 «*geordnete Verhältnisse*» schaffen wollten. Das Dokument ist im Zusammenhang der «*Marketing-Strategie*» vom 6. Juli 1999 der Marketinggruppe der Hofstetter zu lesen. Demnach sollte im Gebiet Bern und Umgebung, die in den letzten Jahren gewachsenen Liefergebiete nicht verändert werden, «*weil die Mitbewerber weiterhin in der bisherigen Form akzeptiert w[u]rden. Auf eine Vorwärtsstrategie in Form von Marktanteilsgewinnen durch eine konsequente Marktbearbeitung unter Einsatz von höheren Rabatten w[u]rd[e] bewusst verzichtet. Am vorhandenen Mengenrabattsystem w[u]rd[e] festgehalten und man [war] bestrebt, die aktuellen Marktanteile und das vorhandene Preisniveau zu halten.*»[483]

469. Daraus folgt, dass der Gebietsschutz soweit als möglich im Raum Bern erhalten werden sollte. Da gewisse Baustellen im Raum Bern eine ähnliche Distanz zu den Kies- und Betonwerken der Hofstetter, Messerli und Kästli aufwiesen (dazu vorne Abbildung 10 und Abbildung 11), setzten die Parteien Kontingente fest, welche, sofern ein Unternehmen das Kontingent überschritt, zu Ausgleichszahlungen führte. Insgesamt ist daraus ersichtlich, dass die Unternehmen den Konkurrenzkampf unter sich durch die Koordination der Lieferungsmengen und –gebiete einschränken wollten, um dadurch das gemeinsame Fortbestehen zu garantieren.

Zusammenarbeit Lehmann Transport AG, K.+U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG

470. Drei Dokumente aus den Jahren 2003, 2005 und 2006 mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen Lehmann Transport AG und K.+U. Hofstetter AG*» enthalten in Ziffer 1 zwei Abschnitte:

- Zum einen sollte die Lehmann Transport AG «*keine Kunden innerhalb der definierten Gebietsgrenzen der K.+U. Hofsteter AG mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten*» beliefern.
- Zum andern verpflichtete sich die Lehmann Transport AG, «*in der Regel keine Baustellen im Liefergebiet der KTB-Werke mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG (siehe Plan)*» zu beliefern.[484]

471. Den Behörden liegen ferner drei Dokumente mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter und der Messerli Kieswerk AG*» aus den Jahren 2007, 2008 und 2009 vor. Die Ziffer 1 der Vereinbarung enthält wiederum zwei Abschnitte:

- Zu einen sollte die Lehmann Transport AG «*keine Kunden innerhalb der definierten Gebietsgrenzen der K.+U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten*» beliefern.
- Zum andern verpflichtete sich die Lehmann Transport AG, «*in der Regel keine Baustellen im Einzugsgebiet des Kieswerkes Rubigen mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG resp. Messerli Kieswerk AG (siehe Plan)*» zu beliefern.[485]

472. Zum ersten Abschnitt von Ziffer 1 in der Version aus dem Jahr 2009 sagte [R._____] aus, der Abschnitt sei falsch ausgedrückt und die Lehmann habe dem Abschnitt keine Beachtung geschenkt. Wie bewiesen, entspricht diese Aussage nicht den Tatsachen (dazu vorne Rz 432). Der Zweck der Abmachung sei nachfolgend analysiert.

473. Die Ziffer 1 Abschnitt 1 der Vereinbarungen veränderte sich inhaltlich zwischen 2003 bis 2009 nicht. Sie wurde nach dem Zusammenschluss von Hofstetter und Messerli im Jahr 2006 jedoch mit Bezug auf die Vereinbarungspartner angepasst.[486] Aus diesem Grund wird der Zweck dieser Passage nicht getrennt für die Perioden 2003–2006 und 2007–2009 gewürdigt, sondern für die gesamte Zeitspanne von 2003 bis 2009.

474. Gemäss Ziffer 1 Abschnitt 1 der Vereinbarung sollte die Lehmann Transport AG «*keine Kunden innerhalb der definierten Gebietsgrenzen der K.+U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten*» beliefern.

475. Ziffer 1 Abschnitt 1 dieser Vereinbarungen ist vor dem folgenden Hintergrund zu sehen: Die Lehmann Transport AG ist ein Transportlogistikunternehmen und transportiert selbst keine Baumaterialien, sondern organisiert den Transport dieser Materialien durch Drittunternehmen. Ziffer 1 Abschnitt 1 der Vereinbarungen verbot der Lehmann Transport AG, Transporte von Baumaterialien mit Drittunternehmen (Konkurrenten) in die Liefergebiete der Messerli und der Hofstetter zu organisieren. Wie auch mit der schriftlichen Abrede von 1976 bezweckten Hofstetter und Messerli, ihre Liefergebiete vor auswärtiger Konkurrenz zu schützen.

[482] Act. II.B.X.46 (22-0440).
[483] Act. 287 (22-0440), S. 12, 27.
[484] Act. II.B.X.167.
[485] Act. II.B.X.167.
[486] Neuerdings erwähnte Ziffer 1 Abschnitt 1 nicht mehr nur Hofstetter und Lehmann als Vereinbarungspartner, sondern neu neben Hofstetter und Lehmann auch die Messerli.

476. Auch Ziffer 1 Abschnitt 2 der Vereinbarungen veränderte sich inhaltlich zwischen 2003 bis 2009 nicht. Sie wurde nach dem Zusammenschluss von Hofstetter und Messerli im Jahr 2006 jedoch mit Bezug auf die Vereinbarungspartner angepasst.[487] Aus diesem Grund wird der Zweck dieser Passage nicht getrennt für die Perioden 2003–2006 und 2007–2009 gewürdigt, sondern für die gesamte Zeitspanne von 2003 bis 2009.

477. Ziffer 1 Abschnitt 2 der Vereinbarung hielt fest, dass die Lehmann Transport AG «*in der Regel keine Baustellen im Einzugsgebiet des Kieswerks Rubigen [bzw. im Liefergebiet der KTB-Werke] mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG resp. Messerli Kieswerk AG*» beliefern sollte.[488]

478. Diese Regelung ist folgendermassen zu verstehen: Wenn ein Drittunternehmen Baustoffe bei Hofstetter/Messerli einkaufte, wäre es ohne solche Vereinbarung in der Lage, mit diesem Material in das Liefergebiet der KTB-Werke (Hofstetter, Messerli, Kästli) zu fahren und die KTB-Werke mit ihrem eigenen Material zu konkurrieren. Die Vereinbarung gewährleistete vor 2006, dass keine Baustellen im Liefergebiet der Messerli und der Kästli mit Hofstetter-Produkten beliefert wurden. Nach dem Zusammenschluss von 2006 zwischen Hofstetter und Messerli garantierte die Vereinbarung, dass keine Baustellen der Kästli mit Hofstetter- und Messerli-Produkten beliefert wurden. Die Vereinbarung bezweckte also einen Gebietsschutz und damit den Wettbewerb untereinander möglichst auszuschalten.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

479. Die Alluvia-Gruppe bringt vor, sie hätte (zusammen mit der Kästli-Gruppe) beabsichtigt, durch den gemeinsamen Mengenrabatt die Transporte zu minimieren. Es sei systemimmanent, dass sich dadurch Liefergebiete ergeben würden.[489] Würde die Alluvia-Gruppe weiter fahren, wäre dies sachplanwidrig. Zudem würde sie daran nichts oder weniger verdienen. Mit diesem Vorgehen würde sie riskieren, im eigenen «Versorgungsgebiet» ebenfalls von auswärts angegriffen zu werden. Würde Alluvia in Rubigen Aufträge gewinnen, weil sie Beton «verschleudere», werde Kästli anderswo Aufträge akquirieren müssen. Am Ende bestünde zwar vielleicht mehr Wettbewerb, doch dann würden die Unternehmen weniger verdienen auf dem Produkt. Dies bedeute weniger Investitionen für die Zukunft (u.a. Umweltschutz und Arbeitnehmer).[490] Die Kästli bestreitet die Beweisführung der Wettbewerbsbehörden pauschal.[491]

Würdigung

480. Die Alluvia-Gruppe nimmt mit Bezug auf den Zweck keinen Bezug auf die vorgenannten Beweismittel. Sie beruft sich auf den gemeinsamen Mengenrabatt, welcher zu Liefergebieten geführt habe, um weite Transporte zu vermeiden. Mit anderen Worten gibt sie zu, dass der Mengenrabatt einen abschottenden Effekt und eine Aufteilung in Liefergebiete hatte. Ferner umschreibt Alluvia selbst, welche Folgen das Betreiben von funktionierendem Wettbewerb gehabt hätte: «weniger verdienen» also tiefere Margen. Damit gesteht die Alluvia-Gruppe die wettbewerbsbeschränkende Absicht bzw. den Zweck der Gebietsabreden der Parteien ein. Das Berufen auf den Sachplan ADT misslingt, da er die Parteien, wie gesagt, nicht ermächtigt den Wettbewerb zu beschränken (vgl. dazu hinten C.3, Rz 792 ff.).

(v) Beweisergebnis

481. Der Zweck dieser Abrede bestand einerseits darin, die Konkurrenten von ausserhalb des KTB-Gebietes abzuhalten, in das KTB-Gebiet einzudringen, oder anders ausgedrückt, die KTB-Werke vor «gebietsfremden» Wettbewerbern zu schützen. Andererseits bezweckten die Verfahrensparteien vorbehältlich anderslautender Vereinbarung die exklusive Belieferung ihres Gebiets zu übernehmen. Sie beabsichtigten somit, den Konkurrenzkampf untereinander weitgehend auszuschliessen. Schliesslich beabsichtigten sie, durch die Gebietsaufteilung das Preisniveau möglichst hoch zu halten und die Marktanteile so weit als möglich zu stabilisieren.

B.5.4.3 Umsetzung und Auswirkungen

B.5.4.3.1 Beweisthema

482. Aufgrund der oben genannten Beweise sind der Konsens, der Inhalt, die Beteiligten und die Dauer der Gebietskoordination bis ins Jahr 2013 bewiesen (dazu oben Rz 454 f., Rz 481).

483. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, dass die Gebietskoordination in die Tat umgesetzt wurde. Wie bereits erwähnt, reicht es für Tatbestandsmässigkeit des Konsenses aus, wenn der Konsens zwischen den Beteiligten einen potenziell wettbewerbsschädigenden Inhalt hat, ohne dass das Verhalten umgesetzt zu werden braucht. Mit Bezug auf die Rechtsfolge ist jedoch zu beachten, dass ein tatsächlich umgesetztes Verhalten bei der Sanktionierung anders zu gewichten ist als ein abgemachtes, aber nicht umgesetztes Verhalten. Aus diesem Grund ist auch über die Umsetzung Beweis zu führen.

484. Schliesslich ist die Auswirkung des Verhaltens zwischen den Parteien darzulegen. Bei der Prüfung der Auswirkung wird in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht die volkswirtschaftliche Wirkung der Verhaltensweisen untersucht. Darüber brauchen die Wettbewerbsbehörden keinen Beweis zu führen.[492] Vielmehr prüfen die Wettbewerbsbehörden, ob sich die Verfahrensparteien entsprechend ihrem Konsens verhalten und den Wettbewerb untereinander eingeschränkt haben. Der Grad der Einschränkung ist bei tatbestandsmässigen und sanktionierbaren Verhaltensweisen bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen. Konkret untersuchen die Wettbewerbsbehörden, ob sich die beteiligten Verfahrensparteien entsprechend ihrem Konsens verhielten, alle Kunden für Beton, Sand und

[487] Die Passage Ziffer 1 Abschnitt 2 «in der Regel keine Baustellen im Liefergebiet der KTB-Werke» wurde durch die Passage «in der Regel keine Baustellen im Einzugsgebiet des Kieswerks Rubigen» ersetzt.
[488] Act. III.23. Beilage 1 (22-0440).
[489] Act. VI.30, Rz 142.
[490] Act. VII.20, Zeilen 208 ff.
[491] Act. VI.29, Rz 333 f.
[492] BGE 143 II 297, 314 f. E. 5.1.4.

Kies, welche in ihren Absatzgebieten Bauten errichteten, ausschliesslich zu beliefern und Offerten und Lieferungen für Beton, Sand und Kies auf das ihnen zugeteilte Liefergebiet zu beschränken.

485. Im vorliegenden Fall erlaubt die Untersuchung der Auswirkungen zugleich auch einen Rückschluss auf das Bestehen des Konsenses. Ginge man davon aus, der Konsens sei basierend auf den vorgenannten Dokumentbeweisen nicht erbracht, zeigt die nachfolgende Analyse, dass der Wettbewerb zwischen den Parteien in kartellrechtsrelevantem Masse eingeschränkt war. Die Analyse der Auswirkungen zwischen den Parteien erlaubt somit nicht nur eine Abschätzung der Tatschwere, welche für die allfällige Sanktionierung ausschlaggebend ist, sondern gibt auch Rückschluss auf die Tatbegehung.

B.5.4.3.2 Beweismittel

(i) Urkunden

486. Die Wettbewerbsbehörden verfügen über die folgenden Urkunden:

- Drei Dokumente aus den Jahren 2003, 2005 und 2006 mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen Lehmann Transport AG und K.+U. Hofstetter AG*».[493]
- Drei Dokumente mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG*» aus den Jahren 2007, 2008 und 2009.[494]
- Zwei Dokumente mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter und der Messerli Kieswerk AG*» aus den Jahren 2011 und 2013/14.[495]

(ii) Lieferscheindaten

487. Die Wettbewerbsbehörden verfügen über die von den Parteien eingereichten Lieferscheindaten (dazu vorne A.4.6, Rz 35 ff.).

B.5.4.3.3 Beweiswürdigung Urkundenbeweise

488. Aus den Dokumenten «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen Lehmann Transport AG und K.+U. Hofstetter AG 2003, 2005 und 2006, Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG*» aus den Jahren 2007, 2008 und 2009 und «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter und der Messerli Kieswerk AG*» aus den Jahren 2011 und 2013/14, geht hervor, dass die Parteien ihre Liefergebiete koordinierten. Bereits der Umstand, dass diese Vereinbarungen über Jahre hinweg immer wieder neu abgeschlossen wurden, zeigt, dass die Parteien aller Wahrscheinlichkeit nach nicht nur den übereinstimmenden wirklichen Willen gefasst hatten, die Liefergebiete zu koordinieren, sondern sich auch tatsächlich koordinierten. Andernfalls gäbe es keinen Grund für den Abschluss der genannten Vereinbarungen.

B.5.4.3.4 Auswertung und Würdigung der Lieferscheindaten

489. Anhand der eingereichten Lieferscheindaten untersuchte das Sekretariat, ob die Parteien 2007–2013 ihre Liefergebiete koordinierten. Zu diesem Zweck wurden zunächst die Daten eingelesen und bereinigt. Diejenigen Aspekte der Datenbereinigung, die von den Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats vom 5. Juli 2018 thematisiert wurden (Act. VI.29, Act. VI.30), werden in Rz 492 ff. diskutiert. Andere Bereinigungsschritte sind in Akte VII.36, Kapitel B.3, näher beschrieben.

490. Die aufbereiteten Daten werden als erstes grafisch ausgewertet (Rz 511–514). Dabei lässt sich erkennen, dass die Liefergebiete der Werke der Alluvia-Gruppe insbesondere bei Beton klar von den Liefergebieten der Frischbeton AG Rubigen abgegrenzt sind. Zusätzlich wird die Preisbildung für Transportbeton näher untersucht (Rz 516–602): Es wird gemessen, ob die Netto-Werkpreise für Beton davon abhängig sind, wie nahe ein anderes Betonwerk von der zu beliefernden Baustelle entfernt ist. Dabei lässt sich feststellen, dass die Nähe anderer Werke nur dann einen klar messbaren Einfluss auf den Betonpreis hat, wenn das andere Werk nicht der KTB AG angeschlossen ist. Dieses Resultat zeigt, dass die der KTB angeschlossenen Werke ihre Liefergebiete koordiniert haben.

491. Obwohl sich die nachfolgenden Auswertungen teilweise nur auf Transportbeton beziehen, können daraus auch Rückschlüsse für Kies und Transporte gezogen werden: Die Parteien haben sich erwiesenermassen auch in Bezug auf diese beiden Produktarten koordiniert (vgl. Abschnitte B.5.2 und B.5.3). Die nachfolgende Auswertung zeigt, dass die Koordination in Bezug auf Beton bis Ende 2013 anhielt und auch umgesetzt wurde. Es ist sehr unwahrscheinlich, dass die Koordination in Bezug auf Kies oder Transporte zu einem früheren Zeitpunkt aufgegeben wurde: Wenn eine Bauunternehmung für eine Baustelle Kies und Beton benötigt, werden die Preise in der Regel für Kies und Beton einschliesslich Transport verhandelt.

(i) Datenbereinigung

492. Zusätzlich zu den Lieferscheindaten haben die Parteien dem Sekretariat verschiedene Dokumente zukommen lassen, in welchen die eingereichten Daten beschrieben und definiert werden (vgl. Act. VII.36, Abschnitt B.2). Das Sekretariat stützte sich bei der Bereinigung der Daten auf diese Angaben. Nach Bekanntgabe der Ergebnisse der Datenauswertung durch die Zustellung des Antrags des Sekretariats vom 5. Juli 2018 an die Parteien meldete die Kästli-Gruppe Zweifel an der Zuverlässigkeit der von ihr eingereichten Lieferscheindaten für Beton an. Im von der Kästli-Gruppe in Auftrag

[493] Act. II.B.X.167 (22-0440).
[494] Act. III.23, Beilage 1 (22-0440).
[495] Act. II.B.X.357.

gegebenen Gutachten von Polynomics (Act. IV.29, Beilage 1) werden insbesondere drei Probleme in Bezug auf diese Daten diskutiert:[496]

- Die Baustellen-Postleitzahlen sind teilweise fehlerhaft oder fehlen vollständig.
- Die Baustellen-Adressen sind teilweise fehlerhaft.
- Die durch das Sekretariat gemäss den Angaben der Kästli-Gruppe berechneten Werkpreise beinhalten möglicherweise teilweise Transportkosten.

493. Die Wettbewerbsbehörden stellen fest, dass die Kästli-Gruppe vor der Bekanntgabe der Ergebnisse der Datenauswertung keine entsprechenden Bedenken angemeldet hat. Inzwischen haben die Wettbewerbsbehörden sämtliche Lieferscheindaten für Betonlieferungen (also auch die von der Alluvia-Gruppe eingereichten) in Bezug auf die Baustellen-Postleitzahlen sowie die Baustellen-Adressen (vgl. die nachfolgenden Abschnitte 1 und 2) bereinigt. Auch den dritten von der Kästli-Gruppe thematisierten Punkt (die Berechnung der Werkpreise) berücksichtigten die Behörden bei der Bereinigung der Lieferscheindaten (vgl. den nachfolgenden Abschnitt 3).

494. Des Weiteren stellte die Kästli-Gruppe im erwähnten Gutachten von Polynomics fest, dass dem Sekretariat bei der Auswertung der Lieferscheindaten der Kästli-Gruppe ein Rechenfehler bei der Berechnung des Rabatts unterlaufen ist. Diesen Fehler haben die Wettbewerbsbehörden korrigiert.

495. Sämtliche der nachfolgenden Auswertungen der Lieferscheindaten enthalten die hier diskutierten Bereinigungen und Korrekturen.

1. Baustellen-Postleitzahlen

496. Bei den nachfolgenden Auswertungen spielt der Standort der von den Parteien belieferten Baustellen eine wichtige Rolle. Dazu wird die Postleitzahl der Baustellenadresse verwendet. Bei manchen Baustellenadressen sind allerdings keine Postleitzahlen eingetragen. In diesen Fällen hat das Sekretariat mit Hilfe des Dienstes «google maps» anhand der Baustellenadresse eine Postleitzahl ermittelt. Das Sekretariat hat nur dann eine Baustellen-Postleitzahl eingesetzt, wenn diese mit Hilfe der Baustellenadresse eindeutig identifiziert werden konnte. Das ist nicht immer möglich: Wenn zum Beispiel nur ein Strassenname aber keine Strassennummer in der Baustellenadresse enthalten ist, ist eine eindeutige Identifikation oft unmöglich, wenn die Strasse durch mehrere Postleitzahlen verläuft.

497. Zusätzlich zur Bereinigung fehlender Postleitzahlen hat das Sekretariat offensichtlich fehlerhafte Postleitzahlen ersetzt. Diese wurden anhand eines Datensatzes des Bundesamtes für Statistik identifiziert, in welchem sämtliche Postleitzahlen der Schweiz enthalten sind.[497] Auch bei diesen Adressen mit nicht existierenden Postleitzahlen hat das Sekretariat nur dann eine neue Postleitzahl eingesetzt, wenn diese anhand der Baustellenadresse eindeutig identifiziert werden konnte.

498. Lieferungen an Baustellen mit nicht existierenden oder fehlenden Postleitzahlen, bei welchen keine gültige Postleitzahl eingesetzt werden konnte, wurden für die nachfolgenden Auswertungen nicht berücksichtigt. Dadurch fallen bei den Kästli-Daten rund 11,4 % ([…] m^3) der insgesamt 2007–2013 ausgelieferten Menge an Beton weg. Bei den Alluvia-Daten entfallen lediglich 0,57 % ([…] m^3) des ausgelieferten Betons aufgrund ungültiger oder fehlender Baustellen-Postleitzahlen.

499. Polynomics hat die Baustellen-Postleitzahlen in den von der Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten ebenfalls bereinigt. Nach der von Polynomics vorgenommenen Bereinigung verbleiben lediglich 7700 m^3 Beton, der an Adressen mit nicht existierender oder ungültiger Postleitzahl geliefert wurde (vgl. Act. VI.29, Beilage 1, Tabelle 3). Im Vergleich dazu verbleibt nach der Bereinigung durch das Sekretariat eine grössere Menge an Beton mit ungültiger oder nicht existierender Postleizahl. Das liegt vor allem daran, dass Polynomics im Gegensatz zum Sekretariat einer Adresse oft auch dann eine Postleitzahl zuordnet, wenn eine solche Zuordnung nicht eindeutig möglich ist.[498]

2. Baustellen-Adressen

500. Die belieferten Baustellen werden in den nachfolgenden Auswertungen anhand der Baustellenadresse, der Baustellen-Postleitzahl sowie der Kundennummer identifiziert. Wenn die gleiche Baustellenadresse bei verschiedenen Lieferungen unterschiedlich geschrieben wird, ist die entsprechende Zuordnung nicht mehr zuverlässig möglich. Deshalb werden die Baustellenadressen der von den Parteien mit Beton belieferten Baustellen bereinigt, indem Leer- und Satzzeichen entfernt werden und indem für Unterschiede in Bezug auf Gross/Kleinschreibung und die Schreibweise von Umlauten korrigiert wird.

501. Obwohl die Kästli-Gruppe im Gutachten von Polynomics (Act. VI.29, Beilage 1) bemängelt, dass das Sekretariat ursprünglich die Adressen der durch die Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten nicht bereinigt hat, nimmt Polynomics selber für keine der im entsprechenden Gutachten enthaltenen Auswertungen eine solche Bereinigung vor. Das ist einer der Gründe dafür, dass die im besagten Gutachten enthaltenen Ergebnisse nicht mit den nachfolgend diskutierten Resultaten übereinstimmen (mehr dazu in Rz 604).

[496] Im besagten Gutachten werden ausschliesslich Daten der Kästli-Gruppe nicht aber diejenigen der Alluvia-Gruppe diskutiert. Dies obwohl die Vertreter von Polynomics auch die Daten der Alluvia-Gruppe ausgewertet und die entsprechenden Resultate in einem mehr als 50-seitigen Bericht zusammengestellt haben (Act. I.123).

[497] <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/publikationen.assetdetail.275785.ht ml> (25.01.2019).

[498] Polynomics gibt keine Regeln an, nach welchen die Bereinigung der Postleitzahlen vorgenommen wurde. Stattdessen reichte Polynomics den entsprechenden Programmcode ein. Daraus geht zum Beispiel hervor, dass bei Adressen mit der ungültigen Postleitzahl 3050 und der Baustellen-Adresse «Melchenbühlweg» neu die Postleitzahl 3006 eingesetzt wurde. Da der Melchenbühlweg durch die Postleitzahlen 3006, 3015 und 3073 verläuft, ist keine eindeutige Zuordnung möglich und Polynomics gibt nicht an, weshalb die Postleitzahl 3006 ausgewählt wurde. Das Sekretariat hat in diesem Beispiel die entsprechenden Lieferscheine nicht für die Auswertungen berücksichtigt.

3. Netto-Werkpreise

502. Die Kästli-Gruppe äussert im Gutachten von Polynomics (Act. VI.29, Beilage 1) Bedenken in Bezug auf die Berechnung der Werkpreise für den von der Kästli-Gruppe gelieferten Beton. Dabei stützte sich das Sekretariat auf die Angaben der Kästli-Gruppe (Act. VIII.B.33, 36, 40, 46, 49, 53). Polynomics zeigt in Abbildung 2 und Tabelle 4 ihres Gutachtens auf, dass die so berechneten Werkpreise teilweise über den Listenpreisen liegen und stellt fest «Nach Angaben der Kästli-Gruppe stellt der Listenpreis die Obergrenze für den verlangten Materialpreis dar» (Act. VI.29, Beilage 1, S. 13). Deshalb befürchtet Polynomics, dass «ein Teil der vom Sekretariat der WEKO berechneten Objektpreise nicht nur die Materialpreise enthalten» (Act. VI.29, Beilage 1, S. 13).

503. Das Sekretariat teilt grundsätzlich die Einschätzung von Polynomics, dass die anhand der von der Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten berechneten Werkpreise nur beschränkt zuverlässig sind. Die entsprechenden Probleme dürften aber geringer sein, als von Polynomics dargestellt und betreffen ausserdem ausschliesslich die von der Kästli-Gruppe, nicht aber die von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten.

504. Zunächst ist anzumerken, dass in den Preislisten der Frischbeton AG Rubigen verschiedene Zuschläge auf den normalen Listenpreis erwähnt sind. Zum Beispiel bezahlen «Nichtunternehmer» im Jahr 2010 einen Zuschlag von 15 % auf den normalen Listenpreis (Act. VIII.40.h). Ein «Nichtunternehmer» bezahlt also einen Materialpreis, der über dem normalen Listenpreis liegt – für ihn gilt nicht der in die Daten eingesetzte Listenpreis sondern ein um 15 % höherer Listenpreis. Die von Polynomics erwähnte Tatsache, dass manche Werkpreise über dem normalen Listenpreis liegen, ist deshalb nicht hinreichend für die daraus abgeleitete Vermutung, dass «ein Teil der vom Sekretariat der WEKO berechneten Objektpreise nicht nur die Materialpreise enthalten» (Act. VI.29, Beilage 1, S. 13).

505. Des Weiteren vernachlässigt Polynomics die Tatsache, dass die Preise im besten Fall in Schritten von 5 Rappen festgelegt werden können. Polynomics definiert auch Lieferungen, deren Werkpreis um weniger als 5 Rappen höher als der normale Listenpreis ausfällt, als «Lieferscheine mit Preis über Listenpreis».

506. Da gewisse Preise möglicherweise auf ganze Frankenbeträge gerundet werden, berechnete das Sekretariat den Anteil der ausgelieferten Betonmenge, bei welcher der Werkpreis um mehr als Fr. 1 über dem normalen Listenpreis liegt: Bei den von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten liegt deren Anteil an der insgesamt gelieferten Betonmenge bei […] %. Bei den von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten handelt es sich um einen Anteil von […] %.

507. Bei den von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten lassen sich sämtliche dieser «überhöhten» Preise durch den oben erwähnten «Nichtunternehmer-Zuschlag» erklären, der auch bei der Alluvia-Gruppe 15 % beträgt: Die entsprechenden Werkpreise sind ausnahmslos zwischen 14,5 und 15,5 % höher als der normale Listenpreis – es gibt keinerlei merkwürdige Preise zu nicht nachvollziehbaren Preisen.

508. Bei den von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten kann nicht genau überprüft werden, ob die «überhöhten» Preise alle auf den «Nichtunternehmer»-Zuschlag zurückzuführen sind: Während die in den Alluvia-Daten enthaltenen Listenpreise immer dem Listenpreis zum Zeitpunkt der Festlegung des Preises entsprechen, konnte die Kästli-Gruppe lediglich die jedes Jahr jeweils gültigen Listenpreise liefern. Hingegen ist bei den Lieferungen der Kästli-Gruppe nicht bekannt, in welchem Jahr die Preise vereinbart wurden. Da die Listenpreise in der Regel von Jahr zu Jahr anstiegen, ist deshalb bei den Kästli-Daten nicht klar, welches der zum Zeitpunkt der Preissetzung relevante Listenpreis ist. Deshalb ist eine genaue Untersuchung der Zuschläge nicht möglich. Da einige Lieferungen zu Preisen erfolgen, die mehr als 15 % über dem normalen Listenpreis liegen, geht das Sekretariat aber davon aus, dass die bei der Auswertung der Kästli-Daten berechneten Werkpreise weniger zuverlässig sind als die entsprechenden von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten.

509. Dadurch, dass Polynomics weder Zuschläge noch die Rundung von Preisen berücksichtigt, erscheinen die in Abbildung 2 und Tabelle 4 ihres Gutachtens dargestellten Unregelmässigkeiten bedeutender als sie es tatsächlich sind. Ausserdem vergleicht Polynomics in Abbildung 2 die Werkpreise nicht mit den korrekten Listenpreisen. Stattdessen wird als Referenzpunkt der durchschnittliche Listenpreis 2007–2013 eingezeichnet. Da die Listenpreise in der Regel von Jahr zu Jahr erhöht wurden, liegen zahlreiche Werkpreise im Jahr 2007 zwar über dem durchschnittlichen Listenpreis, nicht aber über dem Listenpreis des Jahres 2007. Zum Beispiel stieg der Listenpreis der Sorte [Sorte 1] von Fr. 133.50 im Jahr 2007 auf Fr. 150.50 im Jahr 2013. Das entspricht einem Anstieg um 12,7 %.

510. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Sekretariat die Zuverlässigkeit der von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten im Vergleich zu den von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten als tiefer einschätzt und deshalb den entsprechenden Ergebnissen weniger Gewicht beimisst. Die von der Kästli-Gruppe angeregten zusätzlichen Bereinigungen und Korrekturen flossen in die Berechnungen des Sekretariats ein.

(ii) Abgrenzung der Liefergebiete der Alluvia- und der Kästli-Gruppe

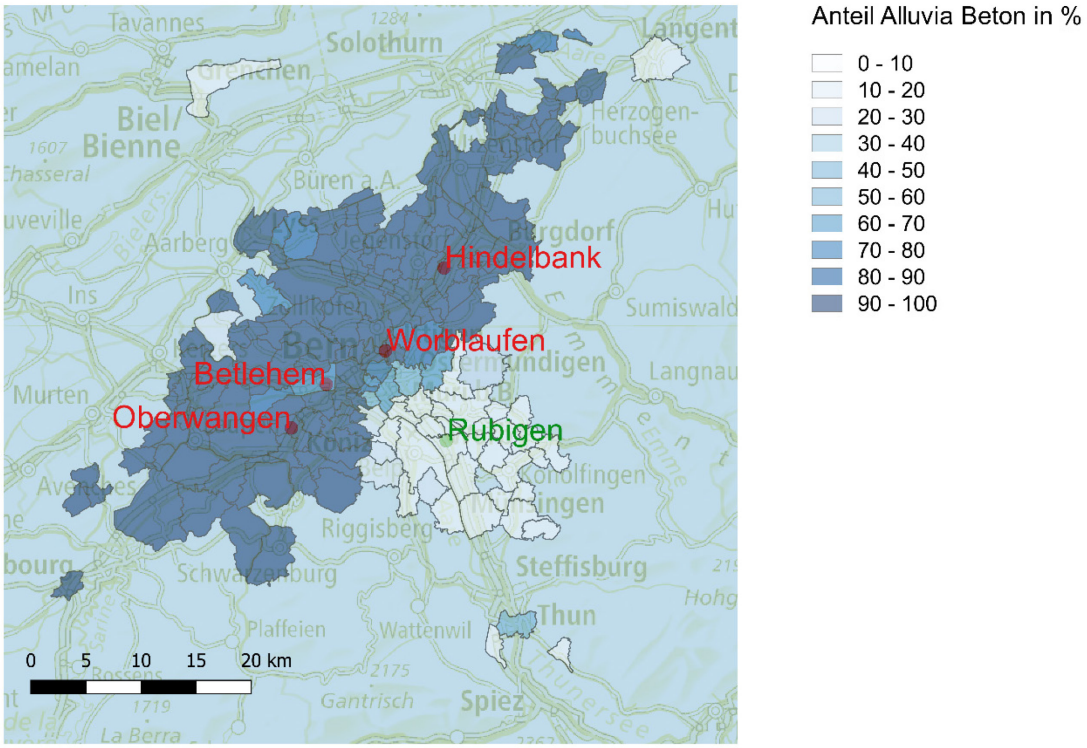
511. In einem ersten Schritt wird grafisch dargestellt, wie sich das Liefergebiet für Beton der der KTB angeschlossenen Werke der Alluvia-Gruppe von demjenigen des Werks Rubigen (Kästli-Gruppe) räumlich abgrenzen lässt. Zu diesem Zweck wird für jedes Gebiet, das über eine eigene Postleitzahl verfügt, die durch die KTB-Werke insgesamt 2007–2013 gelieferte Anzahl Kubikmeter Beton erfasst. Nur Gebiete, die mit mindestens 100 m^3 Beton beliefert wurden, werden berücksichtigt.[499] Für jedes dieser Gebiete wird der relative Marktanteil der KTB-Betonwerke der Alluvia-Gruppe berechnet. Zum

[499] 2007–2013 wird nur 0,16 % des Gesamtvolumens an Beton und 1,02 % des Gesamtvolumens an Kies an Postleitzahlen geliefert, in welche die KTB-Werke 2007–2013 weniger als 100 m3 Beton bzw. Kies liefern. Deshalb werden diese unbedeutenden Postleitzahlen bei der grafischen Auswertung nicht berücksichtigt.

Beispiel liefern die KTB-Werke insgesamt [200 000–300 000] m³ Beton an Baustellen mit Postleitzahl 3014. Davon werden [150 000–250 000] m³ von Werken der Alluvia-Gruppe geliefert, während die restlichen [25 000–100 000] m³ durch die Kästli-Gruppe geliefert werden. Der relative Marktanteil der Alluvia-Gruppe beläuft sich deshalb im Gebiet mit der Postleitzahl 3014 auf [75–95] %. Dieser relative Marktanteil der KTB-Werke der Alluvia-Gruppe wird für jedes Gebiet mit eigener Postleitzahl in Abbildung 16 dargestellt.

512. Abbildung 17 entspricht Abbildung 16, ausser dass darin die relativen Marktanteile der Alluvia-Werke für Kies statt für Beton gezeigt werden. Je dunkler eine Postleitzahl eingefärbt ist, desto höher der Anteil der Alluvia-Gruppe an der insgesamt von den KTB-Werken gelieferten Anzahl Kubikmeter Beton bzw. Kies.[500]

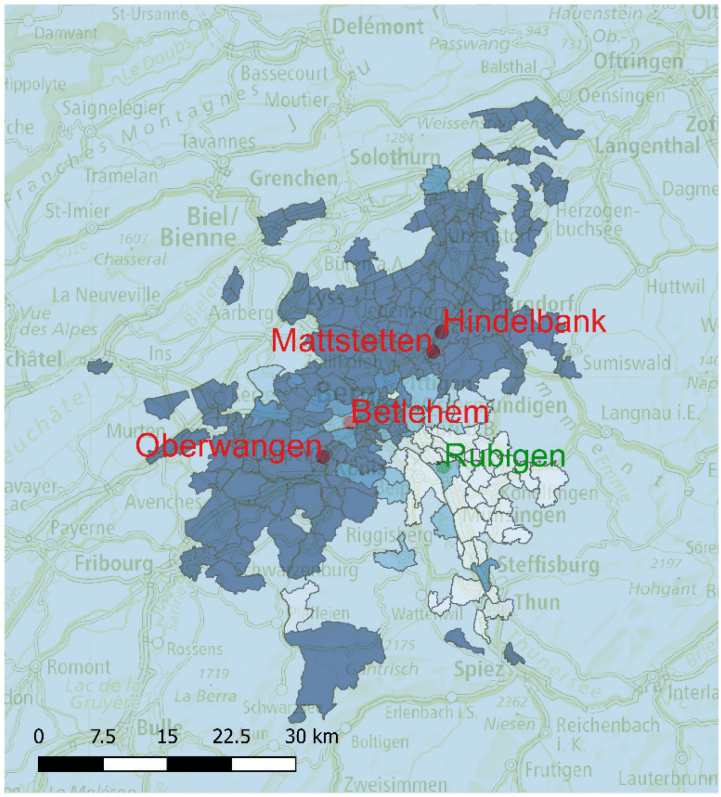
Abbildung 16: Relativer Marktanteil Alluvia-Gruppe, Beton



Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Swisstopo (Kartenmaterial)

[500] Wenn der relative Marktanteil der Alluvia-Werke genau einer Intervallgrenze entspricht, wird die Postleitzahl dem Intervall mit dem tieferen Marktanteil zugeteilt.

Abbildung 17: Relativer Marktanteil Alluvia-Gruppe, Kies



Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Swisstopo (Kartenmaterial)

513. Insbesondere beim Beton gibt es nur wenige Postleitzahlen, die sowohl von der Alluvia- als auch von der Kästli-Gruppe beliefert werden. Die jeweiligen Liefergebiete sind klar abgegrenzt. Dieser Umstand ist folgendermassen zu würdigen:

- Da die Transportkosten sowohl bei Beton als auch bei Kies bedeutend sind, wäre bei ungehindertem Wettbewerb zu erwarten, dass in der Regel das nächstgelegene Werk das günstigste Angebot unterbreiten kann und damit den Zuschlag erhält. Deshalb wäre auch bei ungehindertem Wettbewerb zu erwarten, dass sich eine Abgrenzung der Liefergebiete ergibt.
- Wie bereits in Abschnitt B.4.4.6 diskutiert wurde, beeinflussen allerdings neben den Kosten auch noch andere Faktoren den von den Betonwerken offerierten Preis: Ein schlecht ausgelastetes Werk wird in der Regel günstiger offerieren als ein gut ausgelastetes Werk. Wenn sich die Auslastung der verschiedenen Werke unterschiedlich entwickelt, wäre deshalb bei ungehindertem Wettbewerb eine gewisse Überschneidung der Liefergebiete zu erwarten: Wenn das Werk Rubigen stark ausgelastet ist, würden demnach die Alluvia-Werke Baustellen weiter südlich beliefern, wenn hingegen die Alluvia-Werke stark ausgelastet sind, würde das Werk Rubigen Beton an weiter nördlich gelegene Baustellen verkaufen. In Abbildung 16 lassen sich nur wenige solche Überschneidungen erkennen.[501] Allerdings ist allein auf Grund einer grafischen Auswertung unklar, ob die

[501] Eine empirische Studie des Zementmarktes in Deutschland stellt fest, dass die Lieferdistanzen bei ungehindertem Wettbewerb stärker mit der Auslastung der Werke variieren als bei Vorliegen einer Absprache unter den Herstellern: MATTHIAS HUNOLD/KAI HÜSCHELRATH/ULRICH LAITENBERGER/JOHANNES MUTHERS, Competition, collusion and spatial sales patterns – theory and evidence, ZEW Discussion Paper Nr. 17-035, 2017.

entsprechenden Überschneidungen das bei ungehindertem Wettbewerb zu erwartende Ausmass erreichen.[502]

514. Da sich die Auslastung der verschiedenen Werke nicht zuverlässig messen lässt,[503] wird der Zusammenhang zwischen Auslastung und Lieferdistanz nicht weiter untersucht. Stattdessen wird anhand des Preissetzungsverhaltens der KTB-Werke analysiert, ob eine Koordination der Liefergebiete oder des Preissetzungsverhaltens vorlag. Diese Untersuchung wird nur für den Markt für Transportbeton nicht aber für den Kiesmarkt oder den Markt für Transporte durchgeführt (vgl. Rz 491).

(iii) Untersuchung des Preissetzungsverhaltens

515. In Rz 516–531 werden die Hypothesen hergeleitet, anhand derer getestet werden kann, ob eine Koordination der Liefergebiete vorliegt. Anschliessend wird die Methode beschrieben, mit welcher die Hypothesen getestet werden (Rz 532–561). In Rz 562–610 werden die Resultate der statistischen Auswertung präsentiert und interpretiert.

1. Herleitung der Hypothesen

516. Wie bereits in Rz 146 dargelegt, entsprechen die Transportpreise ungefähr den tatsächlichen Transportkosten. Da ausserdem nicht für alle Lieferungen Transportpreise vorliegen, werden im Folgenden die Netto-Werkpreise (zur Definition vgl. Rz 141) untersucht. Diese sind im Wesentlichen von den folgenden Faktoren abhängig:

- Produktionskosten,
- Erwartete Auslastung des Lieferwerks,
- Grösse der Baustelle,
- Erwartungen in Bezug auf die von anderen Werken eingereichten Offerten.

517. Einzig der letzte dieser Faktoren wird durch die Koordination mit einem anderen Anbieter beeinflusst, da diese die Unsicherheit darüber reduziert oder gar beseitigt, ob und zu welchem Preis der andere Anbieter offeriert. Wenn zum Beispiel zwei Anbieter ihre Liefergebiete aufteilen, können sie davon ausgehen, dass der jeweils andere Anbieter in den ihnen zugeteilten Gebieten keine ernsthaften Offerten einreichen wird.

518. Liegt hingegen keine Koordination vor, werden die Anbieter versuchen, günstiger als ihre Konkurrenten zu offerieren. Zu diesem Zweck müssen sie abschätzen, zu welchem Preis die Konkurrenten offerieren werden. Die künftige Auslastung anderer Werke kann von Aussenstehenden nicht beobachtet werden. Deshalb ist unklar, ob und falls ja wie dieser Faktor die Einschätzung der Konkurrenzangebote beeinflusst. Da sich die Kosten der verschiedenen Werke im Wesentlichen in Bezug auf die Transportkosten zwischen Werk und Baustelle unterscheiden[504] und diese einfach zu beobachten sind, werden die Betonwerke bei ungehindertem Wettbewerb umso günstiger offerieren, je näher sich die Werke der Konkurrenten bei der zu beliefernden Baustelle befinden.

519. Im Gegensatz dazu ist bei Vorliegen einer Koordination der Liefergebiete kein solcher Effekt zu erwarten: Wenn sich ein Anbieter mit einem Konkurrenten abspricht, braucht er bei der Preissetzung keine Rücksicht auf die Lage der Werke dieses Konkurrenten zu nehmen.

520. Aus diesen Überlegungen ergeben sich zwei Hypothesen, die anhand der eingereichten Lieferscheindaten getestet werden können und die Rückschlüsse in Bezug auf das Vorliegen einer Koordination zwischen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe erlauben. Bevor diese formuliert werden, werden verschiedene Arten von Betonwerken unterschieden. Die entsprechenden Definitionen sind in Tabelle 13 aufgelistet und in Abbildung 18 zur besseren Verständlichkeit grafisch illustriert.

[502] Als Teil ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 5. Juli 2018 reichte die Kästli-Gruppe ein Gutachten von Polynomics zur Beurteilung der Datenanalyse des Sekretariats ein (Act. VI.29, Beilage 1). Polynomics bereinigte ungültige und fehlende Baustellen-Postleitzahlen (vgl. Rz 496 ff.) und stellt in Tabelle 3 des Gutachtens fest, dass durch diese Bereinigung zusätzlich Betonlieferungen der Kästli-Gruppe im Umfang von rund 100 000 m^3 erfasst werden können. Des Weiteren führt Polynomics in Tabelle 5 des Gutachtens aus, dass diese Bereinigungen in manchen Postleitzahlen zu einem bedeutenden Anstieg der durch die Kästli-Gruppe verkauften Betonmenge führt.
Die Wettbewerbsbehörden haben ihrerseits die Baustellen-Postleitzahlen bereinigt. Die entsprechenden Veränderungen sind geringer als von Polynomics berechnet (mehr dazu in Rz 496 ff.). Des Weiteren ist die von Polynomics in Tabelle 5 des Gutachtens berechnete prozentuale Veränderung der durch die Kästli-Gruppe gelieferten Betonmenge nicht für die Erstellung von Abbildung 16 relevant. Darin wird der durch die Alluvia-Gruppe gelieferte Anteil am insgesamt von Alluvia und Kästli gelieferten Beton dargestellt. Auch wenn sich die von Kästli gelieferte Menge durch die Bereinigung der Postleitzahlen stark verändert, bedeutet das nicht, dass sich der dargestellte relative Anteil ebenfalls stark verändert. Polynomics begründet im Gutachten die Auswahl der in Tabelle 5 dargestellten Zahlen damit, dass sie «nur über die Daten der Kästli-Gruppe verfügen» (S. 14). Das ist nicht korrekt. Polynomics hatte auch Zugang zu den Daten der Alluvia-Gruppe und hat diese Daten ebenfalls ausgewertet. Ein Teil der entsprechenden Auswertungen ist in einem mehr als 50 Seiten umfassenden Bericht, den die Kästli-Gruppe eingereicht hat, enthalten (Act. I.123).
Die durch das Sekretariat durchgeführte Bereinigung der Baustellen-Postleitzahlen führte nur bei zwei Postleitzahlen (3005 und 3011) zu einer Veränderung von mehr als 10 % des von der Alluvia-Gruppe gelieferten Anteils am insgesamt von Kästli und Alluvia gelieferten Betons.

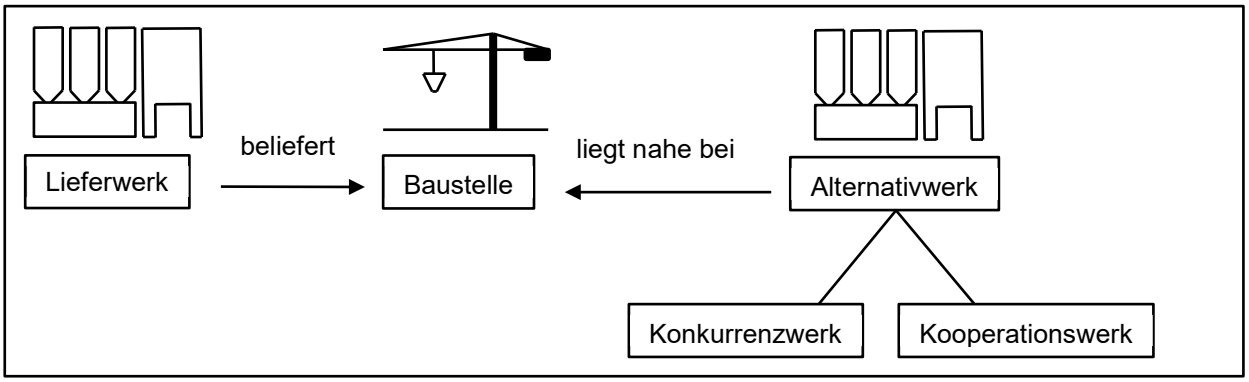
[503] Relevant ist die von den Werken zum Zeitpunkt der Preisverhandlung erwartete Auslastung zum Zeitpunkt der Lieferung. Diese kann nicht zuverlässig gemessen werden.

[504] Vgl. dazu Rz 149-151.

Tabelle 13: Definitionen Betonwerke

1. **Lieferwerk**: Betonwerk, welches Beton an eine Baustelle liefert.
2. **Alternativwerk**: Betonwerk, welches nicht vom gleichen Unternehmen wie das Lieferwerk kontrolliert wird.
3. **Konkurrenzwerk**: Betonwerk, welches weder von der Kästli- noch von der Alluvia-Gruppe kontrolliert wird.
4. **Kooperationswerk**: Betonwerk, welches der KTB angeschlossen ist und nicht vom gleichen Unternehmen wie das Lieferwerk kontrolliert wird.

Abbildung 18: Definitionen Betonwerke



Quelle: Eigene Darstellung

521. Zur Verdeutlichung dieser Definitionen wird ein Beispiel betrachtet: Angenommen, das Werk Worblaufen liefert Beton an eine Baustelle in Rubigen. Dann ist das Werk Worblaufen das «Lieferwerk». Das nächste «Alternativwerk» ist die Frischbeton AG Rubigen. Da diese ebenfalls der KTB AG angeschlossen ist, handelt es sich um ein «Kooperationswerk».

522. Liefert das Werk Worblaufen den Beton statt nach Rubigen nach Deisswil, ist das nächste Alternativwerk die FBB Deisswil. Da diese im Untersuchungszeitraum 2004–2013 nicht der KTB AG angeschlossen war, ist in diesem Fall das nächste «Alternativwerk» ein «Konkurrenzwerk».

523. Das Gebiet, in welchem das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist, wird als «Kooperationsgebiet» bezeichnet. Im Gegensatz dazu wird das Gebiet, in welchem das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk ist als «Konkurrenzgebiet» bezeichnet.

524. Wie bereits in Rz 99 diskutiert wurde, lassen sich die Transportkosten besser anhand der Fahrzeit als anhand der Fahrdistanz messen. Deshalb wird die Nähe eines Betonwerks zur Baustelle durch die Fahrzeit gemessen.

525. Bei ungehindertem Wettbewerb ist zu erwarten, dass die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk den Netto-Werkpreis (vgl. zur Definition Rz 141) folgendermassen beeinflusst: Je näher das nächste Alternativwerk, desto tiefer der offerierte Netto-Werkpreis. Um zu testen, ob der Wettbewerb zwischen dem Betonwerk in Rubigen und den der KTB angeschlossenen Werken der Alluvia-Gruppe funktioniert, wird deshalb getestet, ob sich ein solcher Zusammenhang beobachten lässt.

526. Der gleiche Test wird auch in Bezug auf andere Werke durchgeführt, die weder der KTB angeschlossen sind noch von der Alluvia- oder der Kästli-Gruppe kontrolliert werden («Konkurrenzwerke»). Damit kann überprüft werden, ob der Zusammenhang zwischen Netto-Werkpreisen und der Nähe der Alternativwerke stark genug ist, um zuverlässig gemessen werden zu können. Aus diesen Überlegungen ergeben sich die in Tabelle 14 aufgelisteten Hypothesen.

Tabelle 14: Hypothesen

Die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk hat keinen signifikanten Einfluss auf die Netto-Werkpreise,
1) wenn das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist.
2) wenn das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk ist.

527. Im folgenden Abschnitt werden die zum Test der Hypothesen 1 und 2 verwendete Methode sowie die entsprechenden Resultate detailliert beschrieben. Da die von der Alluvia- bzw. von der Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten von unterschiedlicher Qualität sind (vgl. Rz 492 ff.), werden die Hypothesen 1 und 2 separat mit diesen beiden Datensätzen getestet.

528. Vorweg die Ergebnisse dieser Untersuchung: Anhand der von der Alluvia-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten konnte Hypothese 1 nicht abgelehnt werden. Da die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk bei ungehindertem Wettbewerb den Betonpreis beeinflussen sollte, ist das ein weiteres Indiz dafür, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe ihre Liefergebiete tatsächlich koordinierten.

529. Um zu testen, ob eine Ablehnung von Hypothese 1 bei ungehindertem Wettbewerb zuverlässig möglich ist, testete das Sekretariat zusätzlich dazu Hypothese 2.[505] Hypothese 2 konnte anhand der Lieferscheindaten der Alluvia-Gruppe deutlich abgelehnt werden.

530. Die Ergebnisse der Auswertung der von der Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten sind im Vergleich zu den von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten weniger eindeutig: Die Nähe der Alternativwerke hat weder im Kooperations- noch im Konkurrenzgebiet der Frischbeton AG Rubigen einen klaren Effekt auf den Netto-Werkpreis. Ein möglicher Grund dafür ist die bereits angesprochene geringe Qualität der von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten (vgl. Rz 492 ff).

531. Als nächstes wird beschrieben, wie das Sekretariat Hypothese 1 und Hypothese 2 getestet hat.

2. Methode

532. Weil das Sekretariat alle in die Auswertung einfliessenden Faktoren auf Ebene Baustelle mass, wird als erstes dargelegt, welche Baustellen berücksichtigt wurden (a). Anschliessend wird beschrieben, wie der Netto-Werkpreis gemessen wurde (b). Dabei handelt es sich um die «abhängige Variable» der Analyse, da der Einfluss der Fahrzeit zwischen Baustelle und Alternativwerken («unabhängige Variable») auf den Netto-Werkpreis gemessen werden soll. Die Messung der Fahrzeit wird in Abschnitt (c) erläutert. Da der Netto-Werkpreis nicht nur von der Fahrzeit, sondern auch von anderen Faktoren («Kontrollvariablen») beeinflusst wird, werden anschliessend diese Kontrollvariablen beschrieben (d). Schliesslich werden die genaue Spezifikation des Zusammenhangs zwischen Netto-Werkpreis, Fahrzeit und Kontrollvariablen sowie die verwendete statistische Methode diskutiert (e).

a. Berücksichtigte Baustellen (Beobachtungen)

533. Die von den Parteien eingereichten Daten enthalten Angaben zu sämtlichen Betonlieferungen der KTB-Werke. Die entsprechenden Preise werden aber nicht für jede Lieferung einzeln verhandelt. Stattdessen wird in der Regel pro Baustelle ein Auftrag vergeben. Es kann in Einzelfällen vorkommen, dass die Lieferungen an mehrere Baustellen gleichzeitig verhandelt werden. Zu solchen «Bündelungen» liegen keine Daten vor. Deshalb wird der Netto-Werkpreis auf Ebene Baustelle erfasst. Eine Baustelle entspricht also einer Beobachtung im statistischen Sinne.

534. Damit die Standorte der relevanten Werke zuverlässig ermittelt werden können, werden nur Baustellen berücksichtigt, die in höchstens 20 Minuten Fahrzeit ab mindestens einem der KTB angeschlossenen Betonwerk erreicht werden können. Dadurch werden rund 95 % aller von den KTB-Werken belieferten Baustellen erfasst. Für die nachfolgende Untersuchung müssen die Standorte der relevanten Alternativwerke ermittelt werden. Werden auch die (unbedeutenden) Lieferungen an weit entfernte Baustellen berücksichtigt, müssen sämtliche Standorte im entsprechenden Umfeld identifiziert sowie die entsprechenden Fahrzeiten berechnet werden. Dieser Aufwand steht in keinem Verhältnis zur Bedeutung der entsprechenden Lieferungen (weniger als 5 % der gelieferten Menge). Deshalb beschränkt sich die nachfolgende Untersuchung auf die Preismuster bei Baustellen im Umfeld von 20 Fahrminuten der KTB-Werke.

535. Ausserdem werden nur Baustellen erfasst, an welche mindestens [5–10] m^3 Beton geliefert wurde. Bei kleineren Baustellen werden oft keine Offerten erstellt. Selbst wenn eine Offerte erstellt wurde, ist es bei kleinen Baustellen unwahrscheinlich, dass bei der Offertstellung die konkrete Wettbewerbslage vor Ort sorgfältig untersucht und bei der Preissetzung berücksichtigt wurde.[506]

536. Bei einigen Baustellen entspricht der Netto-Werkpreis dem Listenpreis. Dabei handelt es sich vorwiegend um kleine Baustellen. Für diese werden zum Teil keine Offerten erstellt.[507] Ausserdem gibt es Baustellen, bei welchen der Netto-Werkpreis sogar höher ist als der Listenpreis. Das lässt sich dadurch erklären, dass Nicht-Baumeister einen Zuschlag auf den Listenpreis für Baumeister bezahlen. Die entsprechenden Preise werden aufgrund der Art des Kunden unterschiedlich festgelegt und lassen sich deshalb nicht mit den für Baumeister geltenden Preisen vergleichen. Deshalb werden sämtliche Baustellen von der Untersuchung ausgeschlossen, bei welchen der Netto-Werkpreis dem Listenpreis entspricht oder sogar über dem Listenpreis liegt.[508]

[505] Dazu werden zusätzlich auch noch andere Tests durchgeführt, die in Rz 587-593 diskutiert werden.

[506] Die Alluvia-Gruppe hat Listen der laufenden Offerten eingereicht (Act. VIII.A.5.b). Darin ist jeweils die Anzahl Kubikmeter Beton/Mörtel angegeben, die Gegenstand der aufgelisteten Offerten sind. Die kleinste Menge, für welche eine Offerte erstellt wurde, ist [5–10] m^3.

[507] Gemäss Auskunft von [F._____] wird manchmal keine Offerte erstellt, wenn kleine Mengen durch den Kunden selber abgeholt werden (Act. VIII.A.49, Rz 164–166).

[508] In Einzelfällen ist der Zuschlag auf den Listenpreis grösser als der Zuschlag für Nichtbaumeister. Dabei handelt es sich wahrscheinlich um Fehler in den eingereichten Lieferscheindaten. Durch den Ausschluss aller Baustellen, bei welchen der Netto-Werkpreis höher als der Listenpreis ist, fliessen diese Beobachtungen nicht in die Untersuchung ein.

b. Messung des Netto-Werkpreises (abhängige Variable)

537. Als nächstes wird dargelegt, wie das Sekretariat den Netto-Werkpreis auf Ebene Baustelle mass. Am einfachsten wäre es gewesen, den durchschnittlichen Preis pro Kubikmeter Beton zu erfassen. Da nicht alle Betonsorten gleich teuer sind und nicht alle Baustellen mit den gleichen Sorten beliefert werden, wäre eine solche Messung nicht zuverlässig: Bei Baustellen, die mit relativ teuren Sorten beliefert werden, würde man so den Preis überschätzen.

538. Deshalb untersuchte das Sekretariat in einem ersten Schritt nur die Netto-Werkpreise der jeweils fünf meistgelieferten Betonsorten separat. Die meistgelieferten Sorten werden im Gegensatz zu den übrigen Sorten an einen Grossteil der Baustellen geliefert, so dass die entsprechenden Preise für viele verschiedene Baustellen beobachtet werden können.

539. Die meistgelieferten Sorten ermittelte das Sekretariat anhand der im Zeitraum 2007–2013 insgesamt gelieferten Mengen. In Tabelle 15 sind die fünf meistgelieferten Sorten der Werke Oberwangen, Bern-Betlehem, Worblaufen und Hindelbank (KTB-Werke der Alluvia-Gruppe) aufgelistet. Die angegebenen Durchschnittspreise sind Durchschnitte pro geliefertem Kubikmeter. In der linken Spalte ist die in den Lieferscheindaten enthaltene Artikelnummer angegeben.[509] Tabelle 16 enthält die gleichen Angaben für die Frischbeton AG Rubigen.

Tabelle 15: Meistgelieferte Betonsorten 2007–2013, KTB-Werke der Alluvia-Gruppe

Artikelnummer	Bezeichnung	Anteil an Gesamtmenge	Netto-Werkpreis (Fr. pro m³, Ø)
[…]	[Sorte 1]	[…] %	[…]
[…]	[Sorte 2]	[…] %	[…]
[…]	[Sorte 3]	[…] %	[…]
[…]	[Sorte 4]	[…] %	[…]
[…]	[Sorte 5]	[…] %	[…]
Total		[>30] %	

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

Tabelle 16: Meistgelieferte Betonsorten 2007–2013, Frischbeton AG Rubigen

Artikelnummer	Bezeichnung	Anteil an Gesamtmenge	Netto-Werkpreis (Fr. pro m³, Ø)
[…]	[Sorte 1]	[…] %	[…]
[…]	[Sorte 2]	[…] %	[…]
[…]	[Sorte 3]	[…] %	[…]
[…]	[Sorte 4]	[…] %	[…]
[…]	[Sorte 5]	[…] %	[…]
Total		[>40] %	

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

540. Mit Ausnahme der jeweils an fünfter Stelle stehenden Sorte handelt es sich bei den meistgelieferten Sorten ausschliesslich um normierte Konstruktionsbetonsorten. Die Einhaltung der sortenspezifischen Eigenschaften wird von einer unabhängigen Stelle überprüft. Deshalb gibt es keine relevanten Qualitätsunterschiede zwischen verschiedenen Lieferungen.[510] Auch bei den beiden anderen Betonsorten ist es unwahrscheinlich, dass es zwischen verschiedenen Lieferungen grosse Qualitätsunterschiede gibt. Alle Lieferungen werden von den gleichen Unternehmen unter dem gleichen Sortennamen verkauft.

541. Zusätzlich hat die Beschränkung auf die wichtigsten Sorten den Vorteil, dass alle Werke der Region diese Sorten tatsächlich im Angebot haben. Manche Spezialsorten – insbesondere Recycling Beton – werden nicht von allen Werken verkauft. Wenn aber das nächste Alternativwerk eine von einer Bauunternehmung benötigte Sorte gar nicht anbietet, reagieren die Preise möglicherweise nicht auf die Nähe des Alternativwerks. Wenn

[509] Die Sorten wurden untereinander anhand der Artikelnummer und nicht anhand der ebenfalls in den Daten enthaltenen Bezeichnung abgegrenzt. Teilweise sind unter der gleichen Artikelnummer (leicht) unterschiedliche Bezeichnungen eingetragen. Für die in Tabelle 15 und Tabelle 16 dargestellten Zahlen wurden nur Betonlieferungen an Baustellen herangezogen, die für die vorliegende Auswertung verwendet wurden. Baustellen, die wegen mangelnder Grösse oder zu grosser Entfernung zum Lieferwerk ausgeschlossen wurden (vgl. Rz 533 ff), wurden nicht berücksichtigt.

[510] [I._____] (Act. III.3., Rz 142–143), [H._____] (Act. III.2., Rz 136–137), [E._____] (Act. VIII.B.46, Rz 178–182), [F._____] (Act. VIII.A.49, Rz 271–283).

hingegen die Preise für alle Sorten gemeinsam festgelegt werden und die Wettbewerbssituation nicht für jede Sorte einzeln beurteilt wird, spielt es diesbezüglich keine Rolle, welche Sorten näher untersucht werden. Da die vier wichtigsten Sorten der beiden Parteien gängige normierte Konstruktionsbetonsorten sind, sind also vor allem diese von Interesse. Die Ergebnisse für die jeweils fünftwichtigste Sorte unterscheiden sich allerdings kaum von denjenigen der vier meistgelieferten Sorten und werden der Vollständigkeit halber ebenfalls dargestellt.

542. In einer zusätzlichen Analyse wird statt der Netto-Werkpreise einzelner Sorten der durchschnittliche Rabatt aller an die gleiche Baustellenadresse gelieferten Sorten verwendet. Das hat den Vorteil, dass dadurch sämtliche Betonsorten übersichtlich erfasst werden können – auch diejenigen, die nur an wenige Baustellen geliefert werden. Sie hat den gerade eben angesprochenen Nachteil, dass manche Sorten nicht von allen Werken der Region angeboten werden. Ausserdem reflektieren die Listenpreise möglicherweise bereits die Wettbewerbsverhältnisse im Liefergebiet der verschiedenen Werke (insbesondere auch die räumliche Nähe von Konkurrenzwerken).

c. Messung der Fahrzeit Baustelle – nächstes Alternativwerk (unabhängige Variable)

543. Untersucht werden soll der Zusammenhang zwischen Netto-Werkpreis und der Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk (kurz «Fahrzeit). Deshalb wird als nächstes erläutert, wie diese Fahrzeit gemessen wurde.

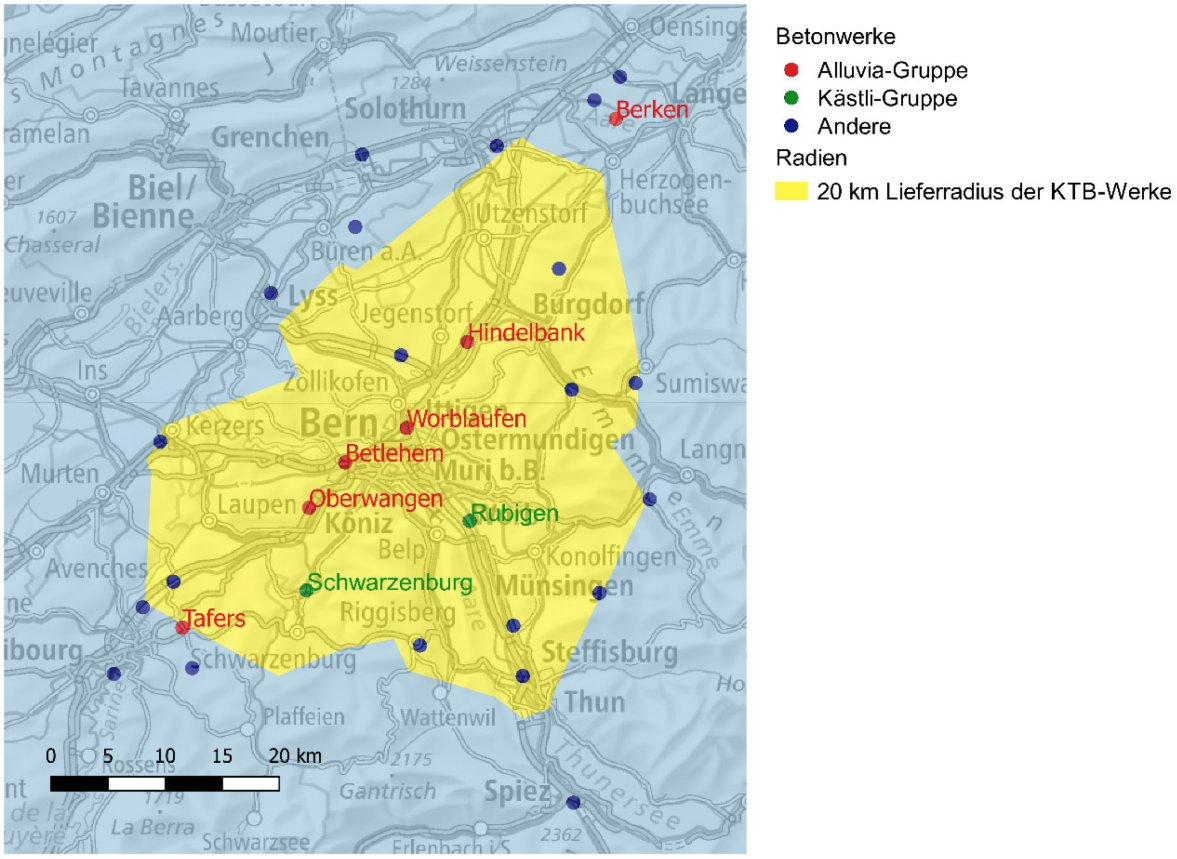
544. Als Erstes erfasste das Sekretariat die Adressen und Koordinaten aller Betonwerke, die als nächstes Alternativwerk für eine von den KTB-Werken belieferte Baustelle in Frage kommen. Wie bereits erwähnt, wurden nur Baustellen berücksichtigt, die innerhalb von 20 Minuten von einem der KTB angeschlossenen Werk erreicht werden können. Um die nächstgelegenen Alternativwerke zu erfassen, wurden alle Hersteller von Transportbeton im Umkreis von 30 Minuten Fahrzeit sowie alle Werke im Umkreis von 30 Kilometern Fahrdistanz ab einem KTB-Werk erfasst.[511] Dazu verwendete das Sekretariat das online-Branchenverzeichnis «Wer Liefert Was».[512] Es wertete auch die Aussagen der Parteien und der Nachfrageseite sowie Angaben des Kantons Bern zu den im Kanton tätigen Transportbetonwerken aus, um möglichst alle relevanten Alternativwerke zu erfassen. Eine Tabelle mit den Adressen aller erfassten Betonwerke einschliesslich der Koordinaten ist in Akte VII.36, Kapitel B.4.2, enthalten.

545. Das Sekretariat berechnete die Fahrzeiten zwischen den in Abbildung 19 eingetragenen Werken und den in den Lieferscheindaten aufgeführten Baustellen, wie in Abschnitt B.4.4.3 beschrieben, auf Ebene Postleitzahl.

[511] Insbesondere bei Baustellen, die maximal weit vom Lieferwerk entfernt sind (20 Fahrminuten), wäre es theoretisch möglich, dass das nächste Alternativwerk mehr als 30 Fahrminuten vom Lieferwerk entfernt ist. Dieser Fall tritt aber nur dann auf, wenn es eine «Lücke» In Bezug auf die geografische Anordnung der Alternativwerke gibt. Da in allen Fahrtrichtungen relativ nah gelegene Alternativwerke stehen (vgl. Abbildung 19 – es handelt sich um die bereits in der Marktbeschreibung enthaltene Abbildung 10), reicht ein Radius von 30 Fahrminuten bzw. Fahrkilometern aus, um das jeweils nächste Alternativwerk für alle in die Auswertung einfliessenden Baustellen identifizieren zu können.

[512] <www.wlw.ch> (4.5.2018).

Abbildung 19: Wettbewerbssituation Beton



Quelle: Act. VI.5.a, Antworten auf Frage 26 (22-0440), eigene Recherchen, Swisstopo (Kartenmaterial)

d. Kontrollvariablen

546. Obwohl nur der Einfluss der Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk auf den Netto-Werkpreis von Interesse ist, kann dieser Zusammenhang nicht losgelöst von anderen Einflussfaktoren untersucht werden. Weshalb dem so ist, wird in Abschnitt (i) diskutiert. Anschliessend wird dargelegt, wofür «kontrolliert» werden muss und wie die verwendeten «Kontrollvariablen» gemessen wurden (ii).

i. Weshalb Kontrollvariablen?

547. Ausser der Fahrzeit zwischen der Baustelle und dem nächsten Alternativwerk beeinflussen auch die Baustellengrösse, die Produktionskosten sowie die erwartete Auslastung den Netto-Werkpreis. Wenn diese Faktoren mit der Fahrzeit korreliert sind, kann der Zusammenhang zwischen Fahrzeit und Netto-Werkpreis nur unter Berücksichtigung dieser zusätzlichen Faktoren zuverlässig gemessen werden.[513]

548. Die Notwendigkeit der Berücksichtigung von Kontrollvariablen wird beispielhaft anhand der Baustellengrösse aufgezeigt: Grössere Baustellen können in der Regel einen besseren Betonpreis aushandeln als kleinere Baustellen. Ausserdem sind die Baustellen auf dem Land in der Regel kleiner als in städtischen Gebieten. Wenn die Dichte der Betonwerke auf dem Land geringer ist als in städtischen Gebieten, ist die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk auf dem Land länger als in städtischen Gebieten. Wenn man nun beobachtet, dass die Netto-Werkpreise auf dem Land höher sind als in städtischen Gebieten, kann das an den längeren Fahrzeiten zu den Alternativwerken oder an der geringeren Baustellengrösse liegen.

549. Um den Einfluss der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis zuverlässig und unter Berücksichtigung anderer Einflussgrössen messen zu können, führte das Sekretariat deshalb eine Regressionsanalyse durch. Dabei ermittelte es gleichzeitig den Einfluss mehrerer Faktoren (also z.B. Fahrzeit und Baustellengrösse) auf den Netto-Werkpreis. Da hier nur der Einfluss der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis von Interesse ist, werden die anderen Faktoren (also z.B. die Baustellengrösse) als «Kontrollvariablen» bezeichnet. Ihre Funktion besteht lediglich darin, die Zuverlässigkeit der Messung des Einflusses der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis sicherzustellen. Die Kontrollvariablen werden wie die Fahrzeit ebenfalls als «unabhängige Variablen» bezeichnet, da sie ebenfalls die «abhängige Variable» (Netto-Werkpreis) beeinflussen.

[513] Zur Notwendigkeit von Kontrollvariablen vergleiche zum Beispiel JEFFREY M. WOOLDRIDGE, Introductory Econometrics: A Modern Approach, 2000, Kapitel 1.

ii. Messung der Kontrollvariablen

550. Als nächstes wird dargelegt, welche Faktoren das Sekretariat neben der Fahrzeit zum nächsten Alternativwerk in die Untersuchung einschloss. Eine dieser Kontrollvariablen ist, wie bereits angesprochen, die Baustellengrösse. Diese wird anhand der an die Baustellenadresse gelieferten Anzahl Kubikmeter Beton gemessen.

551. Auch die Produktionskosten beeinflussen den Netto-Werkpreis. Allerdings sind diese bei allen KTB-Werken und damit auch für alle belieferten Baustellen vergleichbar (dazu Rz 148 ff.). Lediglich das Werk Worblaufen weist möglicherweise etwas höhere Produktionskosten auf, da sich vor Ort kein Kieswerk befindet. In Akte VII.36, Kapitel C.2.1, wird untersucht, ob dieser Umstand die Resultate beeinflusst. Das ist nicht der Fall.

552. Obwohl alle Werke vergleichbare Produktionskosten aufweisen, verändern sich diese möglicherweise im Verlauf des Zeitraums 2007–2013: Zum Beispiel sind die Preise der für die Betonherstellung benötigten Ausgangsstoffe (Energie, Zusatzmittel etc.) gewissen Schwankungen unterworfen. Damit die Ergebnisse dadurch nicht verfälscht werden, fügte das Sekretariat für jedes Jahr eine sogenannte «dummy Variable» hinzu. Dadurch können Veränderungen der Netto-Preise, die jährlich stattfinden und alle Baustellen unabhängig von ihrer Lage gleichermassen betreffen, erfasst werden. So kann sichergestellt werden, dass jährliche Preisveränderungen die Messung des Effekts der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis nicht beeinträchtigen.

553. Schliesslich kann die erwartete Auslastung des Lieferwerks den Netto-Werkpreis beeinflussen. Diese kann nicht gemessen werden. Es ist nicht bekannt, zu welchem Zeitpunkt die Preise festgelegt wurden. Auch in Bezug auf die Erwartungen der Betonwerke betreffend die Auslastung zum Zeitpunkt der Lieferung liegen keine Informationen vor. Deshalb kann der Einfluss dieses Faktors in den Berechnungen nicht erfasst werden.

554. Aus diesen Gründen zog das Sekretariat bei der Bemessung des Einflusses der Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk auf den Netto-Werkpreis die Baustellengrösse sowie das Jahr, in welchem die Lieferung stattfand, als Kontrollvariablen heran. Diese Messung wurde separat für die fünf meistgelieferten Betonsorten sowie für den Rabatt auf den Listenpreis für alle Betonsorten gemeinsam durchgeführt. Ausserdem wurden diese Messungen separat für die von der Alluvia-Gruppe und die von der Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten vorgenommen. Unterschieden wurde ausserdem zwischen Baustellen, bei welchen das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk ist, und solchen, bei welchen das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist.

e. Spezifikation der Regressionsgleichung und Schätzmethode

555. Nachdem sowohl die abhängige Variable (Netto-Werkpreis) als auch die beiden unabhängigen Variablen (Fahrzeit und Baustellengrösse) identifiziert wurden, muss als nächstes der genaue Zusammenhang zwischen diesen Variablen definiert werden. Dieser ist in Gleichung 1 angegeben. Die darin verwendeten Bezeichnungen entsprechen den Namen der Variablen, die in den beigelegten Datensätzen verwendet werden. In Tabelle 17 wird definiert, was die verschiedenen Variablen genau messen.[514]

Gleichung 1: Regressionsgleichung

$$preis = konstante + \alpha \cdot minuten + \beta \cdot bmenge + \gamma \cdot bmenge2 + \varepsilon$$

Tabelle 17: Definition der verwendeten Variablen

Zu erklärende Grösse («Abhängige Variable»)	
Name der Variable	**Beschreibung**
preis	Netto-Werkpreis
Einflussfaktoren («Unabhängige Variablen»)	
Name der Variable	**Beschreibung**
minuten	Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk, gemessen in Minuten
bmenge	Insgesamt an die Baustellenadresse gelieferte Menge Beton, gemessen in 1000 Kubikmetern
bmenge2	Quadrierte Baustellengrösse (bmenge^2)

556. Ausser der Fahrzeit zum nächsten Alternativwerk («minuten») und der Baustellengrösse («bmenge») enthält Gleichung 1 eine zusätzliche Variable: «bmenge2». Dabei handelt es sich um die quadrierte Baustellengrösse. Diese Variable wird eingeschlossen, weil der Mengenrabatt nicht linear ist. Ab einer gewissen Baustellengrösse nimmt der zusätzlich gewährte Mengenrabatt pro Kubikmeter ab. Dem kann Rechnung getragen werden,

[514] Bei manchen Berechnungen ist statt des Netto-Werkpreises der Rabatt auf den Listenpreis die abhängige Variable. Bei diesen Berechnungen wird ebenfalls die in Gleichung 1 angegebene Regressionsgleichung verwendet, ausser dass als abhängige Variable «rabatt» statt «preis» eingesetzt wird.

indem zusätzlich die quadrierte Baustellengrösse eingeschlossen wird.[515]

557. Im Gegensatz dazu führt eine längere Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk («minuten») zu proportional höheren Transportkosten und damit auch zu proportional höheren Offerten der Konkurrenten. Deshalb ist es bei dieser Variable nicht erforderlich, zusätzlich das Quadrat in die Schätzgleichung aufzunehmen.

558. Wie erwähnt, wird zusätzlich für Veränderungen der Inputpreise kontrolliert, indem für jedes Jahr ein unterschiedlicher Wert für die Konstante berechnet wird. Die dazu verwendeten dummy-Variablen sind im Interesse der Übersichtlichkeit weder in Gleichung 1 noch in Tabelle 17 aufgeführt. Auch bei der nachfolgenden Darstellung der Resultate werden die entsprechenden Werte nicht separat ausgewiesen, da diese für die vorliegende Untersuchung nicht relevant sind.

559. Zusätzlich zu den drei Variablen «minuten», «bmenge» und «bmenge2» und dem Jahr, in welchem der Beton ausgeliefert wird, beeinflussen auch anderen Faktoren den Netto-Werkpreis. Wie erwähnt, wird zum Beispiel nicht für den Einfluss der erwarteten Werkauslastung kontrolliert. Andere Faktoren wie zum Beispiel die Identität der an der Preisverhandlung teilnehmenden Personen werden ebenfalls nicht erfasst. Diese Elemente werden in einem Fehlerterm («*ε*») zusammengefasst.

560. Jeder der drei unabhängigen Variablen «minuten», «bmenge» und «bmenge2» ist ein sogenannter Parameter zugeordnet (*α, β, γ*). Diese messen den Einfluss der unabhängigen Variablen auf die abhängige Variable (den Netto-Werkpreis). Zusätzlich wird eine Konstante berechnet. Dabei handelt es sich ebenfalls um einen Parameter.

561. Für die Berechnungen der Parameter wird die Methode der kleinsten Quadrate (OLS) verwendet. Diese hat zahlreiche gute Eigenschaften und ist deshalb eine der in der Wissenschaft am weitesten verbreiteten Methoden.[516] Die Hypothesen 1 und 2 wurden zusätzlich auch mit anderen Methoden getestet (die entsprechenden Resultate werden in Akte VII.36, Kapitel C, diskutiert). Weil die Ergebnisse im Wesentlichen unverändert bleiben, werden an dieser Stelle lediglich die Ergebnisse der einfachsten und gebräuchlichsten Methode (also OLS) besprochen.

3. Darstellung und Interpretation der Resultate

562. Nachdem geklärt wurde, anhand welchen Modells Hypothese 1 und Hypothese 2 getestet wurden, können nun die verwendeten Tests sowie die entsprechenden Resultate genauer diskutiert werden. Dazu wird zunächst anhand eines Lesebeispiels dargelegt, wie die berechneten Parameter zu interpretieren sind (a). Anschliessend wird erläutert, nach welchen Kriterien entschieden wird, ob eine Variable einen «signifikanten» Einfluss hat (b). Schliesslich werden die zum Test von Hypothese 1 und Hypothese 2 angestellten Berechnungen diskutiert (c und d). In den Abschnitten (e) und (f) wird dargelegt, dass die Resultate dieser Tests robust sind.

a. Darstellung und Interpretation der berechneten Parameter

563. Die Darstellung und Würdigung der Resultate wird im Folgenden anhand von Tabelle 18 erläutert. Diese befindet sich auf S. 146 und zeigt die Resultate für die Daten der Alluvia-Gruppe für Baustellen, bei welchen das nächste Alternativwerk die Frischbeton AG Rubigen (= Kooperationswerk) ist. Es handelt sich um sechs separate Regressionen, eine für jede der fünf meistgelieferten Betonsorten sowie eine weitere für den Rabatt auf den Listenpreis aller Betonsorten.

564. Die erste Zeile der Tabelle gibt an, für welche Sorte die Berechnungen durchgeführt wurden. In der ersten Spalte finden sich zum Beispiel die Resultate für die Sorte «[Sorte 1]». In der zweiten Zeile ist die zu erklärende Grösse («abhängige Variable», hier der Netto-Werkpreis bzw. der Rabatt) angegeben. In den folgenden Zeilen sind jeweils zwei Zahlen für jeden der vier berechneten Parameter (*α, β, γ,konstante*) enthalten. Statt der Namen dieser Parameter ist in der Spalte links aussen jeweils der Name der unabhängigen Variable angegeben, deren Effekt die entsprechenden Parameter messen. In der Regression für die Sorte «[Sorte 1]» gibt es also zum Beispiel zwei Zahlen, die sich auf den Parameter *α* beziehen: 0,0258 und (0,18). Die obere Zahl entspricht dem berechneten Wert dieses Parameters. Die Zahl in Klammern ist ein Mass – die sogenannte t-Statistik – anhand dessen beurteilt werden kann, ob der Parameterwert signifikant von null abweicht (dazu hinten Rz 570 ff.).

565. Wenn man zum Beispiel die berechneten Parameterwerte für die Sorte «[Sorte 1]» aus Tabelle 18 in die Schätzgleichung einsetzt, ergibt sich das folgende Bild:

Gleichung 2: Schätzgleichung mit Parameterwerten für Sorte «[Sorte 1]»

$$preis = 136{,}5 + 0{,}0258 \cdot minuten - 1{,}847 \cdot bmenge + 0{,}0327 \cdot bmenge2 + \varepsilon$$

566. Diese Gleichung kann folgendermassen interpretiert werden: Wenn eine Baustelle direkt neben dem Werk Rubigen liegt (minuten = 0) und eine minimale Grösse aufweist (bmenge=0), dann ist der Erwartungswert des Netto-Werkpreises Fr. 136.50. Das ist der Wert der «Konstante». Wenn sich die Fahrzeit um eine Minute verlängert, steigt dadurch der Werkpreis um rund drei Rappen (Fr. 0.0258).

[515] Für sehr grosse und sehr kleine Baustellen ist die Berechnung des Mengenrabatts nicht zuverlässig. Die Berechnung des Effekts der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis wird dadurch aber nicht beeinträchtigt. Nähere Ausführungen dazu befinden sich in Akte VII.36, Kapitel C.1.1.

[516] Vgl. z.B. RUSSELL DAVIDSON /JAMES G. MACKINNON, Econometric Theory and Methods, New York: Oxford University Press, 2004.

567. Der Effekt der Baustellengrösse auf den Preis ist etwas komplizierter zu berechnen, da dieser durch die beiden Parameter *β* und *γ* gemessen wird. Nehmen wir zum Beispiel an, dass eine Baustelle 1000 m³ Beton bezieht («bmenge» = 1). In diesem Fall reduziert sich der Werkpreis im Vergleich zu einer Baustelle mit minimaler Grösse («bmenge» = 0) um Fr. 1.81. Das entspricht dem Parameter *β*=-1,847 zuzüglich *γ*=0,0327. Wenn die Baustelle stattdessen 2000 m³ Beton bezieht («bmenge» = 2) reduziert sich der Netto-Werkpreis pro Kubikmeter um Fr. 3.56.

568. In der zweituntersten Zeile von Tabelle 18 ist die Anzahl der Baustellen angegeben, für welche Daten vorliegen. 2007–2013 haben die der KTB angeschlossenen Werke der Alluvia-Gruppe zum Beispiel die Sorte «[Sorte 1]» an 380 Baustellen geliefert, die insgesamt mindestens […] m³ Beton bezogen haben und bei welchen der Netto-Werkpreis tiefer als der Listenpreis war. Schliesslich ist in der untersten Zeile der Vollständigkeit halber ein Bestimmtheitsmass angegeben («adjusted R^2), welches für die vorliegende Untersuchung nur von beschränktem Interesse ist.

569. Relevant ist in erster Linie der für den Parameter α berechnete Wert. Dieser gibt an, wie sich die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk auf den Netto-Werkpreis auswirkt. Bei ungehindertem Wettbewerb wäre zu erwarten, dass α einen signifikant positiven Wert annimmt (Hypothese 2 kann abgelehnt werden). Wenn hingegen eine Koordination der Liefergebiete vorliegt, hat die Fahrzeit keinen Einfluss auf den Betonpreis. In diesem Fall ist zu erwarten, dass der berechnete Wert für α nicht signifikant von null abweicht (Hypothese 1 kann nicht abgelehnt werden).

b. Statistische Signifikanz

570. Als nächstes wird diskutiert, wie entschieden wird, ob die Fahrzeit einen «signifikanten» Einfluss auf den Netto-Werkpreis hat. Zu diesem Zweck wird berechnet, wie zuverlässig der Parameter α gemessen werden kann. Die zweite für jeden Parameter angegebene Zahl (in Klammern) kann dazu verwendet werden. Es handelt sich um die für den sogenannten «t-Test» verwendete Teststatistik. Anhand dieser Teststatistik kann die Irrtumswahrscheinlichkeit berechnet werden: Diese entspricht der Wahrscheinlichkeit, dass eine Hypothese abgelehnt wird, obwohl sie wahr ist. In den Sozialwissenschaften wird eine Hypothese in der Regel abgelehnt, wenn die Irrtumswahrscheinlichkeit kleiner als 5 % ist.[517]

571. Betrachten wir nun wieder die erste Spalte in Tabelle 18. Die zu testende Hypothese (Hypothese 1) besagt, dass α gleich null ist. Die t-Teststatistik für den Parameter α ist 0,18. Das bedeutet, dass Hypothese 1 nicht mit einer Irrtumswahrscheinlichkeit kleiner als 5 % abgelehnt werden kann. Hypothese 1 kann also in diesem Fall nicht verworfen werden. Für jeden Parameter ist anhand der Anzahl Sterne erkennbar, ob der Parameter sich signifikant von null unterscheidet. Ein Stern bedeutet, dass die Nullhypothese, dass der Parameter gleich null ist, mit einer Irrtumswahrscheinlichkeit von weniger als 5 % abgelehnt werden kann. Zwei Sterne bedeuten, dass die entsprechende Irrtumswahrscheinlichkeit kleiner als 1 % ist, bei drei Sternen ist sie sogar kleiner als 0,1 %. Ob die für den t-Test und die verwendete Schätzmethode erforderlichen Annahmen erfüllt sind, wird im Akte VII.36, Kapitel C, ausführlich diskutiert.

c. Test von Hypothese 1

572. Als nächstes werden die Resultate der Berechnungen diskutiert. Dabei werden als erstes die Tests von Hypothese 1 betrachtet. Hypothese 1 besagt, dass der Netto-Werkpreis nicht auf die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk reagiert, wenn das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist. Im Rahmen des vorgestellten Modells entspricht das der Hypothese, dass der Parameter α gleich null ist. Ist der für den Parameter *α* geschätzte Wert stattdessen signifikant positiv, ist das ein Indiz für ungehinderten Wettbewerb.

573. Hypothese 1 wird wie erwähnt anhand der fünf meistgelieferten Betonsorten sowie anhand des Rabatts auf den Listenpreis getestet. Ausserdem wird der Test separat mit den Daten der Alluvia- und der Kästli-Gruppe durchgeführt. Insgesamt handelt es sich also um 12 Tests. Tabelle 18 enthält die 6 Tests von Hypothese 1, die anhand der Daten der Alluvia-Gruppe durchgeführt wurden.

574. Daraus geht hervor, dass Hypothese 1 für keine der fünf meistgelieferten Betonsorten verworfen werden kann. Auch wenn statt des Einflusses der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis einzelner Betonsorten der Einfluss auf den Rabatt getestet wird (Spalte ganz rechts in Tabelle 18), kann Hypothese 1 nicht verworfen werden. Die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk hat nie einen auch nur annähernd signifikanten Effekt auf den Netto-Werkpreis oder auf den Rabatt. Dabei ist zu beachten, dass das Vorzeichen des Parameters *α* beim letzten Test ganz rechts in Tabelle 18 unterschiedlich zu interpretieren ist als bei den Tests für die einzelnen Betonsorten: *α* hat ein negatives Vorzeichen. Das bedeutet, dass der Rabatt mit zunehmender Fahrzeit sinkt. Der Preis steigt also mit zunehmender Fahrzeit zwischen Baustelle und der Frischbeton AG Rubigen. Genauso wie bei den einzelnen Sorten ist dieser Effekt aber nicht signifikant.

575. Im Gegensatz zur Fahrzeit hat die Baustellengrösse einen sehr robusten und plausiblen Effekt auf den Netto-Werkpreis oder den Rabatt. Der für den Parameter β berechnete Wert hat in allen 6 Tests immer das gleiche Vorzeichen und ist immer signifikant.[518] Auch der für den Parameter γ berechnete Wert hat immer das gleiche Vorzeichen, ist aber bei zwei Sorten nicht signifikant. Die Anzahl Beobachtungen (N) ist umso grösser, je mehr Baustellen mit der entsprechenden Sorte beliefert wurden. Wenn statt des Netto-Werkpreises einzelner Sorten der Rabatt auf den Listenpreis verwendet wird, können

[517] Weitere Ausführungen zu Hypothesentests im linearen Regressionsmodell finden sich zum Beispiel in RUSSEL DAVIDSON/JAMES G. MACKINNON, Econometric Theory and Methods, 2004, Kapitel 4. In allen der folgenden Auswertungen wird immer ein zweiseitiger t-Test verwendet.

[518] Dabei ist wiederum zu beachten, dass das Vorzeichen für den letzten Test genau umgekehrt zu interpretieren ist, da dort als abhängige Variable der Rabatt statt des Netto-Werkpreises verwendet wurde.

alle Baustellen erfasst werden – unabhängig davon, mit welchen Sorten diese beliefert wurden. Deshalb ist die Anzahl der Beobachtungen in der Spalte ganz rechts in Tabelle 18 am grössten.

Tabelle 18: Alluvia-Daten, Alternativwerk = Kooperationswerk (Test von Hypothese 1)

	[Sorte 1]	[Sorte 2]	[Sorte 3]	[Sorte 4]	[Sorte 5]	(Alle Sorten)
	preis	preis	preis	preis	preis	rabatt
minuten	0,0258	-0,177	-0,0148	-0,149	0,0758	-0,0607
	(0,18)	(-0,61)	(-0,06)	(-0,79)	(0,57)	(-1,07)
bmenge	-1,847***	-1,106*	-1,977***	-1,265**	-2,549***	1,871***
	(-6,47)	(-2,54)	(-6,59)	(-2,69)	(-9,42)	(12,08)
bmenge2	0,0327**	0,0122	0,0342***	0,0128	0,0678***	-0,0439***
	(3,27)	(0,90)	(3,60)	(0,52)	(7,65)	(-7,86)
konstante	136,5***	138,8***	142,6***	151,8***	123,5***	7,721***
	(56,19)	(28,27)	(35,94)	(49,18)	(59,35)	(8,45)
N	380	136	142	203	367	848
adj. R^2	0,185	0,164	0,383	0,186	0,225	0,251

t Statistik in Klammern
** p < 0,05, ** p < 0,01, *** p < 0,001*

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

576. Die gleichen sechs Tests wurden auch anhand der von der Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten durchgeführt. Die entsprechenden Resultate sind in Tabelle 19 dargestellt. Hypothese 1 kann für eine Sorte ([Sorte 3]) sowie für den Rabatt auf den Listenpreis abgelehnt werden. Im Gegensatz dazu ist der Einfluss der Baustellengrösse auf den Netto-Werkpreis immer hoch signifikant.

577. Anders als bei den von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten liegen für die von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten nur für die wichtigsten Betonsorten Listenpreise vor und in elektronischer Form nur für die Jahre 2010–2013. Deshalb ist die Anzahl der Beobachtungen für den ganz rechts in Tabelle 19 dargestellten Test sogar kleiner als bei einigen der meistgelieferten Betonsorten. Ausserdem ist die Berechnung der Variable «rabatt» anhand der von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten im Gegensatz zu den Alluvia-Daten nur annäherungsweise möglich: Der zum Zeitpunkt der Preissetzung relevante Listenpreis ist unbekannt. Stattdessen wird der zum Zeitpunkt der Lieferung gültige Listenpreis verwendet. Bei den Alluvia-Daten ist bei allen Lieferungen der zum Zeitpunkt der Preissetzung relevante Listenpreis eingetragen.

578. Da bei zwei der sechs anhand der Lieferscheindaten der Kästli-Gruppe durchgeführten Tests Hypothese 1 abgelehnt werden kann, ergibt sich hier ein weniger klares Bild als bei der Auswertung der Daten der Alluvia-Gruppe. Hier kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Netto-Werkpreise der Kästli-Gruppe auf die Nähe der Werke der Alluvia-Gruppe reagieren. Falls es einen solchen Effekt gibt, ist er zu unbedeutend, um zuverlässig gemessen werden zu können. Da ausserdem die Daten der Kästli-Gruppe mit gewissen Fehlern behaftet sind (vgl. Rz 492 ff), erlauben die in Tabelle 19 dargestellten Resultate allein keine zuverlässigen Rückschlüsse auf das Vorliegen einer allfälligen Abrede und müssen im Kontext anderer Auswertungen und Beweismittel beurteilt werden.

579. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Hypothese 1 weder anhand der von der Alluvia-Gruppe noch mit den durch die Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten klar verworfen werden kann.

Tabelle 19: Kästli-Daten, Alternativwerk = Kooperationswerk (Test von Hypothese 1)

	[Sorte 1]	[Sorte 2]	[Sorte 3]	[Sorte 4]	[Sorte 5]	(Alle Sorten)
	preis	preis	preis	preis	preis	rabatt
minuten	0.266	0.331	0.629*	0.0592	0.373	-0.447**
	(1.90)	(1.49)	(2.24)	(0.10)	(1.93)	(-3.05)
bmenge	-4.430***	-3.898***	-3.843***	-4.947**	-3.087***	2.209***
	(-8.29)	(-5.45)	(-4.41)	(-2.74)	(-4.90)	(4.19)
bmenge2	0.211***	0.168**	0.195**	0.244	0.131**	-0.0841*
	(5.05)	(3.12)	(2.82)	(1.85)	(2.79)	(-2.12)
konstante	134.1***	146.8***	134.9***	161.0***	98.66***	12.30***
	(77.71)	(52.89)	(40.16)	(20.80)	(39.82)	(6.77)
N	326	174	135	102	162	182
adj. R^2	0.359	0.356	0.373	0.234	0.390	0.267

t Statistik in Klammern
** p < 0,05, ** p < 0,01, *** p < 0,001*

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

d. Test von Hypothese 2

580. Die Ergebnisse der Tests von Hypothese 1 sind vor allem in Verbindung mit den Ergebnissen der Tests von Hypothese 2 aussagekräftig. Dabei wird getestet, ob die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk die Netto-Werkpreise bzw. den Rabatt beeinflusst, wenn das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk ist. Dazu wurden die gleichen Tests verwendet, die zur Überprüfung von Hypothese 1 eingesetzt wurden. Der einzige Unterschied besteht darin, dass ausschliesslich Baustellen betrachtet wurden, bei welchen das nächste Alternativwerk ein Konkurrenz- statt ein Kooperationswerk ist. Falls Hypothese 2 verworfen werden kann, ist damit klar, dass die Fahrzeit bei ungehindertem Wettbewerb den Netto-Werkpreis beeinflusst. Weil ein solcher Einfluss im Kooperationsgebiet nicht vorhanden oder zu schwach ist, um zuverlässig gemessen werden zu können, wäre das ein Indiz für eine Koordination der Liefergebiete.

581. Die sechs anhand der Alluvia-Daten durchgeführten Tests sind in Tabelle 20 dargestellt. Daraus ist ersichtlich, dass die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk für jede der fünf meistgelieferten Sorten einen signifikanten Einfluss auf den Netto-Werkpreis hat: Je näher das nächste Alternativwerk, desto tiefer der Betonpreis. Auch wenn statt des Einflusses auf die Netto-Werkpreise einzelner Sorten der Einfluss auf den Rabatt gemessen wird, ergibt sich ein ähnliches Bild: Wiederum sinkt der Betonpreis signifikant mit der Nähe zum nächsten Alternativwerk.

582. Die Hypothese, dass der Parameter α sich nicht von null unterscheidet, kann in allen 6 Tests mit einer Irrtumswahrscheinlichkeit von weniger als 0,1 % verworfen werden. Offensichtlich hat also die Nähe des nächsten Alternativwerks bei ungehindertem Wettbewerb einen deutlichen und gut messbaren Einfluss auf den Netto-Werkpreis. Die Tatsache, dass sich kein solcher Effekt messen lässt, wenn das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist, lässt sich also nicht darauf zurückführen, dass im Allgemeinen kein solcher Effekt existiert. Der Effekt liegt nur dann nicht vor, wenn das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist.

583. Auch die Grössenordnung des Effekts der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis ist realistisch. Der für den Parameter α berechnete Wert liegt bei allen der fünf meistgelieferten Sorten zwischen 0,65 und 0,9. Das bedeutet, dass eine zusätzliche Minute Fahrzeit zum nächsten Alternativwerk den Preis pro Kubikmeter Beton um 65 bis 90 Rappen erhöht. Das entspricht ungefähr den Mehrkosten, wenn ein Kubikmeter Beton eine Minute länger transportiert werden muss[519] und damit den Mehrkosten der Konkurrenzwerke, wenn diese länger zur zu beliefernden Baustelle fahren müssen.

[519] Gemäss Auskunft der Alluvia-Gruppe kostet ein Fahrmischer mit 7 Kubikmeter Fassungsvermögen zwischen [130 und 160] Franken pro Stunde (Act. VIII.A.49, Rz 494). Folglich kostet der Transport eines Kubikmeters Beton bei vollausgelastetem Fahrzeug pro zusätzlicher Minute zwischen [31 und 38] Rappen. Da der Betonmischer wieder zurückfahren muss, ergeben sich Kosten pro Minute und Kubikmeter von [62–76] Rappen. Da die Fahrzeit für Personenwagen gemessen wurde und ein Betonmischer etwas langsamer unterwegs ist, entspricht der gemessene Wert also ziemlich genau den zusätzlichen Transportkosten.

584. Während die Fahrzeit nur dann einen klar messbaren Einfluss auf den Netto-Werkpreis hat, wenn das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk ist, bleibt der berechnete Einfluss der Baustellengrösse auf den Netto-Werkpreis im Wesentlichen unverändert: Die für die Parameter β und γ berechneten Werte unterscheiden sich nur geringfügig von den in Tabelle 18 dargestellten Berechnungen.

Tabelle 20: Alluvia-Daten, Alternativwerk=Konkurrenzwerk (Test von Hypothese 2)

	[Sorte 1]	[Sorte 2]	[Sorte 3]	[Sorte 4]	[Sorte 5]	(Alle Sorten)
	preis	preis	preis	preis	preis	rabatt
minuten	0.772***	0.736***	0.683***	0.897***	0.679***	-0.334***
	(12.17)	(7.65)	(5.86)	(7.88)	(8.69)	(-11.92)
bmenge	-2.793***	-2.238***	-2.536***	-2.172***	-2.909***	2.355***
	(-11.50)	(-6.81)	(-7.65)	(-6.71)	(-10.36)	(16.77)
bmenge2	0.1000***	0.0716***	0.0816***	0.0627**	0.120***	-0.0893***
	(6.47)	(3.45)	(4.32)	(3.30)	(7.39)	(-9.70)
konstante	121.9***	121.3***	127.6***	132.7***	111.0***	12.73***
	(130.55)	(98.08)	(72.13)	(79.50)	(96.94)	(31.44)
N	1251	626	407	514	910	2378
adj. R^2	0.275	0.260	0.293	0.300	0.221	0.235

t Statistik in Klammern
* p < 0,05, ** p < 0,01, *** p < 0,001

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

585. Das Sekretariat führte die gleichen sechs Tests auch anhand der von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten durch. Die entsprechenden Resultate sind in Tabelle 21 dargestellt. Die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk hat nie einen signifikanten Effekt auf den Netto-Werkpreis oder den Rabatt, Hypothese 2 kann also anhand der Kästli-Daten nicht verworfen werden. Dieser Befund ist aus den folgenden Gründen zu relativieren:

- Im Vergleich zu den anderen Tests liegen für diese sechs Tests weniger Beobachtungen vor. Das liegt daran, dass bei den allermeisten Baustellen, die von der Frischbeton AG Rubigen mit Beton beliefert werden, das nächste Alternativwerk zur Alluvia-Gruppe gehört.
- Eines der wichtigsten «Konkurrenzwerke» der Frischbeton AG Rubigen ist das Werk Oppligen der Kieswerk Daepp AG. Es ist bewiesen, dass es zwischen der Kästli-Gruppe und der Kieswerk Daepp AG eine Gebietsabrede gab, die möglicherweise auch während des Untersuchungszeitraums den Wettbewerb beeinträchtigte.[520] Deshalb eignet sich das Konkurrenzgebiet der Frischbeton AG Rubigen möglicherweise nicht als Vergleichsmassstab.

586. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Hypothese 2 anhand der Alluvia-Daten verworfen werden kann, anhand der Kästli-Daten hingegen nicht. Die Kästli-Daten sind aufgrund der geringen Anzahl Beobachtungen und der vorherrschenden Wettbewerbsverhältnisse nicht geeignet, um zu testen, ob der Effekt der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis zuverlässig gemessen werden kann.

[520] Vgl. Act. II.C.X.34 (22-0440) und Act. II.B.2 (22-0440).

Tabelle 21: Kästli-Daten, Alternativwerk = Konkurrenzwerk (Test von Hypothese 2)

	[Sorte 1]	[Sorte 2]	[Sorte 3]	[Sorte 4]	[Sorte 5]	(Alle Sorten)
	preis	preis	preis	preis	preis	rabatt
minuten	0.132	0.0953	0.314	0.124	0.751	-0.183
	(0.61)	(0.28)	(0.89)	(0.22)	(1.95)	(-1.24)
bmenge	-4.863***	-3.445**	-3.646**	-1.977	-3.272**	2.105***
	(-5.87)	(-2.90)	(-3.18)	(-1.15)	(-3.21)	(3.91)
bmenge2	0.175**	0.0984	0.100	-0.00967	0.108	-0.0376
	(3.17)	(1.35)	(1.34)	(-0.10)	(1.65)	(-1.02)
konstante	134.9***	147.7***	138.2***	154.1***	92.36***	8.333***
	(42.12)	(31.05)	(27.47)	(22.24)	(15.85)	(3.94)
N	157	78	70	33	64	109
adj. R^2	0.416	0.385	0.443	0.497	0.409	0.364

t Statistik in Klammern
* p < 0,05, ** p < 0,01, *** p < 0,001

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

e. Liegen für den Test von Hypothese 1 genügend Beobachtungen vor?

587. Die Tatsache, dass Hypothese 1 weder anhand der Alluvia- noch anhand der Kästli-Daten klar abgelehnt werden kann, ist ein starkes Indiz für eine Koordination der Liefergebiete oder der Preise zwischen den beiden Parteien. Hypothese 2 wurde getestet, um sicherzustellen, dass sich durchaus ein Effekt messen liesse, wenn der Wettbewerb denn funktionieren würde. Das ist tatsächlich der Fall, wie die in Tabelle 20 dargestellten Ergebnisse zeigen. Die Anzahl Beobachtungen, anhand welcher Hypothese 2 mittels der Alluvia-Daten getestet werden kann, ist gross. Es liegen insgesamt Angaben zu 2378 Baustellen vor, an 1251 davon wurde die wichtigste Sorte, [Sorte 1], geliefert. Im Vergleich dazu gibt es deutlich weniger Baustellen, bei welchen das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist (vgl. Tabelle 18): Deshalb können nur 848 Baustellen für den Test von Hypothese 1 verwendet werden, bei der meistgelieferten Sorte sind es nur 380. Für den Test von Hypothese 2 anhand der Alluvia-Daten liegen also rund dreimal so viele Beobachtungen vor wie für den Test von Hypothese 1. Für den Test von Hypothese 1 anhand der Kästli-Daten ist die Anzahl der Beobachtungen noch deutlich geringer (vgl. Tabelle 19): Die meistgelieferte Sorte wird nur an 326 Baustellen verkauft, bei welchen das nächste Alternativwerk zur Alluvia-Gruppe gehört.

588. Um sicherzustellen, dass Hypothese 1 tatsächlich aufgrund des fehlenden Wettbewerbs nicht verworfen werden kann, führte das Sekretariat zusätzliche Untersuchungen durch. Dadurch kann gewährleistet werden, dass die fehlende Signifikanz nicht auf eine zu geringe Anzahl Beobachtungen zurückgeführt werden kann. Das Sekretariat verwendete zu diesem Zweck die Daten der Baustellen, bei welchen tatsächlich wirksamer Wettbewerb herrscht: Baustellen also, die von einem KTB-Werk der Alluvia-Gruppe beliefert wurden und bei welchen das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk ist. Aus dieser Grundgesamtheit von Baustellen zog das Sekretariat zufällig eine Stichprobe. Die Grösse der gezogenen Stichprobe entsprach genau der Anzahl Beobachtungen, die für den Test von Hypothese 1 anhand der Kästli-Daten vorliegen. Sofern Hypothese 1 auch mit der zufällig gezogenen Stichprobe verworfen werden kann, ist der Test von Hypothese 1 aussagekräftig und scheitert nicht an einer zu geringen Anzahl Beobachtungen. In diesem Fall ist ein nicht nachzuweisender Zusammenhang zwischen der Variable «minuten» und dem Netto-Werkpreis ein klares Indiz für das Vorliegen einer Koordination.

589. Damit die Ergebnisse dieser Untersuchung nicht von der zufälligen Auswahl der Stichprobe abhängig sind, zog das Sekretariat 1000 Mal eine solche Stichprobe. So kann dargestellt werden, bei welchem Anteil dieser 1000 Stichproben Hypothese 1 mit einer Irrtumswahrscheinlichkeit von weniger als 5 % bzw. weniger als 1 % verworfen werden konnte.

590. Das Sekretariat führte diesen Test separat für jede der vier meistgelieferten Sorten der Frischbeton AG Rubigen durch. Dabei handelt es sich um normierte Konstruktionsbetonsorten, die im Untersuchungszeitraum auch von der Alluvia-Gruppe verkauft wurden. Dadurch konnte das Sekretariat eine zufällige Stichprobe aus der Grundgesamtheit der Baustellen ziehen, die

von einem Alluvia-Werk mit der identischen Betonsorte beliefert wurden und bei welchen das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk war. Die fünftwichtigste Sorte der Frischbeton AG Rubigen ist eine Recycling-Beton Sorte. Da unklar ist, ob die Alluvia-Gruppe eine direkt vergleichbare Sorte verkaufte, wurde der Test für diese Sorte nicht durchgeführt (vgl. Rz 540 f.)

591. Zur Illustration wird der beschriebene Test am Beispiel der Sorte [Sorte 1] erläutert: Im Datensatz der Kästli-Gruppe liegen Angaben zu 326 Baustellen vor, bei welchen das nächste Alternativwerk der Alluvia-Gruppe gehört und an welche die Sorte [Sorte 1] geliefert wurde. Bei diesen Daten konnte das Sekretariat keinen signifikanten Effekt der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis feststellen (vgl. Tabelle 19). Um zu testen, ob die fehlende Signifikanz auf die geringe Anzahl Beobachtungen zurückzuführen war, wählte das Sekretariat zufällig 326 Baustellen aus den Alluvia-Daten aus, bei welchen das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk war und an welche ebenfalls die Sorte [Sorte 1] geliefert wurde. Unter Verwendung dieser 326 Beobachtungen wurde der Parameter α berechnet. Bei Wettbewerb sollte der Wert dieses Parameters signifikant von null abweichen und ein positives Vorzeichen aufweisen. Der Vorgang wurde 1000-mal wiederholt. Für jede einzelne der 1000 Stichproben konnte das Sekretariat die Hypothese 1 mit einer Irrtumswahrscheinlichkeit von weniger als 1 % ablehnen.

592. Die Resultate dieses Tests sind für die vier meistgelieferten Betonsorten der Frischbeton AG Rubigen in Tabelle 22 zusammengefasst. Die Stichprobengrösse entspricht, wie erwähnt, der Anzahl Baustellen, für welche Hypothese 1 anhand der Kästli-Daten getestet werden konnte. «Signifikant 5 %» gibt die Anzahl der Stichproben an, für welche Hypothese 1 mit einer Irrtumswahrscheinlichkeit von weniger als 5 % abgelehnt werden konnte[521] und bei welchen der Parameter α positiv war. «Signifikant 1 %» erfasst die Anzahl der Stichproben, die eine Ablehnung mit einer Irrtumswahrscheinlichkeit von weniger als 1 % erlaubten und bei welchen der Parameter α positiv war.

593. Gemäss diesen Berechnungen liegt es offensichtlich nicht an der geringen Anzahl Beobachtungen, dass die Fahrzeit sowohl bei der Alluvia- als auch bei der Kästli-Gruppe keinen Einfluss auf den Netto-Werkpreis hat, wenn das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist.

Tabelle 22: Anzahl Stichproben (total 1000), für welche Hypothese 1 abgelehnt werden kann (5 % und 1 % Niveau) und α positiv ist

Sorte	Stichprobengrösse (N)	Signifikant 5 %	Signifikant 1 %
[Sorte 1]	326	1000	1000
[Sorte 2]	174	992	975
[Sorte 3]	135	920	791
[Sorte 4]	102	932	798

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

594. Die Kästli-Gruppe bringt im Gutachten von Polynomics (Act. VI.29, Beilage 1, Abschnitt 4.3.3) vor, dass die statistische Signifikanz nicht alleine von der Anzahl Beobachtungen, sondern auch von der Variation in den Variablen sowie den Korrelationen zwischen den Variablen abhängig sei. Diesbezüglich könne es Unterschiede zwischen den Daten der Alluvia-Gruppe und denjenigen der Kästli-Gruppe geben, da die Alluvia-Gruppe fünf, die Kästli-Gruppe hingegen nur ein Betonwerk besitze. Dadurch habe die Alluvia-Gruppe mehr Flexibilität in Bezug auf die Steuerung der Auslastung und die Transportoptimierung.

595. Tatsächlich haben auch die Variation und die Korrelation der Variablen einen Einfluss auf die Signifikanz. Allerdings betreibt die Kästli-Gruppe neben dem Betonwerk in Rubigen ein zweites in Schwarzenburg und hat dadurch ebenfalls eine gewisse Flexibilität. Die Entfernung zwischen Schwarzenburg und Rubigen ist aber grösser als diejenige zwischen den verschiedenen Werken der Alluvia-Gruppe und damit sind die entsprechenden Ausweichmöglichkeiten seitens der Kästli-Gruppe geringer als bei der Alluvia-Gruppe.

596. Da die erwartete Auslastung der verschiedenen Betonwerke nicht gemessen werden kann, kann nicht überprüft werden, ob diese bei den Werken der Alluvia-Gruppe tatsächlich eine andere Verteilung aufweist als bei der Frischbeton AG Rubigen. Selbst wenn es derartige Unterschiede gäbe, wäre damit immer noch nicht klar, ob und falls ja in welche Richtung die oben diskutierten Ergebnisse beeinträchtigt wären. Deshalb und weil die Unterschiede in Bezug auf den Einfluss der Variable «minuten» auf den Netto-Werkpreis zwischen dem Konkurrenzgebiet der Alluvia-Gruppe und dem Kooperationsgebiet der Kästli-Gruppe erheblich sind, scheint es unwahrscheinlich, dass diese Unterscheide alleine auf Differenzen in Bezug auf die Auslastung oder die Transportoptimierung zurückzuführen sind.

[521] Dabei wird wie bisher jeweils ein zweiseitiger t-Test der Nullhypothese angewandt, dass der Parameter α einen Wert von null annimmt.

597. Eine plausiblere Interpretation besteht darin, dass im Konkurrenzgebiet der Alluvia ungehinderter Wettbewerb herrscht, im Kooperationsgebiet der Kästli- und der Alluvia-Gruppe hingegen nicht. Diese Schlussfolgerung liegt insbesondere in Anbetracht der weiteren Beweismittel (vgl. Rz 401 ff) nahe. Ausserdem ist der Vergleich des Kooperationsgebiets der Alluvia-Gruppe mit dem Konkurrenzgebiet der Alluvia-Gruppe nicht von den oben diskutierten möglichen Problemen behaftet. Daraus ergibt sich, dass die Preise der Alluvia-Werke nur dann auf die Nähe der Alternativwerke reagieren, wenn diese nicht der KTB angeschlossen sind. Es scheint wenig wahrscheinlich, dass die Alluvia-Gruppe bei der Festlegung ihrer Netto-Werkpreise auf die Kästli-Gruppe Rücksicht nimmt, während die Kästli-Gruppe im Gegenzug Wettbewerbspreise festlegt.

598. Aus diesen Gründen sind die Ergebnisse der Auswertung der Lieferscheindaten insbesondere der Alluvia-Gruppe ein Beweis dafür, dass die KTB-Betonwerke der Alluvia- und der Kästli-Gruppe ihre Liefergebiete oder Preise 2007–2013 koordiniert haben.

f. Zuverlässigkeit der Berechnungen

599. Zusätzlich zur Überprüfung der Anzahl Beobachtungen hat das Sekretariat die Robustheit der Testergebnisse in Bezug auf verschiedene andere Faktoren untersucht. Die entsprechenden Berechnungen befinden sich in Akte VI.36, Kapitel C, und werden nachfolgend zusammenfassend erläutert.

600. Wie bereits in Rz 151 diskutiert wurde, verfügt Worblaufen als einziges der KTB angeschlossenes Betonwerk nicht über ein Kieswerk am gleichen Standort. Deshalb sind die Produktionskosten dort möglicherweise etwas höher. Um zu überprüfen, ob dieser Umstand die Resultate beeinflusst, schloss das Sekretariat alle Baustellen aus, bei welchen mehr als 10 % des Betons ab Werk Worblaufen geliefert wurde. Mit dem so reduzierten Datensatz testete das Sekretariat die Hypothesen 1 und 2 erneut anhand der Daten der Alluvia-Gruppe. Die Resultate blieben im Wesentlichen unverändert.

601. Bei den von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten wurden Baustellen ausgeschlossen, bei welchen Worblaufen das nächste Alternativwerk war. Anschliessend wurde die Hypothese 1 wie bisher getestet. Dadurch reduziert sich die Anzahl Beobachtungen zusätzlich. Die Resultate blieben im Wesentlichen unverändert.

602. Ausserdem überprüfte das Sekretariat die zur zuverlässigen Berechnung der Testgrössen erforderlichen Annahmen. Dabei stellte sich heraus, dass die Messung des Einflusses der Baustellengrösse auf den Netto-Werkpreis bzw. den Rabatt stark von einigen Grossbaustellen beeinflusst wurde. Der für die vorliegende Untersuchung relevante Parameter (α) wurde dadurch aber nicht wesentlich beeinträchtigt. Die Annahme der Homoskedastizität wurde durch die Schätzung robuster Standardfehler überprüft. Zudem wurden Konfidenzintervalle für alle Parameter mittels bootstrap berechnet. Auch dadurch verändern sich die oben präsentierten Schlussfolgerungen nicht. Eine nichtparametrische Regression sowie eine 0.5-Quantilsregression führen ebenfalls zu ähnlichen Resultaten.[522]

603. Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass die Netto-Werkpreise der KTB-Werke nur dann deutlich auf die Nähe anderer Betonwerke reagieren, wenn diese nicht der KTB angeschlossen sind.

g. Alternative Schätzungen der Parteien

604. Polynomics hat im Auftrag der Kästli-Gruppe die in Tabelle 19 und Tabelle 21 dargestellten Berechnungen mit «bereinigten Daten» erneut durchgeführt (Act. VI.29, Beilage 1, Tabellen 6 und 7). Die entsprechenden Resultate unterscheiden sich aus den folgenden Gründen von den in Tabelle 19 und Tabelle 21 enthaltenen Ergebnissen:

- Polynomics ordnet teilweise einer Baustellenadresse auch dann eine Postleitzahl zu, wenn eine solche Zuordnung nicht eindeutig möglich ist. Das Sekretariat schliesst diese Beobachtungen von seinen Auswertungen aus (vgl. Rz 496 ff).
- Polynomics ordnet teilweise den vorhandenen Baustellenadressen die falsche Postleitzahl zu. Zum Beispiel wird der Baustellenadresse «Umbau/Sanierung Bundeshaus Ost» die Postleitzahl 3005 zugeordnet. Das Bundeshaus Ost liegt aber in der Postleitzahl 3011.
- Polynomics bringt zwar vor, dass die Adressdaten bereinigt werden müssten, nimmt aber selber keinerlei entsprechende Bereinigungen vor. Das Sekretariat hat inzwischen sämtlich Adressdaten bereinigt (vgl. Rz 500 f).
- Polynomics berücksichtigt nur Baustellen, an welche mindestens 10 m^3 Beton geliefert wurde. Im Gegensatz dazu berücksichtigt das Sekretariat nur Baustellen, an welche mindestens [5–10] m^3 Beton geliefert wurde, weil es sich dabei um die geringste Menge handelt, für welche nachweislich eine Offerte erstellt wurde (vgl. Fussnote 506). Polynomics begründet den Ausschluss der Baustellen, an die mehr als [5–10] m^3 aber weniger als 10 m^3 geliefert wurden, nicht.
- Polynomics korrigiert die ursprünglich fehlerhafte Rabattberechnung des Sekretariats nur unvollständig. Baustellen, bei welchen der Netto-Werkpreis über dem Listenpreis liegen, fliessen nicht in die Auswertungen ein (vgl. Rz 536). Diese Auswahl wird anhand des Rabatts vorgenommen. Polynomics hat den relevanten Programmcode an der entsprechenden Stelle nicht angepasst. Deshalb fliessen deutlich mehr Baustellen in die Auswertungen des Sekretariats ein als in diejenigen von Polynomics.

[522] Bei den mit den Alluvia-Lieferscheindaten vorgenommenen Auswertungen ist der gemessene Effekt der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis unabhängig von der gewählten Schätzmethode. Bei den anhand der Kästli-Daten vorgenommenen Auswertungen ist die Gesamteinschätzung ebenfalls unabhängig von der Schätzmethode: Die Variable «minuten» hat nie einen klaren Einfluss auf den Netto-Werkpreis. Da die entsprechenden Effekte teilweise knapp signifikant oder knapp nicht signifikant sind, ist es bei den Sorten [Sorte 3] und [Sorte 5] aber von der Schätzmethode abhängig, ob ein signifikanter Effekt festgestellt werden kann.

605. Das Sekretariat hat die Vorbringen der Kästli-Gruppe soweit möglich und sinnvoll bei der Berechnung der in Tabelle 19 und Tabelle 21 dargestellten Ergebnisse berücksichtigt, während die in Tabelle 6 und 7 des Gutachtens von Polynomics enthaltenen Ergebnisse (Act. VI.29, Beilage 1) an den oben genannten Problemen leiden. Deshalb erachten die Wettbewerbsbehörden die in Tabelle 19 und Tabelle 21 dargestellten Ergebnisse für massgebend.

h. Beurteilung der Ergebnisse der Auswertung der Lieferscheindaten

606. Die Auswertung der Lieferscheindaten der Alluvia-Gruppe führt zu klaren Ergebnissen: Die Netto-Werkpreise sämtlicher Sorten reagieren deutlich auf die Nähe von Konkurrenzwerken. Hingegen lässt sich kein solcher Effekt feststellen, wenn das nächste Werk zur Kästli-Gruppe gehört.

607. Im Vergleich dazu sind die Ergebnisse der Auswertung der Lieferscheindaten der Kästli-Gruppe weniger deutlich. Weder im Kooperations- noch im Konkurrenzgebiet lässt sich ein klarer Effekt der Nähe anderer Betonwerke auf den Netto-Werkpreis feststellen. Das liegt einerseits an der von der Kästli-Gruppe selber monierten schlechten Qualität der von ihr eingereichten Daten. Andererseits gibt es Hinweise darauf, dass im Konkurrenzgebiet der Kästli-Gruppe nur eingeschränkt Wettbewerb herrscht.

608. Insgesamt kann ausgeschlossen werden, dass die Alluvia-Gruppe bei der Preissetzung auf die Kästli-Gruppe Rücksicht nimmt, während die Kästli-Gruppe Wettbewerbspreise verlangt. Ausserdem zeigen neben den Lieferscheindaten die zusätzlich erwähnten Beweismittel, dass eine Gebietskoordination bestand. In Anbetracht dieses Gesamtbildes erachten es die Wettbewerbsbehörden deshalb als erwiesen, dass die Parteien ihre Liefergebiete koordiniert haben.

B.5.4.3.5 Beweisergebnis

609. Aufgrund der Auswertung der Lieferscheindaten und vor dem Hintergrund der Dokumentbeweise besteht kein vernünftiger Zweifel daran, dass die Parteien den übereinstimmenden wirklichen Willen gefasst hatten, Kunden für Beton, Sand und Kies in ihren jeweiligen Absatzgebieten ausschliesslich zu beliefern und Offerten und Lieferungen für Beton, Sand und Kies auf das ihnen zugeteilte Liefergebiet zu beschränken. Sie setzten die Gebietskooperation bis ins Jahr 2013 auch tatsächlich um.

610. Die Koordination der Liefergebiete führte dazu, dass sich die Verfahrensparteien bei der Akquisition von Aufträgen für Kies- und Betonlieferungen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) kaum konkurrierten.

B.5.4.3.6 Parteivorbringen

611. Die Alluvia-Gruppe legt zum «Nachweis des Bestehens von Wettbewerb im Raume Bern»[523] dar, sie habe verschiedentlich an Ausschreibungen teilgenommen, für welche die Kästli-Gruppe den Zuschlag erhalten habe. Pro Jahr verliere die Alluvia-Gruppe rund […] Ausschreibungen im auch von der Frischbeton AG Rubigen belieferten Gebiet. Diese Ausschreibungen würden «vorwiegend» von der Frischbeton AG Rubigen gewonnen. Ausserdem habe die Alluvia-Gruppe ihrerseits Ausschreibungen gewonnen, an welchen wahrscheinlich auch die Kästli-Gruppe teilgenommen habe.

612. Die Alluvia-Gruppe glaubt damit zu beweisen, dass keine Koordination vorliege. Der Aufwand zur Berechnung der Offerten sei derart hoch, dass bei Vorliegen einer Absprache kaum beide Absprachepartner eine Offerte eingereicht hätten.

613. Dieser Einwand widerspricht der Realität. Bei Submissionsabreden ist es erwiesene Praxis, Schutz- bzw. Stützofferten einzugeben.[524] Ferner wäre es für die Nachfrageseite sofort offensichtlich, dass eine Absprache vorliegt, wenn nur derjenige Absprachepartner eine Offerte einreicht, der die Ausschreibung gemäss Absprache gewinnen soll. Deshalb reichen in der Regel alle an der Absprache beteiligten Unternehmen aufeinander abgestimmte Offerten ein. Dadurch reduziert sich in der Regel auch der Aufwand der bei der Ausarbeitung einer Offerte erforderlichen Berechnungen. Der Einwand ist daher zurückzuweisen.

614. Insbesondere führt die Alluvia-Gruppe beispielhaft drei Ausschreibungen in Bern Schönberg an, deren Auftragsvolumen sich insgesamt auf rund [15 000–30 000] m^3 Beton beläuft. Da sich diese Baustellen «vor der Haustüre» des Werks Worblaufen befänden, wäre es gemäss der Einschätzung der Alluvia-Gruppe wenig plausibel, dass diese Aufträge bei Vorliegen einer Absprache der Kästli-Gruppe zugeschlagen worden wären.

615. Für eine der erwähnten drei Baustellen wird als Adresse die Kreuzung Schlosshaldenstrasse – Bitziusstrasse in Bern angegeben[525]. Gemäss google maps beläuft sich die Fahrzeit ab Werk Worblaufen auf 9, die Fahrzeit ab Werk Rubigen hingegen auf 11 Minuten. Es handelt sich also aufgrund der besseren Strassenverbindungen ab Rubigen lediglich um einen geringen Unterscheid in Bezug auf die Fahrzeit, die für die Transportkosten ausschlaggebend ist.

616. In den von den Parteien selbst publizierten Preislisten sind Zonen definiert, für welche jeweils die gleichen Transportpreise verrechnet werden. Die Kreuzung Schlosshaldenstrasse – Bitziusstrasse liegt in Zone II des Betonwerks Worblaufen. Für Baustellen in dieser Zone werden gemäss Preisliste der Alluvia-Gruppe Transportkosten von Fr. 27.20 pro Kubikmeter Beton verrechnet.[526] Die gleiche Adresse liegt in Zone 3 der Frischbeton AG Rubigen, die für den Transport eines Kubikmeters Beton einen Listenpreis von Fr. 27.80 angibt.[527]

[523] Act. VIII.A.5.b.
[524] Vgl. zuletzt RPW 2017/3, 439 Rz 139, 453 Rz 255, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.
[525] Act. VIII.A.5.b, Beilage 3, für die anderen beiden Baustellen gibt die Alluvia-Gruppe keine genaue Adresse an.
[526] Act. VIII.A.10.j.
[527] Act. VIII.B.40.n.

617. Einerseits sind also die Transportkosten der Werke Rubigen und Worblaufen zur Belieferung der Baustellen in Bern Schönberg ähnlich hoch. Andererseits sind die Listenpreise der beiden Werke für den Transport von Beton an die entsprechende Adresse praktisch identisch. Deshalb ist es durchaus plausibel, dass diese Baustellen im Rahmen einer Absprache der Kästli-Gruppe zugeschlagen wurden.

618. Ausserdem unterscheidet sich das Werk Worblaufen in zweierlei Hinsicht von den anderen Werken der Alluvia-Gruppe:

a. In Worblaufen befindet sich kein Kieswerk

b. Der Alluvia-Gruppe gehören nur [<90]% des Aktienkapitals

619. Diese beiden Faktoren führen dazu, dass der Gewinn der Alluvia-Gruppe bei Baustellen in der Nähe von Worblaufen geringer ausfällt als bei Baustellen in der Nähe anderer Betonwerke der Alluvia-Gruppe. Einerseits sind aufgrund des fehlenden Kieswerks die Produktionskosten in Worblaufen höher, andererseits ist aufgrund der [<90]%-Beteiligung der Gewinnanteil der Alluvia-Gruppe tiefer als anderswo (vgl. Tabelle 6).

620. Ausserdem reicht die Alluvia-Gruppe keine Angaben zur Auslastung des Werks Worblaufen ein. Wenn dieses Betonwerk zum Zeitpunkt der Ausschreibung bereits viele Aufträge für den gleichen Zeitraum hatte, wäre bei Vorliegen einer Absprache zu erwarten, dass diese Baustellen der Kästli-Gruppe zugeteilt werden (vgl. Rz 152).

621. Aus diesen Gründen stehen die Vorbringen, wonach die Kästli-Gruppe die Baustellen in Bern-Schönenberg beliefert habe, dem Vorliegen einer Koordination der Liefergebiete nicht entgegen.

622. Die von der Alluvia-Gruppe erwähnten Beispiele sind ausserdem Teil der Auswertungen, die das Sekretariat anhand der Daten sämtlicher 2007–2013 von den KTB-Werken mit Beton belieferten Baustellen durchgeführt hat. Sie sind ein kleiner Bestandteil des in Abschnitt B.5.4.3.4 dargelegten Gesamtbildes und werden darin bereits berücksichtigt.

B.5.4.4 Zusammenfassendes Beweisergebnis der Koordination der Liefergebiete

623. Zwischen den Verfahrensparteien lag seit 1976 der übereinstimmende tatsächliche Wille vor (Konsens), die Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) zu koordinieren. Daran beteiligt waren die Alluvia-Gruppe mit den Kies- und Betonwerken Mattstetten, Hindelbank, Bern-Bethlehem, Oberwangen sowie dem Betonwerk Worblaufen und die Kästli-Gruppe mit dem Kies- und Betonwerk Rubigen.

624. Der Konsens der Verfahrensparteien, die Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) zu koordinieren, bestand bis Ende 2013.

625. Die Verfahrensparteien bezweckten mit der Koordination der Liefergebiete, sich bei der Akquisition von Aufträgen für Kies- und Betonlieferungen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) nicht zu konkurrieren. Ferner bezweckten die Verfahrensparteien, «*gebietsfremde*» Wettbewerber am Eintritt in die KTB-Liefergebiete zu hindern.

626. Die Verfahrensparteien verhielten sich in den Jahren 1976 bis 2013 entsprechend ihrem Konsens und koordinierten die Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern (Stadt und Agglomeration). Die Koordination der Liefergebiete erfolgte insbesondere durch die Koordination der Listenpreise für Kies- und Betonprodukte inklusive Transport sowie den gemeinsamen Mengenrabatt (dazu vorne Rz 294 ff. und Rz 383 ff.). Zudem vereinbarten die K.+U. Hofstetter AG und die Messerli Kieswerk AG mit der Lehmann Transport AG (heute Teil der Alluvia-Gruppe) schriftlich, dass diese keine Kunden und Kundinnen innerhalb der Liefergebiete ihrer Werke mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten beliefert. Im Gegenzug vereinbarten sie mit der Lehmann Transport AG schriftlich, dass diese in der Regel keine Baustellen im Einzugsgebiet des Kieswerkes der Kästli Bau AG in Rubigen mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG oder der Messerli Kieswerk AG beliefert.

627. Die Koordination ihrer Liefergebiete führte dazu, dass sich die Verfahrensparteien bei der Akquisition von Aufträgen für Kies- und Betonlieferungen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) kaum konkurrierten.

B.5.5 Kies- und Betonbatzen

B.5.5.1 Konsens, Inhalt und Beteiligte

(i) Beweisthema

628. Es ist zu untersuchen, ob zwischen den Kies- und Betonwerken Bern (KTB, Verfahrensparteien) und dem Baumeisterverband Region Bern (BVRB) eine übereinstimmende wirkliche Willenserklärung vorliegt, dem BVRB einen sogenannten Kies- und Betonbatzen zu überweisen (natürlicher Konsens).

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

629. Die Behörden verfügen über eine Vertragsurkunde vom 13. Juni 2001 («*Vereinbarung zwischen dem Baumeisterverband Region Bern, nachfolgend BVRB genannt und den Kies- und Transportbetonwerken Bern und Umgebung, nachfolgend KTB AG genannt*»). Darin sind Abmachungen zwischen dem ehemaligen Baumeisterverband der Region Bern (BVRB) und den KTB-Werken in «*Artikeln*» festgehalten. Die Vereinbarung wurde für Sand-, Kies- und Transportbetonlieferungen abgeschlossen. Im vorliegenden Zusammenhang sind folgende Regelungen relevant:

- Gemäss Artikel 2 verpflichtete sich die KTB AG, die Versorgung der BVRB-Mitglieder mit Sand, Kies und Transportbeton jederzeit sicherzustellen.
- Laut Artikel 3 erklärten sich die KTB-Werke bereit, «*Nichtmitglieder nicht zu günstigeren Preisen und Konditionen zu beliefern als die Mitglieder des BVRB. Nichtbaumeister und Private bezahlen gemäss Preislisten einen Zuschlag (Kleinmengen, Bearbeitungs- und Risikoanteil)*». Die Mitglieder des BVRB erklärten sich ihrerseits bereit, «*aufbereiteten Sand, Kies und Transportbeton in einem*

vereinbarten Gebiet bei den Werken der KTB AG zu beziehen».

- «*Sofern ein Mitglied des BVRB seinen Gesamtbedarf an Sand, Kies und Transportbeton*» im vereinbarten Gebiet bei den KTB-Werken bezog und bezahlte, «*entrichtet[e] die KTB AG dem BVRB für die Gesamtbezüge dieses Mitglieds einen <Kiesbatzen>*». Der Kiesbatzen betrug Fr. –.30 pro Kubikmeter und der Betonbatzen Fr. –.50 pro Kubikmeter. Der Betrag sollte jährlich nach Erstellung der Liefer- und Transportstatistik ausgerichtet werden. Die Mittel sollten für die Nachwuchsförderung und Ausbildung von Berufsleuten im Bauhauptgewerbe eingesetzt werden. Die KTB AG lieferte zudem Sand, Kies, Beton und Mörtel kostenlos in die Maurerlehrhalle (Artikel 4).[528]

630. Aus einer internen Notiz des KTB zum Thema Verrechnungen des «letzten» Kies- und Betonbatzens vom 18. Januar 2012 geht hervor, dass für die Auszahlung des Kies- und Betonbatzens nicht nur die Zugehörigkeit des Kunden zum BVRB entscheidend war, sondern auch der Standort. So sollten Baustellen, «*welche sich ausserhalb des KTB-Gebietes*» befanden, «*keinen Batzen für den BVRB zur Folge haben*».[529]

b. Zeugenaussagen

631. Anlässlich seiner Zeugenaussage vom 15. September 2015 sagte [M._____] aus, dass die KTB-Werke den Kies- und Betonbatzen an den BVRB auszahlten.[530] Laut [M._____] war es der Wunsch der KTB-Werke, dass der BVRB seine Mitglieder «*motivierte*», bei ihnen Material zu beziehen. Dies habe der BVRB auch getan.[531] Der Kies- und Betonbatzen sei jeweils bezahlt worden, wenn ein Mitglied des BVRB lückenlos bei den KTB-Werken Material bezogen habe. Habe ein BVRB-Mitglied bei einem anderen Werk Material bezogen, habe es für die Bezüge dieses Mitgliedes keinen Kies- und Betonbatzen für den Verband gegeben.[532] Der BVRB habe den Kies- und Betonbatzen seinen Mitgliedern nicht direkt weitergeleitet, hingegen hätten Betriebe, welche Lehrlinge ausbildeten, aufgrund des Kies- und Betonbatzens z.B. von günstigeren Ansätzen für Kurstage profitiert. Diese seien über den Mitgliederbeitrag verrechnet worden. Generell habe der Mitgliederbeitrag durch den Kies- und Betonbatzen geschont werden können. Der Mitgliederbeitrag hätte sonst erhöht werden müssen.[533] Die KTB-Werke hätten die Vereinbarung mit dem Verband über den Kies- und Betonbatzen im Jahr 2011 gekündigt.[534]

c. Parteiaussagen

632. Anlässlich seiner Parteieinvernahme vom 16. März 2015 sagte [C._____] für die Alluvia-Gruppe aus, dass die bei der zentralen Inkassostelle angeschlossenen Betonwerke Hofstetter, Messerli und Kästli die Vereinbarung mit dem Baumeisterverband über den Kiesbatzen abgeschlossen hätten.[535]

633. [E._____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 18. März 2015 für die Kästli-Gruppe aus, die Messerli, Hofstetter und Kästli hätten den Kiesbatzen gemeinsam festgelegt.[536]

d. Schriftliche Parteieingaben

634. Die Kästli-Gruppe gab in ihrer schriftlichen Eingabe vom 12. Mai 2017 an, die Kästli- und die Alluvia-Gruppe hätten bis 2011 zugunsten des früheren Baumeisterverbandes der Region Bern (BVRB) einen Kies- und Betonbatzen entrichtet. Sie hätten dem BVRB für Kies- und Betonbezüge der BVRB-Mitglieder Fr. –.30 pro Kubikmeter Kies und Fr. –.50 pro Kubikmeter Beton bezahlt. Die Zahlung des Kies- und Betonbatzens auf einen Bezug eines BVRB-Mitglieds sei nur entrichtet worden, wenn dieses BVRB-Mitglied sämtliche Bezüge von Kies und Beton innerhalb der unmittelbaren Umgebung der Werke von der Kästli- und der Alluvia-Gruppe bei diesen bezogen und seine Rechnung vollständig bezahlt hätte. Der Kies- und Betonbatzen wurde dem BVRB jährlich nach Vorliegen der Kies- und Betonlieferstatistiken ausbezahlt.[537]

635. Die Alluvia-Gruppe gab in ihrer Eingabe vom 4. Mai 2017 an, die Alluvia-Gruppe habe einen Kies- und Betonbatzen an den BVRB ausgerichtet. Der Betrag sei von den Bezügen der BVRB-Mitglieder abhängig gewesen. Sofern ein BVRB-Mitglied einmal nicht bei der Alluvia-Gruppe bezogen habe, seien dessen Bezüge für die Bemessung des Kies- und Betonbatzens nicht berücksichtigt worden.[538]

(iii) Beweiswürdigung

636. Die schriftliche «*Vereinbarung zwischen dem BVRB und den Kies- und Transportbetonwerken Bern und Umgebung*» beinhaltet eine Unterschriftszeile für die KTB AG und den BVRB. [C._____] sagte für die Alluvia-Gruppe aus, dass die bei der zentralen Inkassostelle angeschlossenen Betonwerke Hofstetter, Messerli und Kästli die Vereinbarung mit dem Baumeisterverband über den Kiesbatzen abgeschlossen hätten. Damit stimmen auch die Angaben von [E._____] überein. Am Vorliegen des übereinstimmenden wirklichen Willens zwischen der Alluvia-Gruppe (Hofstetter, Messerli) und der Kästli-Gruppe sowie dem ehemaligen BVRB besteht somit kein Zweifel. Gegenstand des natürlichen Konsenses war die Bezahlung des sogenannten Kies- und Betonbatzens.

637. Der genaue Inhalt des Konsenses ergibt sich aus Artikel 3 und 4 der Vereinbarung. Die Mitglieder des BVRB erklärten sich bereit, «*aufbereiteten Sand, Kies und Transportbeton im auf dem beiliegenden Plan eingezeichneten Gebiet bei den Werken der KTB AG zu beziehen*.» Die KTB-Werke erklärten sich bereit, «*Nichtmitglieder nicht zu günstigeren Preisen und Konditionen zu beliefern als die Mitglieder des BVRB*.» Ferner

[528] Act. II.A.3.
[529] Act. II.A.26 (Anhang zur E-Mail).
[530] Act. III.22, Zeilen 332 f. (22-0440).
[531] Act. III.22, Zeilen 353 ff. (22-0440).
[532] Act. III.22, Zeilen 369 ff. (22-0440).
[533] Act. III.22, Zeilen 404 ff. (22-0440).
[534] Act. III.22, Zeilen 412 f. (22-0440).
[535] Act. III.17, Zeilen 374 f. i.V.m. Zeilen 363 f. (22-0440).
[536] Act. III.18, Zeilen 378 f. (22-0440).
[537] Act. VIII.B.1, S. 4/6.
[538] Act. VIII.A.1 Rz 12.3.

sollten «*Nichtbaumeister und Private*» gemäss Preislisten einen Zuschlag bezahlen. Im Zusammenhang mit dieser Bezugsvereinbarung verpflichteten sich die KTB-Werke dem BVRB pro Kubikmeter Kies Fr. –.30 und pro Kubikmeter Beton Fr. –.50 zu entrichten. Dies galt allerdings nur, soweit ein Mitglied des BVRB seinen Gesamtbedarf an Sand, Kies und Transportbeton innerhalb des vereinbarten Gebietes ausschliesslich bei den KTB-Werken bezog. Diese Inhalte stimmen mit den Zeugenaussagen von [M._____] und mit den schriftlichen Eingaben der Kästli- und der Alluvia-Gruppe überein. Der Inhalt des Konsenses ist dadurch bewiesen.

(iv) Beweisergebnis

638. Es ist bewiesen, dass zwischen den KTB-Werken (Messerli, Hofstetter und Kästli) einerseits sowie zwischen den KTB-Werken und dem BVRB andererseits ein Konsens über die Ausbezahlung eines Kies- und Betonbatzens in der Höhe von je Fr. –.30 pro Kubikmeter Kies und Fr. –.50 pro Kubikmeter Beton zugunsten des BVRB und seinen Mitgliedern bestand. Die KTB-Werke verpflichteten sich, den Kies- und Betonbatzen zu entrichten und Nicht-Mitglieder nicht zu günstigeren Preisen und Konditionen zu beliefern. Ferner sollten Private und Nichtbauherren einen Preiszuschlag bezahlen. Im Gegenzug sollten die BVRB-Mitglieder Sand, Kies und Transportbeton auf dem vereinbarten Gebiet der KTB-Werke einzig bei den KTB-Werken beziehen.

B.5.5.2 Verfolger Zweck

(i) Beweisthema

639. Es ist weiter darüber Beweis zu führen, welchen Zweck die Verfahrensparteien mit der Vereinbarung mit dem BVRB über den Kies- und Betonbatzen verfolgten. Die Behörden stützen sich auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

640. In der schriftlichen Vereinbarung vom 13. Juni 2001 zwischen dem BVRB und den KTB-Werken erklärten sich die Mitglieder des BVRB bereit, aufbereiteten Sand, Kies und Transportbeton in einem vereinbarten Gebiet bei den Werken der KTB AG zu beziehen (Art. 3 Abs. 2). Im Gegenzug erklärten sich die KTB-Werke gegenüber dem BVRB bereit, Nichtmitglieder nicht zu günstigeren Preisen und Konditionen zu beliefern als die Mitglieder des BVRB. Nichtbaumeister und Private zahlten einen Zuschlag gemäss Preisliste (Art. 3 Abs. 1). Ferner vereinbarten die KTB-Werke mit dem BVRB, ihm einen Kies- und Betonbatzen in der Höhe von Fr. –.30 pro Kubikmeter Kies bzw. Fr. –.50 pro Kubikmeter Beton auszuzahlen. Die KTB-Werke entrichteten den Kies- und Betonbatzen einzig, wenn ein Mitglied des BVRB seinen «*Gesamtbedarf*» an Sand, Kies und Transportbeton im vereinbarten Gebiet bei den KTB-Werken bezog und bezahlte (Art. 4 Abs. 1).[539]

641. Art. 4 Abs. 2 der Vereinbarung hielt fest, die «*Mittel aus dem Kiesbatzen» würden «vom BVRB für die Nachwuchsförderung und Ausbildung von Berufsleuten im Bauhauptgewerbe eingesetzt werden*.» Gemäss Art. 4 Abs. 3 der Vereinbarung unterstützte die KTB AG die «*Bestrebungen*» um Nachwuchsförderung durch die unentgeltliche Lieferung von Sand, Kies, Beton und Mörtel in die Maurerlehrhalle.[540]

b. Zeugenaussagen

642. Anlässlich seiner Zeugenaussage vom 15. September 2015 sagte [M._____] aus, dass die KTB-Werke den Kies- und Betonbatzen an den BVRB auszahlten.[541] Laut [M._____] war es der Wunsch der KTB-Werke, dass der BVRB seine Mitglieder «*motivierte*», bei ihnen Material zu beziehen. Dies habe der BVRB auch getan.[542] Der Kies- und Betonbatzen sei jeweils bezahlt worden, wenn ein Mitglied des BVRB lückenlos bei den KTB-Werken Material bezogen habe. Habe ein BVRB-Mitglied bei einem anderen Werk Material bezogen, habe es für die Bezüge dieses Mitgliedes keinen Kies- und Betonbatzen für den Verband gegeben.[543] Aufgrund des Kies- und Betonbatzens habe der Mitgliederbeitrag der BVRB-Mitglieder geschont werden können.[544]

c. Parteiaussagen

643. Anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2015 sagte [C._____] aus, er wisse nicht, weshalb der Kiesbatzen eingeführt worden sei. Für ihn sei klar gewesen, dass damit ein Beitrag an die Baumeisterlehrlinge geleistet werde.[545]

644. [E._____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 18. März 2015 für die Kästli-Gruppe aus, der Kiesbatzen sei ein Kundenbindungsinstrument gewesen. Man habe dem Baumeisterverband mit dem Kiesbatzen eine Zahlung zur Förderung bzw. Ausbildung der Lehrlinge gegeben. Der Kiesbatzen sei zweckgebunden gewesen, er sollte für die Ausbildung der Maurerlehrlinge eingesetzt werden.[546]

(iii) Beweiswürdigung

645. Zunächst sind die Aussagen aus der schriftlichen Vereinbarung zu würdigen. Gemäss Art. 3 Abs. 2 der Vereinbarung wollten die Mitglieder des BVRB aufbereiteten Sand, Kies und Transportbeton im vereinbarten Gebiet bei den Werken der KTB AG beziehen. Aus dieser Vereinbarung folgt, dass die KTB-Werke die BVRB-Mitglieder als Kunden an sich binden wollten. Um diese Bindung besser zu erreichen, garantierten die KTB-Werke den BVRB-Mitgliedern, Nichtmitgliedern keine billigeren Preise anzubieten, zudem wollten sie einen sogenannten Kies- und Betonbatzen entrichten, allerdings nur, wenn ein Unternehmen seinen Gesamtbedarf an Kies- und Betonprodukten bei den KTB-Werken bezog. Diese Folgerung findet sich auch durch die Aussage von [E._____] bestätigt, der den Kiesbatzen als «*Kundenbindungsinstrument*» bezeichnete. Im gleichen Sinne sagte auch [M._____] aus, es sei der Wunsch der

[539] Act. II.A.3.
[540] Act. II.A.3.
[541] Act. III.22, Zeilen 332 f. (22-0440).
[542] Act. III.22, Zeilen 353 ff. (22-0440).
[543] Act. III.22, Zeilen 369 ff. (22-0440).
[544] Act. III.22, Zeilen 404 ff. (22-0440).
[545] Act. III, 17, Zielen 376 ff. (22-0440).
[546] Act. III.18, Zeilen 357 ff. (22-0440).

KTB-Werke gewesen, dass der BVRB seine Mitglieder «*motivierte*», bei Ihnen Material zu beziehen. Ferner habe der Kiesbatzen dazu geführt, dass die Beiträge und Schulungen für die BVRB-Mitglieder billiger ausgefallen seien. Durch die Gewährung des Kiesbatzens bestand also auch ein Anreiz für die BVRB-Mitglieder sich an die Vereinbarung zu halten.

646. Mit der Vereinbarung bezweckten die KTB-Werke folglich, die BVRB-Mitglieder an sich zu binden. Zudem verschafften die KTB-Werke sich durch die Gewährung des Kies- und Betonbatzens gegenüber Konkurrenten, welche den Mitgliedern des BRVB keinen solchen Kies- und Betonbatzen anboten, gemeinsam einen Wettbewerbsvorteil. Insgesamt bezweckten die KTB-Werke damit auch, aussenstehenden Wettbewerbern den Marktzutritt zu ihren eigenen Gunsten zu erschweren. An diesem Schluss ändern auch die nachfolgenden Umstände nichts.

647. Die Vereinbarung vom 13. Juni 2001 enthielt eine Passage, wonach der BVRB den Kiesbatzen für die Nachwuchsförderung und Ausbildung von Berufsleuten einsetze (Art. 4 Abs. 2). Die KTB-Werke wollten «*diese Bestrebungen*» zusätzlich durch die unentgeltliche Lieferung von Baustoffen an die Maurerlehrhalle unterstützen. [C._____] sagte aus, er wisse nicht, weshalb der Kiesbatzen eingeführt worden sei, für ihn diene er der Lehrlingsausbildung. Übereinstimmend damit sagte auch [E._____] aus, der Kiesbatzen sei zweckgebunden gewesen für die Ausbildung der Maurerlehrlinge.

648. Es kann dahingestellt bleiben, ob aus Sicht des BVRB und seiner Mitglieder die Finanzierung der Lehrlingsausbildung durch den Kiesbatzen im Vordergrund stand. Aus der Sicht der KTB-Werke stand dieser Zweck jedenfalls nicht im Vordergrund. Wäre die Lehrlingsförderung im Vordergrund gestanden, hätten die KTB-Werke entweder einen Kiesbatzen für jeglichen bei ihnen bezogenen Kubikmeter ausbezahlt, oder sie hätten dem BVRB und seinen Mitgliedern z.B. jährlich eine unbedingte Spende für die Lehrlingsförderung zugesprochen. Dies war aber gerade nicht der Fall, denn die KTB-Mitglieder wollten den Kiesbatzen nur entrichten, wenn ein BVRB-Mitglied seine «*Gesamtbezüge*» bei den KTB-Werken tätigte. Dies beweist, dass nicht die Lehrlingsförderung, sondern die Kundenbindung und die Erschwerung des Markteintritts für Konkurrenten ausserhalb des KTB im Vordergrund standen.

(iv) Beweisergebnis

649. Insgesamt ist bewiesen, dass die Verfahrensparteien mit der Auszahlung des Kies- und Betonbatzens zweierlei bezweckten: Einerseits wollten sie ihre Abnehmer an sich binden und andererseits aussenstehenden Wettbewerbern den Marktzutritt zu ihren eigenen Gunsten erschweren. Die KTB-Werke zielten also darauf ab, mit dem Kies- und Betonbatzen den Wettbewerb zu ihren eigenen Gunsten einzuschränken.

B.5.5.3 Dauer

(i) Beweisthema

650. Nachfolgend ist zu prüfen, während welcher Zeitperiode zwischen den Verfahrensparteien Konsens über die Auszahlung eines Kiesbatzens bestand, um auf diese Weise den Wettbewerb zu ihren Gunsten einzuschränken.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

651. Mit Bezug auf die Vereinbarungsdauer besagt Artikel 7 der Vereinbarung, dass diese «*rückwirkend auf den 1. Januar 2001 in Kraft*» trat und «*bis zum 31. Dezember 2003*» lief, wobei die Kündigungsfrist 6 Monate betrug. Wurde die Vereinbarung nicht fristgemäss gekündigt, lief sie «*jeweils ein Jahr weiter*».[547]

652. Den Wettbewerbsbehörden liegt ein Entwurf eines Kündigungsschreibens vom 20. April 2011 vor. Darin richtet sich die KTB-Inkassostelle an den BVRB und kündigt die Vereinbarung vom 13. Juni 2001 zur «*Sponsoringaktivität zu Gunsten des BVRB*» mit Wirkung auf den 31. Dezember 2011.[548]

653. Dem Bericht der KTB AG über das Geschäftsjahr vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011 ist zu entnehmen, dass die KTB AG die «*Kies- und Betonbatzenbeiträge an den BVRB*» für das Jahr 2011 zum letzten Mal auf Basis des per Ende 2011 gekündigten Vertrages ausbezahlte. Dasselbe Dokument enthält eine Liste der Auszahlungen an den BVRB bzw. den BVB/BVM von 1998 bis 2011[549]:

[547] Act. II.A.3.
[548] Act. II.A.18.
[549] Act. II.A.33, S. 23.

Auszahlungen an beide Verbände bzw. den BVRB (exkl. MwSt):

1998	BVB/BVM	106'186.10
1999	BVB/BVM	118'853.00
2000	BVB/BVM	119'053.80
2001	BVRB	119'230.05
2002	BVRB	117'033.05
2003	BVRB	98'909.80
2004	BVRB	113'485.20
2005	BVRB	132'303.50
2006	BVRB	112'554.80
2007	BVRB	113'601.60
2008	BVRB	85'415.60
2009	BVRB	72'670.85
2010	BVRB	85'403.40
2011	BVRB	60'000.00

[550]

b. Zeugenaussagen

654. [M._____] sagte am 15. September 2015 als Zeuge aus, nach der Umstrukturierung des Verbandes zum Kantonal-Bernischen Baumeisterbandes (KBB) im Jahr 2011 hätten die KTB-Werke im Verlauf des Jahres 2011 die Vereinbarung mit dem BVRB gekündigt und einen Vorschlag für einen Sponsoringbetrag unterbreitet.[551]

c. Parteiaussagen

655. Anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2017 sagte [E._____] für die Kästli-Gruppe aus, dass der Kiesbatzen an den BVB und den BVRB bezahlt worden sei. Dieser habe «*ungefähr dreimal*» den Namen gewechselt.[552]

(iii) Beweiswürdigung

656. Zunächst sind die Urkunden zu würdigen. Die Vereinbarung vom 13. Juni 2001 hält fest, dass der Vertrag um jeweils ein Jahr weiterlaufe, sofern keine Kündigung mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten eingereicht werde. Wie der Entwurf des Kündigungsschreibens vom 20. April 2011 zeigt, wurde die Vereinbarung von der KTB AG per 31. Dezember 2011 gekündigt. Aus dem Jahresbericht der KTB AG aus dem Jahre 2011 geht ebenfalls hervor, dass der Vertrag per Ende 2011 gekündigt wurde. Zugleich geht aus dem Jahresbericht hervor, dass der Kies- und Betonbatzen bereits dem Vorgängerverband des BVRB – dem BVB/BVM – ausgerichtet worden war und zwar seit dem Jahr 1998.

657. Übereinstimmend mit dem Jahresbericht 2011 bezüglich der Auszahlung des Betonbatzens an den BVRB bzw. an dessen Rechtsvorgänger BVB/BVM sagte [E._____] aus, der Kiesbatzen sei an den BVRB bzw. den BVB ausbezahlt worden. Schliesslich bestätigte auch der Zeuge das Enddatum der Auszahlung des Kiesbatzens.

658. Es ist folglich ohne vernünftige Zweifel bewiesen, dass die KTB-Werke bzw. die KTB AG dem BVRB bzw. dessen Vorgängerverband – dem BVB/BVM – zwischen 1998 bis Ende 2011 den Kies- und Betonbatzen auszahlten.

(iv) Beweisergebnis

659. Es ist bewiesen, dass der Konsens zwischen den KTB-Werken (Messerli, Hofstetter und Kästli) einerseits und den KTB-Werken und dem BVRB andererseits über die Auszahlung eines Kies- und Betonbatzens in der Höhe von je Fr. –.30 pro Kubikmeter Kies und Fr. –.50 pro Kubikmeter Beton zwischen 1998 und Ende 2011 bestand.

B.5.5.4 Umsetzung und Auswirkungen

(i) Beweisthema

660. Nachfolgend ist zu untersuchen, ob sich die Verfahrensparteien tatsächlich entsprechend ihrem Konsens verhielten, dem BVRB und seinen Mitgliedern einen Kies- und Betonbatzen zu bezahlen, um die BVRB-Mitglieder an sich zu binden. Darüber hinaus sind die Auswirkungen zu beurteilen, welche dieses Verhalten gegebenenfalls hatte.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

661. Dem Bericht der KTB AG über das Geschäftsjahr vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011 ist zu entnehmen, dass die KTB AG den Kies- und Betonbatzen für das Jahr 2011 zum letzten Mal auf Basis des per Ende 2011 gekündigten Vertrages ausbezahlte. Dasselbe Dokument enthält eine Liste der Auszahlungen an den BVRB bzw. den BVB/BVM von 1998 bis 2011. Die Auszahlungen der Kies- und Betonbatzenbeiträge beliefen sich auf mindestens Fr. 60 000.– im Jahr 2011 bis maximal Fr. 132 303.50 im Jahr 2005.[553]

[550] Act. II.A.33, S. 23.
[551] Act. III.22, Zeile 412 ff. (22-0440).
[552] Act. III.18, Zeile 373 (22-0440).
[553] Act. II.A.33, S. 22.

Auszahlungen an beide Verbände bzw. den BVRB (exkl. MwSt):

1998	BVB/BVM	106'186.10
1999	BVB/BVM	118'853.00
2000	BVB/BVM	119'053.80
2001	BVRB	119'230.05
2002	BVRB	117'033.05
2003	BVRB	98'909.80
2004	BVRB	113'485.20
2005	BVRB	132'303.50
2006	BVRB	112'554.80
2007	BVRB	113'601.60
2008	BVRB	85'415.60
2009	BVRB	72'670.85
2010	BVRB	85'403.40
2011	BVRB	60'000.00

[554]

662. Aus dem Marketing-Konzept der K.+U. Hofstetter AG vom 24. Oktober 1998 geht hervor, dass die jährlichen Kiesbatzen-Beträge der einzelnen Firmen nur ausbezahlt worden seien, wenn die Mitgliederfirmen ihre Bezüge «*lückenlos*» bei den KTB-Werken getätigt hätten. «*Diese Vereinbarung mit dem Baumeisterverband*» sei «*dafür verantwortlich, dass andere Betonwerke auf dem Platz Bern bisher kaum Lieferchancen*» gehabt hätten.[555]

663. Dem Sekretariat liegen ferner die Lieferscheindaten (dazu vorne Rz 35 mit den entsprechenden Aktenhinweisen) der Parteien vor.

b. Zeugenaussagen

664. Anlässlich seiner Einvernahme vom 15. September 2015 sagte [M._____] aus, es habe «*einen geographischen Kreis um die Stadt und Agglomeration Bern*» gegeben. Er gab zu Protokoll: «*Wenn Mitglieder Kies und Beton für Baustellen dieses Kreises von andern Werken als den KTB-Werken bezogen, dann machten die KTB-Werke entsprechende Abzüge beim Kies- und Betonbatzen*».[556] Der BVRB habe den Kies- und Betonbatzen seinen Mitgliedern nicht direkt weitergeleitet, hingegen hätten «*Betriebe, welche Lehrlinge ausbildeten*», aufgrund des Kies- und Betonbatzens «*von den günstigeren Ansätzen für beispielsweise Kurstage profitiert*». Diese seien «*über den Mitgliederbeitrag verrechnet*» worden. Das heisse, «*dass generell der Mitgliederbeitrag durch den Kies- und Betonbatzen geschont*» worden sei. Der Mitgliederbeitrag hätte sonst erhöht werden müssen. Insofern hätten «*alle Mitglieder von einem tieferen Mitgliederbeitrag profitiert.*»[557]

c. Parteiaussagen

665. Anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2015 sagte [C._____] aus, der Betonbatzen sei umgesetzt worden und zwar von allen beteiligten Betonwerken.[558] Er wurde mit einer Aussage aus einem Marketing-Konzept der K.+U. Hofstetter AG vom 24. Oktober 1998 konfrontiert. Gemäss dieser Aussage war die Vereinbarung über den Kies- und Betonbatzen zwischen den KTB-Werken und dem BVRB «*dafür verantwortlich, dass andere Betonwerke auf dem Platz Bern bisher kaum Lieferchancen hatten.*» [C._____] sagte für die Alluvia-Gruppe aus, der Betonbatzen mache ein Promille des Gesamtumsatzes aus. Der Betonbatzen sei kein Instrument, mit dem man irgendetwas beeinflussen könne. Die Aussage sei aus seiner Sicht «*völlig übertrieben*». Der Betonbatzen sei immer gleich hoch oder tief. Er sei «*aufgrund seiner Grössenordnung kein marktbeeinflussendes Instrument*» gewesen.[559]

666. [E._____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 18. März 2015 für die Kästli-Gruppe aus, der Kiesbatzen sei ein «*Kundenbindungsinstrument*» gewesen.[560] «*In den letzten fünf Jahren vor der Abschaffung*» habe «*es wenig oder keine Wirkung mehr*» gegeben.[561] Er vermute, dass der Betonbatzen davor ein wirksames Kundenbindungsinstrument gewesen sei. Es seien noch «*andere Zeiten*» gewesen. Man habe «*es noch geschätzt», wenn «man etwas bekommen*» habe. Es sei nichts «*Selbstverständliches*» gewesen. Es seien «*doch grosse Summen*».[562]

d. Schriftliche Parteieingaben

667. Gemäss der schriftlichen Eingabe der Kästli-Gruppe vom 12. Mai 2017 haben die Kästli- und die Alluvia-Gruppe bis 2011 zugunsten des BVRB einen Kies- und Betonbatzen entrichtet. Der Kies- und Betonbatzen sei nicht dazu gedacht gewesen, den Markt zu beeinflussen. Der Betrag habe durchschnittlich 0,2 % des Warenumsatzes betragen und sei nicht direkt an den Kunden ausbezahlt worden. Daher habe die Auszahlung des Kies- und Betonbatzens den Markt nicht beeinflusst.[563]

668. Mit schriftlicher Parteieingabe vom 4. Mai 2017 gab die Alluvia-Gruppe an, sie habe einen Kies- und Betonbatzen an den BVRB ausgerichtet. Er sei per 2012 abgeschafft worden.[564]

[554] Act. II.A.33, S. 23.
[555] Act. II.B.X.287, S. 9 (22-0440).
[556] Act. III.22, Zeilen 395 ff. (22-0440).
[557] Act. III.22, Zeilen 404 ff. (22-0440).
[558] Act. III.17, Zeilen 544 ff. (22-0440).
[559] Act. III.17, Zeilen 559 ff. (22-0440).
[560] Act. III.18, Zeilen 357 ff. (22-0440).
[561] Act. III.18, Zeilen 414 f. (22-0440).
[562] Act. III.18, Zeilen 417 ff. (22-0440).
[563] Act. VIII.B.1, S. 4/6.
[564] Act. VIII.A. 1. Rz 12.3.

(iii) Beweiswürdigung

669. Vorab sind die Beweise mit Bezug auf die Umsetzung der Vereinbarung zur Bezahlung eines Kies- und Betonbatzens zu würdigen. Gemäss dem Jahresbericht der KTB AG aus dem Jahre 2011 wurde der Kies- und Betonbatzen an den BVRB tatsächlich ausbezahlt. Der Bericht stimmt mit den Zeugen- und Parteiaussagen überein. Die Tatsache, dass der Kies- und Betonbatzen tatsächlich an den BVRB ausbezahlt wurde, wird von den beiden Verfahrensparteien ausdrücklich in ihren schriftlichen Eingaben bestätigt. An der tatsächlichen Umsetzung der Vereinbarung zur Zahlung des Kies- und Betonbatzens an den BVRB bestehen keine Zweifel, sie ist bewiesen.

670. Was die Auswirkungen des Kies- und Betonbatzens auf den Markt betrifft, steht fest, dass gemäss dem Marketing-Konzept der K.+U. Hofstetter AG vom 24. Oktober 1998 die «*Vereinbarung mit dem Baumeisterverband*» gemäss dem Verfasser dafür verantwortlich war, dass andere Betonwerke auf dem Platz Bern «*bisher kaum Lieferchancen*» hatten. Diese Einschätzung stimmt mit der Aussage von [E._____] überein, wonach der Kies- und Betonbatzen ein wirksames Kundenbindungsinstrument gewesen sei.

671. Gleichzeitig sagte [E._____] aus, der Kies- und Betonbatzen habe in den letzten fünf Jahren vor seiner Abschaffung nur noch wenig oder keine Wirkung mehr gehabt. Trifft die Aussage zu, würde das auf der einen Seite bedeuten, dass der Kies- und Betonbatzen 2007–2011 nur noch eine schwache oder gar keine Wirkung mehr hatte. Gleichzeitig würde dies aber auch bedeuten, dass der Kies- und Betonbatzen vor 2007 wirksam war.

672. Das Sekretariat schätzte die Bedeutung des Kies- und Betonbatzens, indem es die total durch die KTB-Werke abgesetzte Anzahl Kubikmeter Kies mit 0.3 (der Kiesbatzen betrug Fr. –.30 pro Kubikmeter) und Beton mit 0.5 (der Betonbatzen betrug Fr. –.50 pro Kubikmeter) multiplizierte. Dadurch ergab sich eine Schätzung des maximal zu bezahlenden Kies- und Betonbatzens (Maximalrabatt). Diese Zahl verglich das Sekretariat mit der tatsächlich ausbezahlten Summe des Kies- und Betonbatzens (dazu Rz 662). Dadurch ergibt sich der prozentuale Anteil der von den KTB-Werken abgesetzten Mengen, auf welchen der Kies- und Betonbatzen schätzungsweise gewährt wurde:

Tabelle 23: Bedeutung Kies- und Betonbatzen

Jahr	Maximalrabatt	Tatsächlich ausbezahlte Summe	Prozentualer Anteil
2007	Fr. 246 977	Fr. 113 602	46 %
2008	Fr. 185 163	Fr. 85 416	46 %
2009	Fr. 177 659	Fr. 72 671	41 %
2010	Fr. 231 041	Fr. 85 403	37 %
2011	Fr. 212 000	Fr. 60 000	28 %

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Act. II.A.33

673. Aufgrund der Höhe der in Rz 662 genannten ausbezahlten Beträge steht somit fest, dass der Betonbatzen aus Sicht der KTB AG keine vernachlässigbare Grösse darstellte. Zwischen 2007 und 2011 wurde schätzungsweise auf 28% bis 46 % der von den KTB-Werken abgesetzten Mengen ein Kies- und Betonbatzen gewährt. Die Aussage von [E._____], der Betonbatzen habe keine Rolle mehr gespielt in den letzten fünf Jahren (also 2007-2011) ist dadurch widerlegt.

674. Schliesslich steht ebenfalls fest, dass die BVRB-Mitglieder den Kies und Beton im beschriebenen Umfang nicht bei Dritten bezogen haben. Gleichzeitig steht fest, dass diese Mitglieder 100 % ihrer Bezüge bei einem KTB-Werk getätigt haben. Ebenfalls steht fest, dass der Anreiz, 100 % bei den KTB-Werken zu beziehen, einerseits durch den Kies- und Betonbatzen und andererseits durch den gemeinsamen Mengenrabatt (dazu vorne B.5.3, Rz 299 ff.) geschaffen wurde. Dadurch steht auch fest, dass der Kies- und Betonbatzen zumindest geeignet war, den Wettbewerb zu Gunsten der KTB-Werke zu beeinflussen und den Markteintritt anderer Anbieterinnen und Anbieter in den Jahren 2004 bis 2011 zumindest erschwert hat.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Parteistellungnahmen

675 Gemäss der Alluvia-Gruppe ist es unstreitig, dass die KTB-Werke den Kies- und Betonbatzen ausgerichtet haben und dieser früher als «Kundenbindungsinstrument» betrachtet wurde.[565] Es sei jedoch nicht erwiesen, dass der Kies- und Betonbatzen geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu Gunsten der KTB-Werke zu beeinflussen. Der ausbezahlte Betrag sei stetig gesunken. Dies belege, dass der Kies- und Betonbatzen Abnehmer nicht dazu animiert habe, ihren gesamten Bedarf an Kies und Beton bei den KTB-Werken zu beziehen. Die Untersuchungsadressatinnen hätten in der Stadt Bern die günstigsten Angebote unterbreitet. Sinngemäss bringt die Alluvia-Gruppe vor, es bestehe kein Kausalzusammenhang zwischen dem Kies- und Betonbatzen und der Tatsache, dass 28 % bis 46 % der Mitglieder der BVRB ihren Bedarf bei den Untersuchungsadressatinnen gedeckt hätten.[566]

[565] Act. VI.30, Rz 147.
[566] Act. VI.30, Rz 148.

676. Die Kästli-Gruppe meint im Wesentlichen, der Rückgang der prozentualen Anteile, auf welchen der Kies- und Betonbatzen ausgezahlt wurde, sei ein Beleg dafür, dass er nicht geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zugunsten der KTB-Werke zu beeinflussen.[567]

Würdigung

677. Die Stellungnahme der Alluvia-Gruppe ist widersprüchlich. Zwar gibt sie zu, dass die KTB-Werke den gemeinsamen Kies- und Betonbatzen zur Kundenbindung einführten. Es bestünde aber kein Kausalzusammenhang zwischen der bezweckten Kundenbindung und dem Bezug von Kies- und Beton bei den KTB-Werken. Die beiden Behauptungen schliessen sich gegenseitig aus.

678. Das Argument der Alluvia-Gruppe, der verfolgte Zweck der Kundenbindung sei nicht zur Wettbewerbsbeschränkung geeignet, geht ins Leere. Es reicht für den Beweis eines tatbestandsmässigen Verhaltens (bezwecken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG) aus, wenn die Wettbewerbsbehörden entweder den tatsächlich verfolgten Zweck oder die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung nachweisen. Mit der gemeinsamen Kundenbindung verfolgten die Verfahrensparteien einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck, denn die gemeinsame Kundenbindung bedeutet auch die gemeinsame Abwehr von gemeinsamen Konkurrenten.

679. Ausserdem veränderte sich im Verlauf der Zeit die genaue Definition der Bezüge, auf welche der Kies- und Betonbatzen ausbezahlt wurde. Ab 2010 wurden zum Beispiel Bezüge nicht mehr berücksichtigt, wenn die KTB-Werke vom Bezüger unter «massiven Preisdruck» gesetzt wurden.[568] Da also der Kies- und Betonbatzen je nach Jahr unterschiedlich berechnet wurde, lässt die Entwicklung der für die entsprechenden Auszahlungen berechtigten Mengen keine direkten Schlüsse auf die fehlende Wirksamkeit des Kies- und Betonbatzens zu.

680. Schliesslich zielt das Argument der Alluvia-Gruppe, die KTB-Werke seien die billigsten in der Stadt Bern gewesen, an der Sache vorbei. Der Transportkostenanteil am Preis für Kies- und Betonprodukte der KTB-Werke, welche näher an der Stadt Bern lagen, ist notwendigerweise tiefer als der Transportkostenanteil am Preis für weiter von der Stadt entfernte Konkurrenzwerke (dazu vorne Rz 85). Dieser Umstand besagt, dass die KTB-Werke aufgrund eines gewissen Distanzschutzes einen grösseren Spielraum bei der Produktpreissetzung hatten, er besagt jedoch nichts zum wettbewerbsbeschränkenden Potential des Kies- und Betonbatzens.

681. Der gemeinsame Kies- und Betonbatzen zusammen mit dem gemeinsamen Mengenrabatt sorgte dafür, dass insbesondere die Baustellen an den Rändern der Liefergebiete der KTB-Werke bei den KTB-Werken bezogen und nicht bei den nächstgelegenen Konkurrenzunternehmen. Denn der Nichtbezug konnten den Verlust des Kies- und Betonbatzens zur Folge haben und führte zu Einbussen bei den gemeinsamen Mengenrabatten. Die Preise in der Stadt Bern änderten daran nichts.

(v) Beweisergebnis

682. Die Vereinbarung zwischen den KTB-Werken und den BVRB-Mitgliedern über die Ausrichtung eines Kies- und Betonbatzens, wenn die BVRB-Mitglieder Kies und Beton ausschliesslich bei den KTB-Werken beziehen, wurde tatsächlich umgesetzt. Ein wesentlicher Anteil des KTB-Umsatzes wurde mit Mitgliedern des BVRB erzielt, welche gemäss Vereinbarung 100 % ihrer Bezüge bei den KTB-Werken getätigt hatten. Daraus ist auch ersichtlich, dass diese BVRB-Mitglieder nicht bei Drittanbietern und Drittanbieterinnen bezogen haben. Dies bedeutet, dass der gemeinsame Kies- und Betonbatzen Kies- und Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) in den Jahren 1998 bis 2011 erschwerte.

B.5.5.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis zum Kies- und Betonbatzen

683. Zwischen den Verfahrensparteien lagen seit spätestens dem Jahr 1998 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen vor (Konsens), jeweils gemeinsam einen Kies- und Betonbatzen zugunsten des früheren Baumeisterverbands der Region Bern BVRB zu entrichten. Daran beteiligt waren die Alluvia-Gruppe mit den Kies- und Betonwerken Mattstetten, Hindelbank, Bern-Bethlehem, Oberwangen sowie dem Betonwerk Worblaufen und die Kästli-Gruppe mit dem Kies- und Betonwerk Rubigen.

684. Der Konsens der Verfahrensparteien, dem BVRB einen gemeinsamen Kies- und Betonbatzen zu entrichten, bestand bis Ende 2011.

685. Mit der Bezahlung des gemeinsamen Kies- und Betonbatzens bezweckten die Verfahrensparteien insbesondere, die Mitglieder des BVRB indirekt als Abnehmer und Abnehmerinnen von Kies und Beton an die KTB-Werke zu binden und so Kies- und Betonverkäufe von Drittanbietern im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren.

686. Die Verfahrensparteien verhielten sich in den Jahren 1998 bis 2011 entsprechend ihrem Konsens und bezahlten dem BVRB gemeinsam einen Kies- und Betonbatzen für Kies- und Betonbezüge der Mitglieder des BVRB. Dieser betrug für Kiesbezüge Fr. –.30 pro Kubikmeter und für Betonbezüge Fr. –.50 pro Kubikmeter. Die Verfahrensparteien bezahlten den auf ein Mitglied des BVRB fallenden gemeinsamen Kies- und Betonbatzen nur, sofern dieses Mitglied sämtliche Bezüge von Kies und Beton innerhalb der Liefergebiete der KTB-Werke bei ihren Werken getätigt und die entsprechenden Rechnungen vollumfänglich beglichen hatte. Den gemeinsamen Kies- und Betonbatzen richteten die Verfahrensparteien dem BVRB jährlich nach Vorliegen der Kies- und Betonlieferstatistik aus. Er war für die Grundausbildung der Lehrlinge der Mitglieder des BVRB zu verwenden (Zweckbindung).

687. Der gemeinsame Kies- und Betonbatzen erschwerte Kies- und Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) in den Jahren 1998 bis 2011.

[567] Act. VI.29, Rz 357 f.
[568] Act. II.A.12.

B.5.6 Gemeinsame Inkassostelle

B.5.6.1 Konsens, Inhalt und Beteiligte

(i) Beweisthema

688. Es ist unstreitig, dass die Verfahrensparteien eine gemeinsame Inkassostelle führten und diesbezüglich ein natürlicher Konsens bestand. Über diesen Umstand ist nicht mehr Beweis zu führen. Dagegen ist zu untersuchen, welche Personen die Inkassostelle betrieben, welche Werke der Verfahrensparteien an der Inkassostelle angeschlossen waren, welche Informationen innerhalb der KTB zwischen den Konkurrenten ausgetauscht wurden und welche Aufgaben die Inkassostelle übernahm.

(ii) Beweismittel

689. Dem Sekretariat liegen die folgenden Beweismittel vor:

a. Urkunden

Beteiligte Werke

- Eine Auflistung der KTB AG Inkassostelle vom 15. März 2012 zu den Umlageanteilen für Verwaltungskosten und Debitorenverlusten zwischen den Jahren 2003–2011.[569]

Führung und Informationsaustausch

- Die Handelsregistereinträge der involvierten Unternehmen.[570]
- Rechnungsbeispiele der Frischbeton AG Rubigen und der Kästli Bau AG.[571]

Aufgaben der Inkassostelle

- Eine Vertragsurkunde mit dem Namen «*Vereinbarung zwischen dem Baumeisterverband Region Bern, nachfolgend BVRB genannt und den Kies- und Transportbetonwerken Bern und Umgebung, nachfolgend KTB AG genannt*» vom 13. Juni 2001.
- Eine E-Mail vom 9. Oktober 2013 [von K._____] von der Alluvia-Gruppe an seine Kollegen [C._____] und [F._____] sowie an die Kästli-Mitarbeiter [E._____] und [B._____] und ein daran angehängter Entwurf eines Kundenschreibens der KTB AG.[572]
- Ein Schreiben der Kästli-Gruppe vom November 2013.[573]
- Ein Kundenschreiben der Alluvia-Gruppe vom 14. November 2013.[574]
- Eine Aufstellung der Mengenrabatte zwischen den Jahren 2004–2011 der KTB AG Inkassostelle.[575]
- Eine Aufstellung der KTB AG Inkassostelle vom 15. März 2012.[576]
- Die Jahresberichte 2011–2013 der KTB AG.[577]
- Eine Aufstellung der Debitorenverluste bis ins Jahr 2014.[578]
- Eine Liste von «8%-Verzugszinskunden» vom 18. Januar 2012.[579]
- Ein Protokoll der KTB AG vom 17. Oktober 2012.[580]

b. Zeugenaussagen

Zession Rechnungen an Inkasso und Sperrliste

690. [D._____] sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 6. Oktober 2016 aus, Messerli, Hofstetter und Kästli hätten zusammen eine Inkassostelle gegründet. Die Inkassostelle habe ein zentralisiertes Mahnwesen betrieben. Sie habe die Rechnungskopien erhalten, zuletzt aber nicht mehr. Sie habe ferner eine gemeinsame Sperrliste geführt. Auf der Sperrliste seien Unternehmen vermerkt gewesen, die eine schlechte Zahlungsmoral gehabt oder gar nicht bezahlt hätten. Auf der Sperrliste habe beispielsweise ein Vermerk gestanden, dass ein spezifisches Unternehmen bar bezahlen musste.[581]

c. Parteiauskünfte

691. Die Parteien machten zu den Beweisthemen die folgenden Aussagen:

Werke

692. [B._____] sagte am 9. Februar 2015 für die Kästli-Gruppe aus, dass die KTB AG den Auftrag gehabt habe, das Inkasso der verschiedenen Werke zu machen. Zu den Werken hätten die Rubigen AG, die Frischbeton Worblaufen AG, die Messerli, die Hofstetter, die Kästli, die BERAG und die Presyn gezählt.[582] Die KTB AG habe von den Aktionärsfirmen zwei Mal pro Monat Werksabrechnungen erhalten. Daraus habe man die Umsätze pro Kunde je Monat ersehen.[583]

Führung und Informationsaustausch

693. Anlässlich seiner Einvernahme vom 17. Februar 2015 gab der ehemalige [Mitarbeiter] der KTB AG und derzeitige [Funktionsbezeichnung] der Alluvia-Gruppe [K._____] an, die KTB AG habe – ausser ihm – keine Mitarbeiter beschäftigt. Die KTB AG habe ein Büro an der Ostermundigenstrasse 34a in Bern geführt, wo sie bei der Alluvia-Gruppe eingemietet gewesen sei.[584] Als [Funktionsbezeichnung] habe er über keinen Arbeitsvertrag mit der KTB AG verfügt.[585] Die Stelle als [Funktionsbezeichnung] sei keine Vollzeitstelle gewesen, sondern eine Stelle von ca. 30 Stellenprozenten.[586] Es habe

[569] Act. II.A.33, 30.
[570] Handelsregisteramt des Kantons Bern, Firmennummer CHE-108.001.239; Handelsregisteramt des Kantons Bern, Firmennummer CHE-113.217.880.
[571] Act. VIII.B.36.a, Beilagen 2, 4, 5.
[572] Act. II.A.75.
[573] Act. II.A.84.
[574] Act. II.B.X.371 (22-0440).
[575] Act. II.A.35, S. 1.
[576] Act. II.A.35, GV-Statistik, Seite 1, «*Mengenrabatt 2004–2011*».
[577] Act. II.A.35; Act. II.A.61; Act. II.A.106.
[578] Act. II.B.25.
[579] Act. II.A.25.
[580] Act. III.27 (22-0440), Beilage Protokoll der Sitzung der KTB AG Nr. 158 vom 17. Oktober 2012, 2/5, 3/5.
[581] Act. III.28, (22-0440), Zeilen 137 ff., 147 ff.
[582] Act. III.14 (22-0440), Zeilen 303 f., 3011 ff.
[583] Act. III.14 (22-0440), Zeilen 322 ff.
[584] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 123 ff.
[585] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 148 f.
[586] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 154 f.

für die Auslagerung der operativen Tätigkeit einen Dienstleistungsvertrag mit der Alluvia AG gegeben.[587]

Aufgaben der Inkassostelle

- *Inkasso der zedierten Rechnungen*

694. [K._____] gab anlässlich seiner Einvernahme vom 17. Februar 2015 an, das primäre Ziel der KTB sei es gewesen, das Inkasso ihrer Aktionärsfirmen zu machen.[588] Die Rechnungen der Aktionäre der KTB AG seien ins System der KTB AG eingegeben worden.[589] [E._____] sagte am 18. März 2015 für die Kästli-Gruppe aus, alle Firmen, welche der KTB AG angeschlossen gewesen seien, hätten ihre Rechnungen an die KTB AG zediert.[590]

- *Informationsaustausch: Inhalt der Rechnungsdaten, Aufgaben, Geschäftsbereiche*

695. [K._____] sagte am 17. Februar 2015 aus, in den Rechnungsdaten, welche die KTB AG erhalten habe, seien die Angaben des Kunden, die Rechnungsnummer, der Gesamtbetrag der Rechnung und das Fälligkeitsdatum enthalten gewesen.[591] Auf den Rechnungen sei die Adresse der KTB AG aufgeführt gewesen. Den Rechnungen habe ein Einzahlungsschein an die KTB AG beigelegen. Die Kunden hätten auf ein Konto der KTB einbezahlt.[592] Die KTB AG habe für die Aktionäre das Inkasso gemacht und das Geld an die Aktionäre weitergegeben. Sie habe Mahnungen ausgesprochen, Betreibungen und Konkurse abgewickelt und Bauhandwerkerpfandrechte eintragen lassen.[593] Die KTB AG habe in den Geschäftsbereichen Baustoffe, also Gesteinskörnungen, Beton, Mörtel und Belag das Inkasso betrieben.[594] Für andere Geschäftsbereiche wie etwa den Bereich Bau habe die KTB kein Inkasso für die Aktionäre betrieben.[595]

- *Mahnliste, Rechnungsdaten, Sperrlisten*

696. [E._____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 18. März 2015 für die Kästli-Gruppe aus, dass die KTB AG an monatlichen Sitzungen eine Mahnliste besprochen habe. Die Sitzungsteilnehmer hätten alle Kunden besprochen, welche bereits eine dritte Mahnung erhalten hätten.[596] Aus der Mahnliste seien sämtliche Rechnungsadressaten und die Rechnungsbeträge ersichtlich gewesen. Ferner seien die Mahnstufen 1–3 ersichtlich gewesen. Bei allen Rechnungsadressaten, die in einer der Mahnstufen 1–3 zugeordnet waren, habe man die in Rechnung gestellten Gesamtsummen ersehen, nicht hingegen die einzelnen Rechnungsbeträge.[597] An den Monatssitzungen seien auch die sogenannten Sperrlisten besprochen worden. In den Sperrlisten seien diejenigen Kunden vermerkt gewesen, welche von den KTB-Unternehmen nicht mehr beliefert worden seien, weil sie nicht bezahlt hätten.[598]

(iii) Beweiswürdigung

697. Die Beweiswürdigung ist mit Bezug auf die zu beweisenden Themen zu ordnen und durchzuführen. Die folgenden Beweisthemen sind der Reihe nach abzuhandeln.

Beteiligte Werke

698. Aus der Auflistung der KTB AG Inkassostelle vom 15. März 2012 zu den Umlageanteilen für Verwaltungskosten und Debitorenverlusten zwischen den Jahren 2003–2011 gehen die der Inkassostelle angeschlossenen Werke hervor. Damit stimmten auch die Parteiaussagen von [B._____] vom 9. Februar 2015 überein. Damit steht fest, dass seitens der Kästli-Gruppe die BERAG AG (Rubigen), das Kieswerk Rubigen, die Frischbeton AG (Rubigen) und seitens der Alluvia-Gruppe die Beton Worblaufen AG, K.+U. Hofstetter AG (Berken, Presyn, Mattstetten, Hindelbank) sowie die Messerli Kieswerk AG (Oberwangen, Bethlehem) an der gemeinsamen Inkassostelle angeschlossen waren.

Führung

699. Aufgrund des Handelsregistereintrags ist bewiesen, dass zwischen 1996 und 2009 [D._____] und von Juni 2009 bis zur Liquidation der Gesellschaft am 23. Juni 2014 [K._____] [Funktionsbezeichnung] der KTB AG waren. Gemäss Aussagen von [K._____] entsprach die Geschäftsleitung der KTB AG einem Arbeitspensum von ca. 30 %. Ferner habe kein Arbeitsvertrag zwischen der KTB AG und dem [Funktionsbezeichnung] derselben bestanden, vielmehr habe ein Leistungsvertrag zwischen der Alluvia AG und der KTB AG bestanden. Es gibt keinen Grund an der ungefähren Richtigkeit dieser Aussagen zu zweifeln, zumal [K._____] gemäss Handelsregister zugleich auch seit Juli 2009 [Mitarbeiter] der Alluvia AG war und in dieser Stellung ein Vollzeitpensum zu bewältigen hatte.

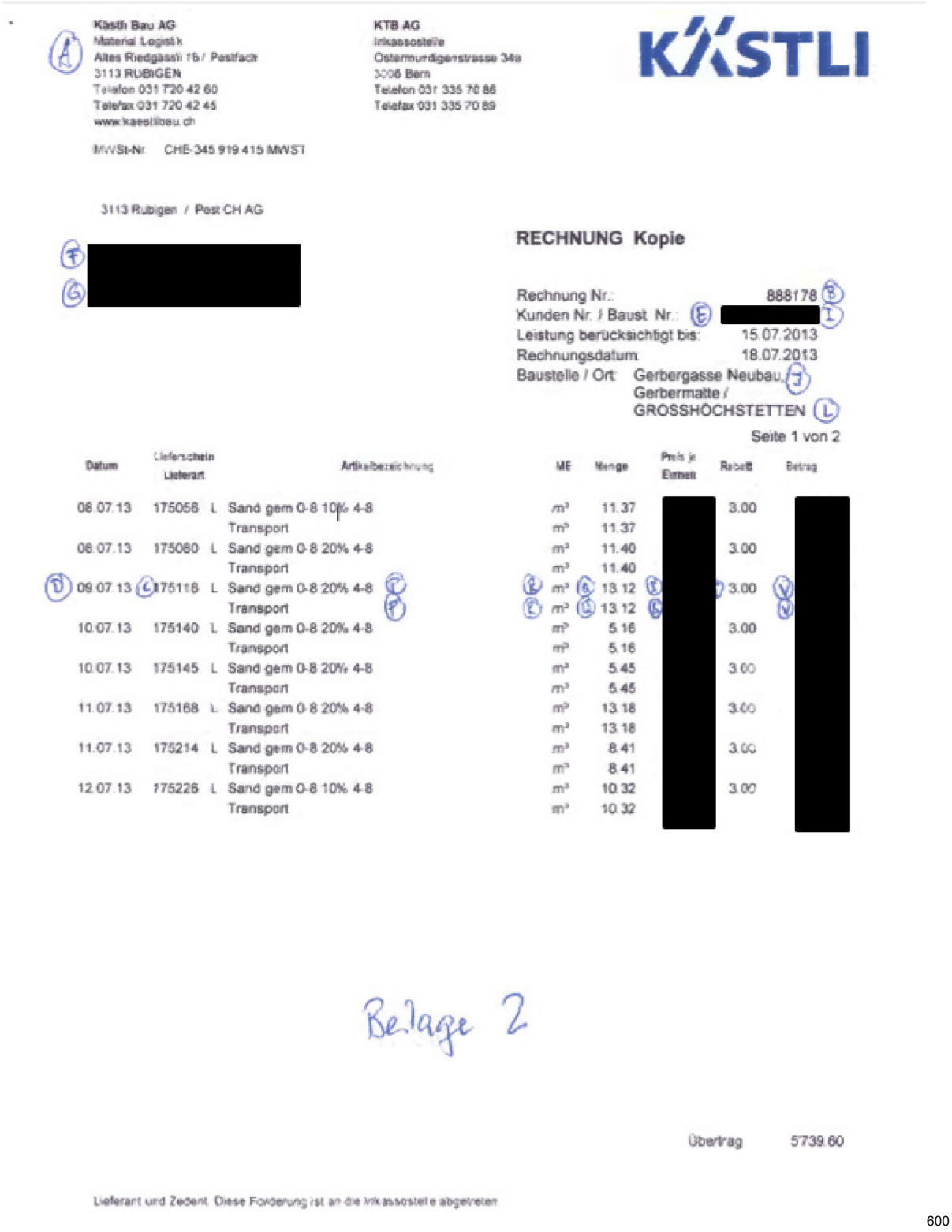
Informationsaustausch

700. [D._____] sagte unter Wahrheitspflicht als Zeuge aus, die KTB AG habe die Rechnungskopien erhalten, zuletzt aber nicht mehr. [K._____] seinerseits gab als Partei zu Protokoll, in den Rechnungsdaten, welche die KTB AG erhalten habe, seien die Angaben des Kunden, die Rechnungsnummer, der Gesamtbetrag der Rechnung und das Fälligkeitsdatum enthalten gewesen. Auf den Rechnungen sei die Adresse der KTB AG aufgeführt gewesen. Den Rechnungen habe ein Einzahlungsschein an die KTB AG beigelegen. Die Kunden hätten auf ein Konto der KTB einbezahlt.

701. Aus den dem Sekretariat vorliegenden Rechnungen der Frischbeton AG Rubigen und der Kästli Bau AG aus dem Jahr 2013 ist ersichtlich, dass die Rechnungen im Briefkopf sowohl die Adresse der Kästli Bau AG und der Frischbeton AG Rubigen als auch die Adresse der KTB Inkassostelle enthielten. In der Fusszeile der Rechnungen ist zudem angemerkt: «*Lieferant und Zedent. Diese Forderung ist an die Inkassostelle abgetreten*.» Aus den Rechnungen sind das Datum der Rechnungsstellung, die Nummer des Lieferscheins, die Artikelbezeichnung,

[587] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 156 f.
[588] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 144 f.
[589] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 159 ff.
[590] Act. III.18 (22-0440), Zeilen 234 f.
[591] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 177 ff.
[592] Act. III.15 (22-0440), Zeile 162 f.
[593] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 159 ff.
[594] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 159 ff.
[595] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 172 ff.
[596] Act. III.18 (22-0440), Zeilen 189, 228 ff.
[597] Act. III.18 (22-0440), Zeilen, 240 ff.
[598] Act. III.18 (22-0440), Zeilen 248 ff.

die gelieferte Menge, der Preis je Einheit, der Rabatt und der Rechnungsbetrag ersichtlich. Die letzte dem Sekretariat vorliegende Rechnung dieser Art stammt vom 18. Juli 2013.[599]



Kästli Bau AG
Material Logistik
Altes Riedgässli 15 / Postfach
3113 RUBIGEN
Telefon 031 720 42 60
Telefax 031 720 42 45
www.kaestlibau.ch

MWSt-Nr. CHE-345.919.415 MWST

KTB AG
Inkassostelle
Ostermundigenstrasse 34a
3006 Bern
Telefon 031 335 70 86
Telefax 031 335 70 89

KÄSTLI

3113 Rubigen / Post CH AG

[redacted]

RECHNUNG Kopie

Rechnung Nr.: 888178
Kunden Nr. / Baust. Nr.: [redacted]
Leistung berücksichtigt bis: 15.07.2013
Rechnungsdatum: 18.07.2013
Baustelle / Ort: Gerbergasse Neubau, Gerbermatte / GROSSHÖCHSTETTEN

Seite 1 von 2

Datum	Lieferschein Lieferart	Artikelbezeichnung	ME	Menge	Preis je Einheit	Rabatt	Betrag
08.07.13	175056 L	Sand gem 0-8 10% 4-8	m³	11.37	[redacted]	3.00	[redacted]
		Transport	m³	11.37			
08.07.13	175080 L	Sand gem 0-8 20% 4-8	m³	11.40		3.00	
		Transport	m³	11.40			
09.07.13	175116 L	Sand gem 0-8 20% 4-8	m³	13.12		3.00	
		Transport	m³	13.12			
10.07.13	175140 L	Sand gem 0-8 20% 4-8	m³	5.16		3.00	
		Transport	m³	5.16			
10.07.13	175145 L	Sand gem 0-8 20% 4-8	m³	5.45		3.00	
		Transport	m³	5.45			
11.07.13	175168 L	Sand gem 0-8 20% 4-8	m³	13.18		3.00	
		Transport	m³	13.18			
11.07.13	175214 L	Sand gem 0-8 20% 4-8	m³	8.41		3.00	
		Transport	m³	8.41			
12.07.13	175226 L	Sand gem 0-8 10% 4-8	m³	10.32		3.00	
		Transport	m³	10.32			

Beilage 2

Übertrag 5739.60

Lieferant und Zedent: Diese Forderung ist an die Inkassostelle abgetreten

[600]

702. Die Angaben in den Rechnungskopien aus dem Jahr 2013, welche dem Sekretariat vorliegen, die Aussagen von [D._____], wonach die KTB AG jeweils eine Rechnungskopie der KTB-Werke erhalten habe, die Tatsache, dass die Rechnungen an die KTB zediert

[599] Act. VIII.B.36.a, Beilagen 2, 4, 5.
[600] Act. VIII.B.36.a, Beilage 2.

wurden und die Tatsache, dass die KTB AG den gemeinsamen Mengenrabatt sowie den Kies- und Betonbatzen zu berechnen und auszuzahlen hatte, stimmen miteinander überein. Die Zession einer Rechnung macht nur Sinn, wenn der Inkassostelle sämtliche Angaben über den Auftrag zur Verfügung stehen, d.h. das Datum der Rechnungsstellung, die Nummer des Lieferscheins, die Artikelbezeichnung, die gelieferte Menge, der Preis je Einheit, der Rabatt und der Rechnungsbetrag. Darüber hinaus stimmt die Übergabe der Rechnung mit der Rechtspflicht des Abtretenden überein, dem Erwerber die Schuldurkunde und alle vorhandenen Beweismittel auszuliefern und ihm die zur Geltendmachung der Forderung nötigen Aufschlüsse zu erteilen (Art. 170 Abs. 2 OR).[601] Eine Abweichung von dieser Pflicht, müssten die Parteien schriftlich festlegen.[602]

703. Ohne die Angaben zu den bezogenen Mengen konnte die Inkassostelle den gemeinsamen Mengenrabatt sowie den Kies- und Betonbatzen nicht berechnen. Denn basierend auf dem Nettorechnungspreis kann die genaue Menge der bezogenen Waren nicht berechnet werden, da diesfalls nicht bekannt ist, welche allfälligen weiteren Rabatte vom Listenpreis abgezogen worden waren.

704. Fest steht zudem, dass zwischen einem [Mitarbeiter] der Alluvia AG und dem [Funktionsbezeichnung] der KTB AG eine Personalunion bestand. Sämtliche Informationen, welche der KTB AG zur Verfügung standen, standen somit automatisch auch der […] Alluvia AG zur Verfügung. Bis zum 18. Juli 2013 konnte [K._____] sämtliche Details der Rechnungen der Konkurrenzunternehmen einsehen.

705. Folglich ist erwiesen, dass im Rahmen der KTB AG folgende Rechnungsinformationen ausgetauscht wurden:

- das Datum der Rechnungsstellung
- die Nummer des Lieferscheins
- die Artikelbezeichnung
- die gelieferte Menge
- der Preis je Einheit
- der Rabatt
- der Rechnungsbetrag.

Aufgaben der Inkassostelle

- *Mengenrabatte und Preiserhöhungsschreiben*

706. Einer E-Mail vom 9. Oktober 2013 [von K._____] von der Alluvia-Gruppe an seine Kollegen [C._____] und [F._____] sowie an die Kästli-Mitarbeiter [E._____] und [B._____] ist ein undatierter Entwurf eines Kundenschreibens der KTB angehängt. Das Schreiben trägt den Titel «*Neuorganisation der KTB & neue Rabattregelung*». Daraus geht hervor, dass die Verfahrensparteien ihre gemeinsame Inkassostelle KTB AG aufheben und ab dem 1. Januar 2014 trennen würden. Die KTB-Werke würden die bisherigen Mengenrabattregelungen aufgeben, da die Kunden vermehrt ein Bedürfnis nach Nettopreisen für Be-tonbezüge hätten. Im Frühjahr 2014 würde zum letzten Mal die Mengenrabattregelung für 2013 erstellt und ausbezahlt. Die verschiedenen Preislisten für Beton würden gegenüber 2013 – trotz moderater Teuerung und noch pendenten Zementverhandlungen – unverändert belassen. Das Preisniveau der KTB-Werke würde also gegenüber 2013 keine Änderung erfahren. Das Schreiben sah in der Unterschriftszeile die Unterschrift der [Funktionsbezeichnung] der Alluvia-Gruppe, Kästli-Gruppe und KTB AG vor.[603]

707. Aus dem Entwurf des Kundenschreibens der KTB AG geht hervor, dass die gemeinsame Inkassostelle nicht nur das Inkasso der beteiligten Unternehmen übernahm, sondern auch die Abrechnung der Mengenrabatte vornahm.

708. Dasselbe geht aus einer Aufstellung der Mengenrabatte für die Jahre 2004 bis 2011 der KTB AG Inkassostelle hervor. Die Aufstellung führt die Abzüge bei den Werken auf und die Auszahlungen an die Baumeister.[604] Eine weitere Aufstellung der KTB AG Inkassostelle vom 15. März 2012 enthält die Durchschnittswerte der gewährten Mengenrabatte von 2004 bis 2011 pro Kubikmeter je Baumeister. Der tiefste jährliche Durchschnittswert beträgt [4–6] % (2008) und der höchste [7–9] % (2010).[605] Zudem enthält der Jahresbericht 2013 der KTB AG eine Aufstellung der durchschnittlichen Mengenrabatte der Jahre 1996 bis 2011.[606]

709. Es besteht folglich kein Zweifel daran, dass die Inkassostelle auch die Ausrichtung der gemeinsamen Mengenrabatte übernahm.

- *Kiesbatzen*

710. Aus Artikel 4 des Dokuments «*Vereinbarung zwischen dem Baumeisterverband Region Bern, nachfolgend BVRB genannt und den Kies- und Transportbetonwerken Bern und Umgebung, nachfolgend KTB AG genannt*» geht hervor, dass sofern ein Mitglied des BVRB seinen Gesamtbedarf an Sand, Kies und Transportbeton innerhalb des Gebietes der KTB-Werke bezogen und bezahlt habe, die KTB AG dem BVRB für die Gesamtbezüge jedes Mitgliedes freiwillig den traditionellen Kies- und Betonbatzen bezahle. Dieser betrage Fr. –.30 pro Kubikmeter für Kies und Fr. –.50 pro Kubikmeter für Betonlieferungen. Er werde jährlich nach Vorliegen der Kies- und Beton-Lieferstatistik ausbezahlt.[607] Damit ist erwiesen, dass die KTB AG den Betrag des Kies- und Betonbatzens errechnet und ausbezahlt hat.

- *Gemeinsames Tragen von Debitorenverlusten und gemeinsame Zahlungs- und Verzugskonditionen*

[601] Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.
[602] PETER REETZ/CHRISTOF BURRI, in CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen, 2016, Art. 170 OR N 25.
[603] Act. II.A.75.
[604] Act. II.A.35, S. 1.
[605] Act. II.A.35, GV-Statistik, Seite 1, «*Mengenrabatt 2004–2011*».
[606] Act. II.B.X.410, 4.
[607] Act. II.A.3.

711. Aus den Jahresberichten 2011–2013 geht hervor, dass einzig diejenigen Debitorenverluste den Werken belastet wurden, welche nicht als KTB-Kunden erfasst waren.[608] Falls abgeschriebene Verluste einkassiert werden konnten, welche die Kunden der zentralen Inkassostelle betrafen, wurden die eingetriebenen Beträge z.T. unter allen Mitgliedern verteilt.[609] Die Debitorenverluste der KTB-Kunden wurden mit anderen Worten gemeinsam getragen.

712. Dem Jahresbericht 2012 ist zu entnehmen, dass die Höhe der Verzugszinsen von den KTB-Organen diskutiert wurde. Sie beschlossen die Verzugszinssätze weiterhin unverändert zu lassen. Der Beschluss wurde folgendermassen begründet: «*Da die Banken bei Kunden von schlechter Bonität auch heute zwischen 5 % und 10 % verlangen und es weiter unser Ziel ist, die Zinsen in einer prohibitiven Höhe anzusetzen*», um «*Kunden genügend Anreiz zur termingerechten Zahlung*» zu setzen.[610] Aus einer Liste von «*8 %-Verzugszinskunden*» vom 18. Januar 2012 resultieren diejenigen Kunden, welche noch 8 % zu bezahlen hatten und diejenigen, welche wieder auf 6.5 % Verzugszinsen «*zurückgestellt*» wurden.[611]

713. Die Zahlungs- und Verzugskonditionen für die KTB-Schuldner waren einheitlich. Daraus ergibt sich, dass die KTB-Unternehmen keine Absicht hegten, sich diesbezüglich zu konkurrieren. Aus dem Beschluss im Jahresbericht 2012, die Verzugszinsen unverändert zu belassen und der Begründung, es sei weiter das Ziel der KTB-Werke, die Zinsen «*in einer prohibitiven Höhe anzusetzen*», um «*Kunden genügend Anreiz zur termingerechten Zahlung*» zu setzen, geht hervor, dass die Verfahrensparteien den gemeinsamen wirklichen Willen verfolgten, gemeinsam das Delkredererisiko zu verringern und erhöhte Verzugszinsen durchzusetzen. Wie aus einer Liste der Verzugszinskunden hervorgeht, betrug der Verzugszins im Jahr 2012 bis zu 8 %.

- *Gemeinsame Liefersperren*

714. [D._____] sagte unter Wahrheitspflicht aus, die KTB-Aktionäre hätten eine gemeinsame Sperrliste geführt, auf welcher Unternehmen mit schlechter Zahlungsmoral figuriert hätten oder solche, welche gar nicht bezahlt hätten. Auf der Sperrliste sei beispielsweise vermerkt gewesen, dass ein spezifisches Unternehmen bar bezahlen musste. Auch aus dem Protokoll der KTB AG vom 17. Oktober 2012 ist ersichtlich, dass säumige Kunden mit einer Liefersperre belegt wurden.[612] Diese Aussagen stimmen auch mit denjenigen von [E._____] überein, wonach die KTB AG an ihren monatlichen Sitzungen eine Mahnliste mit den Mahnstufen 1-3 besprochen habe. Ferner seien an den Monatssitzungen die Sperrlisten mit den Kunden besprochen worden, in welchen die Kunden vermerkt gewesen seien, die nicht mehr beliefert wurden von den KTB-Werken. Das Bestehen einer gemeinsamen Liste mit Liefersperren ist damit bewiesen. Auch aus dieser Liste ist der übereinstimmende wirkliche Wille ersichtlich, gemeinsam das Delkredererisiko zu verringern.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

715. Die Alluvia-Gruppe anerkennt, dass die Untersuchungsadressaten eine gemeinsame Inkassostelle betrieben. Sie anerkennt, dass ein einheitlicher Verzugszinssatz angewendet wurde.[613] Allerdings bestreitet die Alluvia-Gruppe den Inhalt der ausgetauschten Informationen. Erstens sollen die Parteien keine Rechnungskopien ausgetauscht haben (bzw. nur bis ca. 2004/2005).[614] Die Alluvia-Gruppe habe auch Abrechnung für Drittunternehmen gemacht. Der gemeinsame Mengenrabatt sei folgendermassen berechnet worden:

- Lieferung der monatlichen (aggregierten) Ausstosszahlen. Sie belegt dies mit Austossmeldungen für die Monate Januar bis März 2013.
- Alle drei Monate seien diese Ausstosszahlen mit CHF 6.- multipliziert worden.
- Ende Jahr seien die Gesamtmengen je Kunde an die KTB übermittelt worden.[615]

Die Zession der Rechnungen durch die Parteien an die gemeinsame Inkassostelle gebe keinen Hinweis darauf, welche Informationen ausgetauscht worden seien. Die Fakturierung sei nur bis 2002 durch die gemeinsame Inkassostelle erfolgt. Die KTB AG habe nur die Zahlungen entgegengenommen und weiterverarbeitet.[616]

716. Auch die Kästli-Gruppe anerkennt, dass die Parteien ein gemeinsames Inkasso betrieben haben und gemeinsame Zahlungs- und Verzugszinskonditionen und Informationen über Kunden im Zahlungsverzug ausgetauscht haben.[617] Zudem seien die Debitorenverluste solidarisch getragen worden.[618] Es sei zu unterscheiden zwischen dem Informationsfluss zwecks Inkassos und dem Informationsaustausch zum Zweck der Abrechnung des gemeinsamen Mengenrabattes:[619]

- Die Fakturierung sei bis ca. 2004/2005 über die Inkassostelle gelaufen. Damals seien die Rechnungen an die Inkassostelle übermittelt worden, danach nicht mehr. Nur bei Rechnungen, für deren Bezahlung rechtliche Schritte eingeleitet worden seien, seien weiterhin Rechnungskopien an die Inkassostelle geleitet worden.[620]

[608] Act. II.A.35, «2.2. Stand Jahresende 2011», 16; Act. II.A.61, «2.2. Stand Jahresende 2012», 16; Act. II.A.106, «2.2. Stand Jahresende 2013», 7.
[609] Act. II.A.35, «2.2. Stand Jahresende 2011», 16; Act. II.A.61, «2.2. Stand Jahresende 2012».
[610] Act. II.A.61, 16.
[611] Act. II.A.25.
[612] Act. III.27 (22-0440), Beilage Protokoll der Sitzung der KTB AG Nr. 158 vom 17. Oktober 2012, 2/5, 3/5.
[613] Act. VI.30, Rz 152.
[614] Act. VI.30, Rz 156.
[615] Act. VI.30, Rz 159–160.
[616] Act. VI.30, Rz 161, 3. Gedankenstrich.
[617] Act. VI.29, Rz 361.
[618] Act. VI.29, Rz 364.
[619] Act. VI.29, Rz 368.
[620] Act. VI.29, Rz 374.

- Für die Abrechnung des gemeinsamen Mengenrabattes hätten die Werke monatlich per E-Mail die Produktionszahlen zu Kies und Beton an die Inkassostelle. Die KTB AG habe quartalsweise eine Akontorechnung für den Mengenrabatt für CHF 6 pro m^3 erstellt. Per Ende Jahr sei der gesamte Mengenrabatt für die Kunden berechnet worden und den Kunden rückvergütet worden.[621] Die geflossenen Informationen seien vergangenheitsbezogen gewesen und hätten keine Rückschlüsse auf die Zukunft zugelassen.[622]

Würdigung

717. Aus den Ausführungen der Kästli- und Alluvia-Gruppe folgt, dass eine Reihe der von den Wettbewerbsbehörden dargelegten Sachverhalte anerkannt und nicht streitig ist. Es steht unstreitig fest, dass:

- die Parteien im Rahmen der KTB AG die Debitorenverluste gemeinsam trugen,
- die Parteien einheitliche Zahlungs- und Verzugskonditionen und eine gemeinsame Verzugszinshöhe festlegten,
- die KTB AG die gemeinsamen Mengenrabatte und den Kies- und Betonbatzen berechnete.

Damit steht fest, dass die Inkassostelle für die Umsetzung kartellrechtlich relevanter Sachverhalte zuständig war (vgl. zur rechtlichen Einordnung der gemeinsamen Mengenrabatte, des Kies- und Betonbatzens sowie der gemeinsamen Verzugszinse vgl. C.5.3.1.1, Rz 849).

718. Ebenso wenig ist die Tatsache streitig,

- dass die Parteien sich monatlich getroffen haben und Informationen im Rahmen der KTB AG ausgetauscht haben,
- dass der Geschäftsführer der KTB AG zugleich ein Vorstandsmitglied der Alluvia-Gruppe war,
- dass die Verfahrensparteien der gemeinsamen Inkassostelle tatsächlich Rechnungskopien zugesandt haben.

Bezüglich der Zusendung der Rechnungskopien ist einzig streitig, ob die Zusendung der Rechnungen auch noch nach dem Jahr 2004/2005 stattgefunden hat. Diese Frage betrifft die Dauer des Austausches und wird entsprechend an dieser Stelle abgehandelt (dazu unten B.5.6.3, 744 ff.). Mit Bezug auf Rechnungen, für deren Eintreibungen Betreibungen eingeleitet worden sind, wurden die Rechnungen auch nachher noch ausgetauscht. Der Inhalt der Rechnungen ist nicht streitig. Sie beinhalteten:

- das Datum der Rechnungsstellung,
- die Nummer des Lieferscheins,
- die Artikelbezeichnung,
- die gelieferte Menge,
- der Preis je Einheit,
- den Rabatt und
- den Rechnungsbetrag.

719. Die Ausführungen der Alluvia-Gruppe, die KTB AG habe auch Abrechnungen für Drittunternehmen gemacht sind für den vorliegenden Zusammenhang nicht von Belang. Auch belegen die Ausführungen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe zur Berechnung des Mengenrabattes nicht, dass der Inkassostelle keine Rechnungskopien zugesandt wurden. Sie vermögen zudem die den Wettbewerbsbehörden vorliegenden Rechnungen (dazu Rz 701 f.) und die gesetzliche Pflicht des Abtretenden zur Übertragung der Schuldurkunden (Art. 170 Abs. 2 OR) nicht zu beseitigen.

720. Die von der Alluvia-Gruppe eingereichte Beilagen zeigen nicht auf, ob die Parteien der Inkassostellen, die Rechnungen übersandt haben. Sie haben keine Beweiskraft. Beilage 15, Seite 1 enthält Daten ausserhalb des für die Beweisführung relevanten Zeitraums, der bis zum 18. Juli 2013 dauert. Nach diesem Datum werfen die Wettbewerbsbehörden den Parteien die Zusendung der Rechnungen nicht vor (dazu das Beweisergebnis zur Dauer, B.5.6.3(v)B.5.6.3, Rz 754). Auch die Urkunden auf Seite 2 und 3 der Beilage 1 stammen vom 31. Januar 2014 bzw. beziehen sie sich auf eine Rechnungsperiode vom 12. Oktober 2013 bis 31. Dezember 2013. Auch diese Dokumente stammen also aus einer Zeit ausserhalb des für die Beweisführung relevanten Zeitraums. Die Beilagen 16–19 zeigen auf, wie viel Mengenrabatt die jeweiligen KTB-Werke zu zahlen hatten. Damit die an jeden Kunden bezahlten gemeinsamen Mengenrabatte berechnet werden konnten, fehlen die jeweiligen Mengen für jeden Kunden. Die Beilagen besagen nichts zum Umfang und Inhalt des Informationsaustausches. Die von der Alluvia-Gruppe eingereichte Beilage 20 zeigt weder auf, wer dieses Dokument erstellt hat, noch zu welchem Zweck es erstellt wurde. Ferner sind die Dokumente in Beilage 20 undatiert. Daraus ist auch nicht ersichtlich, an wen sie adressiert waren. Die Dokumente beweisen nicht, dass die Verfahrensparteien keine Rechnungskopien an die KTB AG versandten.

721. Die Alluvia-Gruppe macht zudem geltend, die KTB AG habe die Zahlungen für die Verfahrensparteien entgegengenommen und habe diese weiterverarbeitet. Wie die Zahlungsentgegennahme und Weiterverarbeitung ohne vorhandene Rechnung funktionierte, erläutert sie nicht. Damit die korrekte Zahlung entgegengenommen werden kann, muss die Rechnungsnummer, die gelieferte Menge, die Artikelbezeichnung, der Lieferant, der Rabatt und der Rechnungsbetrag nachvollzogen werden können. Andernfalls kann der korrekte Zahlungseingang (d.h. der korrekte Betrag für die korrekte Menge) nicht nachvollzogen werden.

[621] Act. VI.29, Rz 379 f.
[622] Act. VI.29, Rz 381.

722. Schliesslich hat die Angabe, die Fakturierung sei ab 2002 von den Parteien übernommen worden, nichts mit Bezug auf den Informationsaustausch zu besagen. Damit steht nicht fest, dass die Rechnungen nicht an die KTB AG weitergeleitet wurden. Zudem lässt das Vorbringen die Aussage von [K._____] ausser Acht, wonach bei betriebenen Forderungen die Parteien der KTB AG die Rechnung mit Details und die Lieferscheine übermittelten,[623] was auch die Kästli-Gruppe einräumt.[624] Mit Bezug auf betriebene Forderungen ist die Zusendung der Rechnungen an die KTB AG also gar nicht streitig.

723. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Ausführungen der Kästli-Gruppe zur Berechnung des Mengenrabattes zutreffen. Sie besagen nichts zum Inhalt des Informationsaustauschs.

(v) Beweisergebnis

724. Folgender Sachverhalt ist bewiesen: Es ist nicht streitig, dass die Verfahrensparteien den übereinstimmenden wirklichen Willen hatten, gemeinsam eine Inkassostelle zu betreiben. Seitens der Kästli-Gruppe waren die BERAG AG (Rubigen), das Kieswerk Rubigen, die Frischbeton AG (Rubigen) und seitens der Alluvia-Gruppe die Beton Worblaufen AG, die K.+U. Hofstetter AG (Berken, Presyn, Hindelbank) und die Messerli Kieswerk AG (Oberwangen, Bethlehem) an der Inkassostelle angeschlossen. Die gemeinsame Inkassostelle KTB AG wurde teilzeitlich (ca. 30 %) von einem [Mitarbeiter] der Alluvia AG geführt. Der KTB AG wurden jeweils die Rechnungen abgetreten. Aus den zugesandten Rechnungskopien konnte der [Funktionsbezeichnung] der KTB AG das Datum der Rechnungsstellung, die Nummer des Lieferscheins, die Artikelbezeichnung, die gelieferte Menge, den Preis je Einheit, den Rabatt und den Rechnungsbetrag ersehen. Aufgrund der Doppelfunktion des KTB-[Funktionsbezeichnung], welcher auch [Mitarbeiter] der Alluvia AG war, fand damit ein umfassender Informationsaustausch zwischen den Verfahrensparteien statt.

725. Die KTB AG trug die Debitorenverluste der Verfahrensparteien, legte einheitliche Zahlungs- und Verzugskonditionen fest wie die Zahlungsfrist, die gemeinsame Verzugszinshöhe von bis zu 8 % und führte eine gemeinsame Liefersperrliste. Die beteiligten Konkurrenten verzichteten damit darauf, sich bezüglich den Zahlungs- und Verzugskonditionen zu konkurrieren. Die Höhe der Mengenrabatte sowie des Kies- und Betonbatzens errechnete die gemeinsame Inkassostelle. Auch wurde im Rahmen der KTB AG entschieden, ob ein BVRB-Mitglied Mengenrabatte sowie den Kies- und Betonbatzen erhalten sollte. Die KTB AG zahlte zudem den Mengenrabatt sowie den Kies- und Betonbatzen aus.

B.5.6.2 Verfolger Zweck

(i) Beweisthema

726. Als nächstes ist Beweis darüber zu führen, welchen Zweck die Verfahrensbeteiligten mit dem Betrieb der gemeinsamen Inkassostelle inkl. Zahlungs- und Verzugskonditionen, dem gemeinsamen Tragen der Debitorenverluste sowie den gemeinsamen Liefersperren bezweckten. Über den Zweck der Berechnung und Auszahlung des Mengenrabattes (dazu vorne B.5.3.2, Rz 321 ff.) und des Kies- und Betonbatzens (dazu vorne B.5.5.2, Rz 639 ff.) ist nicht erneut Beweis zu führen, es kann auf die betreffenden Stellen vorne verwiesen werden. Das Sekretariat stützt sich auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

727. Der Zweck des gemeinsamen Inkassos ergibt sich einerseits aus den bewiesenen Aufgaben der Inkassostelle, welche darin bestanden, das Inkasso der an sie zedierten Forderungen vorzunehmen, den gemeinsamen Mengenrabatt und den Kies- und Betonbatzen zu ermitteln und auszuzahlen, nicht oder schlecht zahlende Kunden auf eine gemeinsame Sperrliste zu setzen und gemeinsam Debitorenverluste zu tragen. Es ist ferner erwiesen, dass die Kästli- und die Alluvia-Gruppe die Rechnungsdaten (Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) austauschten und gemeinsam Verzugszinsen festsetzten. Diese Sachverhalte sind nicht erneut zu beweisen, allerdings sind sie im Rahmen der Beweiswürdigung unter dem Gesichtspunkt des verfolgten Zwecks des gemeinsamen Inkassos erneut zu würdigen.

728. Gemäss Handelsregistereintrag bestand der Zweck der KTB AG darin, als «*Dienstleistungsunternehmen (Beratung, Geschäfts- und Betriebsführungen, Verwaltung, Inkasso, Forschung und Entwicklung, usw.) im Baubereich, speziell auf dem Gebiet der Aufbereitung von Steinen und Erden, Beton, Asphalt, Recycling u.a.m.*» zu agieren. Das Unternehmen konnte sich zudem an anderen Unternehmen beteiligten.[625]

729. Dem Jahresbericht der KTB AG 2013 ist zu entnehmen, dass sich die Rechts- und Beratungskosten erhöht hätten. Der Grund liege ausschliesslich in den ausserordentlichen juristischen Abklärung bei […] Rechtsanwälte.[626]

b. Zeugenaussagen

730. [D._____] sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 6. Oktober 2016 aus, die Beweggründe für die gemeinsame Inkassostelle seien gewesen, dass «*man einigermassen Ordnung hatte*.» Mit dem gemeinsamen Inkasso hätten die Debitorenverluste minimiert werden können. Es habe verhindert werden können, dass ein «*nichtzahlendes Unternehmen zum nächsten Werk*» wechselte.[627]

[623] Act. III.15, Zeile 199 (22-0440).
[624] Act. VI.29, Rz 374.
[625] Handelsregisteramt des Kantons Bern, Firmennummer CHE-108.001.239.
[626] Act. II.A.102, Seite 4 von 5.
[627] Act. III.28 (22-0440), Zeilen 140 ff.

c. Parteiauskünfte

731. [B._____] sagte am 9. Februar 2015 für die Kästli-Gruppe aus, dass die KTB AG bezweckt habe, die Debitorenverluste zu minimieren. Der Hauptgrund sei gewesen, dass das Inkasso effizienter und günstiger gewesen sei.[628] Die KTB AG habe pro Kubikmeter Beton einen Geldbetrag zurückgehalten. Die Differenz sei nach Auszahlung des Mengenrabattes den Betonwerken ausbezahlt oder eingefordert worden. Dies habe sich danach gerichtet, ob der «Pott» ausgereicht habe.[629] Die KTB AG sei aufgelöst worden, da Zweifel bezüglich ihrer Kartellrechtszulässigkeit bestanden hätten.[630]

732. Anlässlich seiner Einvernahme vom 17. Februar 2015 sagte [K._____] für die Alluvia-Gruppe aus, es habe wettbewerbsrechtliche Vorbehalte gegen eine gemeinsame Inkassostelle gegeben. Man habe dies im Jahr 2012 vernommen und entsprechend juristisch abklären lassen. Der Jurist habe empfohlen, das gemeinsame Inkasso aufzuheben.[631]

(iii) Beweiswürdigung

733. Mit Bezug auf den gemeinsamen Mengenrabatt und den Kies- und Betonbatzen zielte die Inkassostelle darauf, den Mengenrabatt und den Kies- und Betonbatzen zu ermitteln und auszuzahlen.

734. Wie bewiesen, tauschten die KTB-Werke darüber hinaus (dazu vorne Rz 700 ff.), im Rahmen der KTB AG folgende Rechnungsinformationen aus:

- das Datum der Rechnungsstellung,
- die Nummer des Lieferscheins,
- die Artikelbezeichnung,
- die gelieferte Menge,
- der Preis je Einheit,
- der Rabatt und
- der Rechnungsbetrag.

Die Angabe der gelieferten Menge kann einerseits dazu benützt werden, den gemeinsamen Mengenrabatt und den Kies- und Betonbatzen zu berechnen. Andererseits ermöglichten die Konkurrenten einander durch die Angabe der gelieferten Menge im Zusammenhang mit dem Preis je Einheit und dem erteilten Rabatt, die Preise und Rabatte untereinander anzupassen. Indem die Konkurrenten einander durch den Informationsaustausch diese Preis- und Rabattanpassung ermöglichten, manifestierten sie den gegenseitigen übereinstimmenden Willen, den Wettbewerb untereinander einschränken zu wollen.

735. Die Parteien betrieben erwiesenermassen eine gemeinsame Sperrliste für nicht oder schlecht zahlende Kunden, legten gemeinsame Verzugszinsen fest und trugen allfällige Debitorenverluste gemeinsam. Gemäss der übereinstimmenden Zeugenaussage von [D._____] und der Parteiaussage von [B._____] diente das gemeinsame Inkasso dazu, Debitorenverluste zu minimieren. Gemäss [D._____] konnte ein nichtzahlendes Unternehmen durch die gemeinsame Sperrung nicht zum nächsten Werk wechseln. Es gibt keinen Grund, an der grundsätzlichen Richtigkeit der übereinstimmenden und unabhängig voneinander gemachten Aussagen zu zweifeln. Ein Zweck des gemeinsamen Inkassos bestand folglich darin, die Debitorenverluste zu verringern.

736. Allerdings kann dieser Zweck des gemeinsamen Inkassos nicht losgelöst von der Tatsache gewürdigt werden, dass auch die Verzugszinsen gemeinsam festgelegt wurden und die Konkurrenten die Debitorenverluste gemeinsam trugen. Diese beiden Tatsachen bringen zum Ausdruck, dass sich die KTB-Werke wie Unternehmen derselben Unternehmensgruppe verhielten und nicht wie Konkurrenten, die miteinander im Wettbewerb stehen. Ferner ist zu beachten, dass die gemeinsame Inkassostelle die gemeinsamen Mengenrabatte und den Kies- und Betonbatzen, welche erwiesenermassen auf eine Einschränkung des Wettbewerbs zwischen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe zielten, berechnete und zugestand. Mit dem Betreiben der Inkassostelle bezweckten die Konkurrenten folglich nebst der Vermeidung von Debitorenverlusten auch, den Wettbewerb untereinander einzuschränken.

737. Damit ermöglichten sie einander, die Preise inkl. Rabatte aufeinander abzustimmen und auf einem bestimmten Niveau zu halten.

738. Wie [K._____] aussagte, hat es wettbewerbsrechtliche Vorbehalte gegen eine gemeinsame Inkassostelle gegeben. Man habe dies im Jahr 2012 vernommen und entsprechend juristisch abklären lassen. Der Jurist habe empfohlen, das gemeinsame Inkasso aufzuheben. Damit übereinstimmend sagte [B._____] aus, es sei unklar gewesen, ob das gemeinsame Inkasso kartellrechtlich zulässig gewesen sei. Damit stimmen auch die Angaben im Jahresbericht der KTB AG 2013 überein. Denn gemäss diesem Jahresbericht hatten sich die Rechts- und Beratungskosten erhöht. Der Grund liege ausschliesslich in den ausserordentlichen juristischen Abklärungen bei […] Rechtsanwälte. Es ist daher erwiesen, dass die Parteien an der Legalität des gemeinsamen Inkassos zweifelten und ihre Bedenken klären liessen. Die Parteien nahmen folglich zumindest zeitweise bewusst in Kauf, dass ihre Verhaltensweisen allenfalls nicht gesetzeskonform waren. Andernfalls hätten sie Fragen zum gemeinsamen Inkasso nicht auf ihre Kartellrechtskonformität prüfen lassen und das Inkasso weiter betrieben.[632]

[628] Act. III.14 (22-0440), Zeilen 316 ff.
[629] Act. III.14 (22-0440), Zeilen 451 ff.
[630] Act. III.14 (22-0440), Zeilen 346.
[631] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 285 ff.
[632] Die Alluvia-Gruppe räumt ein, dass sich die KTB zur Zulässigkeit des Inkassos von der Anwaltskanzlei […] beraten lassen habe. Diese habe das gemeinsame Inkasso als unzulässig beurteilt. Die KTB-Werke hätten daraufhin, das gemeinsame Inkasso beendet. Die Anwaltskanzlei sei von einer anderen Faktenlage ausgegangen, weshalb das gemeinsame Inkasso nicht sofort eingestellt worden sei. Die Alluvia-Gruppe erläutert nicht, was sie unter einer «anderen Faktenlage» versteht. Einen Beleg für dies Aussage liefert sie auch nicht, Act. VI.30, Rz 162.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahme

739. Die Kästli-Gruppe streitet ab, mit dem Inkasso einen kartellrechtswidrigen Zweck verfolgt zu haben. Sie bringt vor, Verzugszinsen seien kein Preiselement, sondern ein gesetzlich normiertes Schadenersatzelement. Das Einholen einer «Fachmeinung» sei kein Beweis für eine eventualvorsätzliche Zuwiderhandlung.[633]

Würdigung

740. Die Vorbringen der Kästli-Gruppe gehen fehl. Wie etwa aus dem Bankwesen bekannt ist, werden Zinsen u.a. als Entgelt für Dienstleistungen verrechnet. Zinsen sind also Preise. Nicht anders verhält es sich bei Verzugszinsen, welche als Preis für ausgeliehenes Geld zu betrachten sind.[634] Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Parteien gemeinsam Verzugszinsen vereinbart haben, welche die gesetzliche Höhe von 5 % überschreitet. Die Verzugszinsen sollten eine «*prohibitive Höhe erreichen*» (dazu vorne Rz 712 f.).

741. Soweit Kästli behauptet, das Einholen einer Fachmeinung sei kein Beweis für einen Eventualvorsatz, bezieht sie sich wohl auf die Beratung durch […] Rechtsanwälte, gemäss welcher – wie die Alluvia-Gruppe zugibt (vgl. Fn 632)[635] – das gemeinsame Inkasso unzulässig war. Der Umstand, dass die Verfahrensparteien die Zulässigkeit des gemeinsamen Inkassos rechtlich überprüfen liessen, zeigt, dass sie mit der möglichen Unzulässigkeit des gemeinsamen Inkassos rechneten, dieses Risiko aber billigend in Kauf nahmen. Andernfalls würde eine rechtliche Überprüfung und die gleichzeigte Weiterführung des Inkassos keinen Sinn machen. Im Anschluss an die rechtliche Beratung waren die Parteien überzeugt von der Unzulässigkeit ihres Verhaltens und stellten das gemeinsame Inkasso dennoch erst nach einer zeitlichen Verzögerung ein. Dies beweist, dass sie während dieser letzteren Zeitspanne die höchstwahrscheinliche Illegalität ihres Handelns bewusst und billigend in Kauf nahmen.

742. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Behörden die als Eventualvorsatz zu qualifizierende innere Einstellung der Parteien nicht zu beweisen brauchen. Es reicht, dass das Verhalten geeignet war, den Wettbewerb zu beschränken. Dem Gesetz ist die Vermutung einer erheblichen Beschränkung des Wettbewerbs – und damit der Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung – bei gemeinsame festgelegten Preisen inhärent.[636]

(v) Beweisergebnis

743. Es ist folglich bewiesen, dass der Zweck der gemeinsamen Inkassostelle einerseits darin bestand, die Debitorenverluste zu verringern. Andererseits bezweckten die Alluvia- und die Kästli-Gruppe mit dem gemeinsamen Mengenrabatt und dem Kies- und Betonbatzen Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren und den Wettbewerb untereinander einzuschränken. Schliesslich manifestierten die Konkurrenten im Rahmen der Rechnungsstellung durch den Austausch der Nummer des Lieferscheins, der Artikelbezeichnung, der gelieferte Menge, der Preise je Einheit, des erteilten Rabatts und des Rechnungsbetrags ihren Willen, die gegenseitige Preis- und Rabattanpassung zu ermöglichen und zu überwachen. Auch dadurch manifestierten sie den gegenseitigen übereinstimmenden Willen, den Wettbewerb untereinander einzuschränken. Die Parteien waren sich bewusst, dass das gemeinsame Inkasso nicht gesetzeskonform sein könnte, weshalb sie das Konstrukt der KTB AG juristisch abklären liessen.

B.5.6.3 Dauer

(i) Beweisthema

744. Nachfolgend ist zu prüfen, während welcher Zeitperiode zwischen den Verfahrensparteien Konsens über den Betrieb der gemeinsamen Inkassostelle und deren Aufgaben bestand, um den gemeinsamen Mengenrabatt und den Kies- und Betonbatzen zu berechnen und auszurichten sowie den Konkurrenzkampf untereinander einzuschränken, indem sie gemeinsam Verzugszinsen festlegten, gemeinsam Preise, Rabatte und Mengenangaben austauschten und gemeinsam Debitorenverluste trugen.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

745. Einem Schreiben der Kästli-Gruppe vom November 2013 ist zu entnehmen, dass die KTB AG ihre Tätigkeit einstelle und als Organ für den Mengenrabatt der Betonwerke Bern und Umgebung entfalle. Ferner teilte die Kästli-Gruppe mit, dass sie ihre Preise im Jahr 2014 abgesehen von wenigen Ausnahmen nicht erhöhen werde.[637] Aus einer Vorlage eines Kundenschreibens vom 14. November 2013 geht hervor, dass die Alluvia-Gruppe beschlossen habe, ihre Lieferungen netto in Rechnung zu stellen. Zudem würden die Preise für das Jahr 2014 nicht erhöht werden.[638]

746. Aus einem Protokoll der Geschäftsleitung der Alluvia-Gruppe (damals HM-Gruppe) vom 13. März 2012 geht hervor, dass die Inkassostelle der KTB am 1.1.2012 ihr 40-jähriges Bestehen feiere. Das Unternehmen sei als einfache Gesellschaft KTWB gegründet worden.[639] Dem Jahresbericht 2013 der KTB AG ist zu entnehmen, ein gemeinsames Inkasso durch Konkurrenzfirmen passe nicht mehr in die heutige Zeit und das rechtliche Umfeld. Daher sei entschieden worden, dieses aufzugeben und die KTB AG zu liquidieren. Ab Januar 2014 erfolge deshalb das Inkasso der Aktionärsfirmen nicht mehr über die Gemeinschaftsbeteiligung KTB AG, sondern direkt. Bis im Juni 2014 sollten sämtliche Ausstände einkassiert sein, damit per 30.6.2014 die Liquidation durchgeführt werden könne.[640]

[633] Act. VI.29, Rz 387 f.
[634] Vgl. z.B. HERMANN BECKER, in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Bd. Nr. VI/1, 1945, Art. 104 N 2.
[635] Act. VI.30, Rz 162.
[636] BGE 143 II 297, 318 E. 5.2.5, 323 f. E. 5.4.2.
[637] Act. II.A.84.
[638] Act. II.B.X.371 (22-0440).
[639] Act. II.B.X.341 (22-0440), 3/14, Punkt 1.4.3, Bulletpoint 4.
[640] Act. II.B.X.410 (22-0440).

747. Gemäss dem Auszug des Handelsregisteramtes des Kantons Bern wurde die Trevo AG – die Vorgängerin der KTB AG – am 11. Mai 1981 ins Handelsregister eingetragen. Mit Beschluss der Generalversammlung vom 20. Juni 2014 wurde die KTB AG aufgelöst. Die Liquidation wurde am 21. Januar 2016 beendet und das Unternehmen aus dem Handelsregister gelöscht.[641]

b. Zeugenaussagen

748. [D._____] sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 6. Oktober 2016 aus, Messerli, Hofstetter und Kästli hätten zusammen eine Inkassostelle gegründet. Die Inkassostelle habe ein zentralisiertes Mahnwesen betrieben. Sie habe die Rechnungskopien erhalten, zuletzt aber nicht mehr. Sie habe ferner eine gemeinsame Sperrliste geführt. Auf der Sperrliste seien Unternehmen vermerkt gewesen, die eine schlechte Zahlungsmoral gehabt oder gar nicht bezahlt hätten. Auf der Sperrliste habe beispielsweise ein Vermerk gestanden, dass ein spezifisches Unternehmen bar bezahlen musste.[642]

c. Parteiaussagen

749. [K._____] sagte am 17. Februar 2015 aus, in den Rechnungsdaten, welche die KTB AG erhalten habe, seien die Angaben des Kunden, die Rechnungsnummer, der Gesamtbetrag der Rechnung und das Fälligkeitsdatum enthalten gewesen.[643]

(iii) Beweiswürdigung

750. Aus den Schreiben der Alluvia- und der Kästli-Gruppe ist ersichtlich, dass der gemeinsame Mengenrabatt zu Beginn des Jahres 2014 nicht mehr von der gemeinsamen Inkassostelle ausgerichtet wurde. Wie bewiesen, wurde der Kies- und Betonbatzen bis Ende 2011 ausgerichtet (dazu vorne B.5.5.3, Rz 650 ff.). Aus dem Protokoll der Geschäftsleitung der Alluvia-Gruppe aus dem Jahr 2012 geht hervor, dass die Vorgängerin der KTB AG im Jahr 1972 gegründet worden war. Aus dem Jahresbericht 2013 und dem Handelsregister ist zudem ersichtlich, dass die KTB AG am 20. Juni 2014 aufgelöst wurde. Bis zu diesem Zeitpunkt kassierte sie ausstehende Rechnungen noch ein. Zumal die anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellten Dokumentbeweise mit den Einträgen im Handelsregister übereinstimmen, ist die Richtigkeit der Angaben bewiesen.

751. Da [D._____] aussagte, zuletzt seien keine Rechnungskopien mehr versandt worden, und dem Sekretariat keine derartigen Rechnungen nach dem 18. Juli 2013 vorliegen, ist zugunsten der Parteien davon auszugehen, dass nach dem 18. Juli 2013 keine Rechnungskopien mehr an die KTB AG versandt wurden und die KTB AG entsprechend den Aussagen von [K._____] nur noch die Angaben des Kunden, die Rechnungsnummer, den Gesamtbetrag der Rechnung und das Fälligkeitsdatum eingesehen hat.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahme

752. Die Kästli-Gruppe bringt vor, die Fakturierung sei bis ca. 2004/2005 über die Inkassostelle gelaufen. Damals seien die Rechnungen an die Inkassostelle übermittelt worden, danach nicht mehr. Nur bei Rechnungen, für deren Bezahlung rechtliche Schritte eingeleitet worden seien, seien weiterhin Rechnungskopien an die Inkassostelle geleitet worden.[644]

Würdigung

753. Die Vorbringen vermögen die den Wettbewerbsbehörden vorliegenden Rechnungen nicht zu beseitigen (dazu Rz 701 f.). Es steht fest, dass die Rechnungen an die Inkassostelle zediert wurden, die Rechnungen der Kästli Bau AG enthielten im Briefkopf sowohl die Adresse der Kästli Bau AG und der Frischbeton AG Rubigen als auch die Adresse der KTB Inkassostelle. Dieser Umstand stimmt mit der gesetzlichen Pflicht des Abtretenden überein, die Schuldurkunde und sämtliche vorhandenen Beweismittel dem Erwerber auszuliefern (Art. 170 Abs. 2 OR). Die letzte dem Sekretariat vorliegende Rechnung dieser Art stammt vom 18. Juli 2013.[645] Dies zeigt, dass nicht bloss die Rechnungen der betriebenen Forderungen an die Inkassostelle übertragen wurden, sondern die Rechnungen für alle einzutreibenden Forderungen. Das Eintreiben sämtlicher ausstehender Rechnungen gehört im Übrigen zur üblichen Tätigkeit einer Inkassostelle. Die Parteien belegen nicht, dass es sich vorliegend anders verhalten hat.

(v) Beweisergebnis

754. Es steht fest, dass die Vorgängerin der KTB AG 1972 als einfache Gesellschaft gegründet wurde, am 11. Mai 1981 wurde das Unternehmen erstmals ins Handelsregister eingetragen. Es existierte de facto bis zum 20. Juni 2014. Das Unternehmen bestand daher zumindest zwischen dem 11. Mai 1981 bis zum 20. Juni 2014. Die Rechnungskopien wurden lediglich bis zum 18. Juli 2013 an die KTB AG versandt. D.h., die vollumfängliche Tätigkeit der Inkassostelle dauerte 32 Jahre und 2 Monate.

B.5.6.4 Umsetzung und Auswirkungen

(i) Beweisthema

755. Nachfolgend ist Beweis darüber zu führen, ob sich die beteiligten Verfahrensparteien tatsächlich entsprechend ihrem Konsens verhielten, eine gemeinsame Inkassostelle zur Gewährung des gemeinsamen Mengenrabattes, zur Festlegung gemeinsamer Verzugszinsen, zur Erstellung gemeinsamer Sperrlisten, zum Austausch der Nummer des Lieferscheins, der Artikelbezeichnung, der gelieferte Menge, dem Preis je Einheit, dem erteilten Rabatt und dem Rechnungsbetrag zu ermöglichen. Ferner ist zu beweisen, ob sie sich entsprechend ihrem Konsens verhielten und die gegenseitige Preis- und Rabattanpassung ermöglichten. Darüber hinaus sind die Auswirkungen zu beurteilen, welche dieses Verhalten

[641] https://be.chregister.ch/cr-portal/, Firmennummer CHE-108.001.239.
[642] Act. III.28, (22-0440), Zeilen 137 ff., 147 ff.
[643] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 177 ff.
[644] Act. VI.29, Rz 374.
[645] Act. VIII.B.36.a, Beilagen 2, 4, 5.

gegebenenfalls hatte. Die Umsetzung und die Auswirkungen des gemeinsamen Mengenrabatts (dazu vorne B.5.3.4, Rz 359 ff.) und des Kies- und Betonbatzens (dazu vorne B.5.5.4, Rz 660 ff.) wurden bereits bewiesen, es kann auf die entsprechenden Antragsstellen verwiesen werden.

(ii) Beweismittel

756. Dem Sekretariat liegen die folgenden Beweismittel vor:

a. Urkunden

757. Aus den Jahresberichten 2011 und 2013 ist zu entnehmen, dass gewissen Kunden erhöhte Verzugszinssätze von 8 % verrechnet wurden. Sofern in der Folge die Zahlungsfristen eingehalten wurden oder ein Unternehmen Konkurs ging, wurde es wieder von der Liste gestrichen.[646]

758. Eine Excel-Tabelle vom 25. September 2014 listet die kumulierten fakturierten Bruttobeträge der KTB AG bzw. ihrer Vorgängerin zwischen 1972 und 2013 auf. Der fakturierte Gesamtbetrag zwischen 1972 bis 2013 beläuft sich auf über [2–4] Milliarden Franken. Die im Jahr 2013 fakturierten Beträge betrugen Fr. [50 000 000–150 000 000].[647]

759. In einem Dokument der Werbeagentur Baldinger & Baldinger AG[648] wird die Synthese eines Strategie Workshops der Alluvia-Gruppe vom Juli/August 2008 festgehalten. Gemäss der sogenannten SWOT-Analyse (Akronym für Strenghts, Weaknesses, Opportunities, Threats) kommen die Autoren zum Schluss, dass das Unternehmen unter anderem wegen des «*konkurrenzübergreifenden*» Inkassos fast keine Debitorenverluste erleide und daher «*wirtschaftlich*» handle.[649]

760. Einem Protokoll der Geschäftsleitungssitzung vom 13. März 2014 der Alluvia-Gruppe ist zu entnehmen, dass die Debitorenverluste der KTB bereits bis zum Wechsel der Geschäftsführung im Herbst 2009 nur 0,065 % der Inkassoumsätze betrugen, diese Verluste hätten in den Jahren 2010 bis 2013 sogar auf 0,014 % gesenkt werden können.[650]

761. Aus einer Aufstellung der Debitorenverluste bis ins Jahr 2014 ergeben sich der Name und die Adresse der Debitoren, das Jahr und der Betrag des Verlusts, die bis ins Jahr 2014 erfolgten Zahlungen, die effektiven Verluste und die Verlustträger. Aus der Tabelle ist ersichtlich, dass die zentrale Inkassostelle des KTB (ZIT) zwischen den Jahren 1975 bis 2014 in rund 98 Fällen die Verluste trug.[651]

b. Zeugenaussagen

762. [D._____] sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 6. Oktober 2016 aus, Messerli, Hofstetter und Kästli hätten zusammen eine Inkassostelle gegründet. Die Inkassostelle habe ein zentralisiertes Mahnwesen betrieben. Sie habe die Rechnungskopien erhalten, zuletzt aber nicht mehr. Sie habe ferner eine gemeinsame Sperrliste geführt. Auf der Sperrliste seien Unternehmen vermerkt gewesen, die eine schlechte Zahlungsmoral gehabt oder gar nicht bezahlt hätten. Auf der Sperrliste habe beispielsweise ein Vermerk gestanden, dass ein spezifisches Unternehmen bar bezahlen musste.[652]

c. Parteiauskünfte

763. Gemäss [K._____] von der Alluvia AG sei KTB AG eine reine Inkassogesellschaft gewesen[653] und habe einen sehr kleinen Gewinn erwirtschaftet. Man hätte einfach darauf geachtet, keinen Verlust zu erzielen und dies buchhalterisch entsprechend gesteuert.[654] Der [Funktionsbezeichnung] der KTB AG habe über keinen Arbeitsvertrag mit der KTB AG verfügt. Der [Funktionsbezeichnung] der KTB AG sei von der Alluvia AG angestellt worden zu etwa 30 %. Die Lohnzahlung sei mit der KTB AG verrechnet worden.[655]

(iii) Beweiswürdigung

764. Es ist bewiesen, dass die Verfahrensparteien den übereinstimmenden wirklichen Willen hatten, gemeinsam eine Inkassostelle zu betreiben. Es ist auch erwiesen, dass der KTB AG jeweils die Rechnungen ihrer Mitgliederunternehmen abgetreten wurden. Es ist auch erstellt, dass der [Funktionsbezeichnung] der KTB AG aus den Rechnungen das Datum der Rechnungsstellung, die Nummer des Lieferscheins, die Artikelbezeichnung, die gelieferte Menge, den Preis je Einheit, den Rabatt und den Rechnungsbetrag ersehen konnte (dazu vorne Rz 700 ff.). Aufgrund der Doppelfunktion des KTB-[Funktionsbezeichnung], welcher auch [Mitarbeiter] der Alluvia AG war, fand damit ein umfassender Informationsaustausch zwischen den Verfahrensparteien statt (dazu vorne Rz 699).

765. Es ist erwiesen, dass die Verfahrensparteien die Debitorenverluste gemeinsam trugen, einheitliche Zahlungs- und Verzugskonditionen festlegten (wie die Zahlungsfirst, die gemeinsame Verzugszinshöhe von bis zu 8 % und eine gemeinsame Liefersperrliste). Die beteiligten Konkurrenten verzichteten damit darauf, sich bezüglich den Zahlungs- und Verzugskonditionen und den gemeinsamen Mengenrabatten zu konkurrieren (dazu vorne Rz 712 f., Rz 714).

766. Wie die Auflistung in der Excel-Tabelle vom 25. September 2014 mit den kumulierten fakturierten Bruttobeträgen der KTB AG zwischen 1972 und 2013 beweist, fakturierte die KTB AG (bzw. ihre Vorgängerinnen) zwischen 1972 bis 2013 einen Gesamtbetrag von über [2–4] Milliarden Franken. Die im Jahr 2013 fakturierten Beträge betrugen [50 000 000–150 000 000] Franken. An der Umsetzung des gemeinsamen Inkassos bestehen keine Zweifel.

[646] Act. II.A.35, «2.2. Stand Jahresende 2011», 15; Act. II.A.106, «2.2. Stand Jahresende 2013», 7.
[647] Act. II.B.25.
[648] Handelsregister des Kantons Aargau, Firmennummer CHE-107.721.785.
[649] Act. II.B.X.247, 7, Punkt 6.2 «Stärken».
[650] Act. II.B.X.402 (22-0440), 3/16.
[651] Act. II.B.25.
[652] Act. III.28, (22-0440), Zeilen 137 ff., 147 ff.
[653] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 98 f.
[654] Act. III.15 (22-0440), Zeilen 135 f.
[655] Act. III. 15 (22-0440), Zeilen 151 ff.

767. Das Dokument der Werbeagentur Baldinger & Baldinger AG vom Juli/August 2008 hält fest, dass die KTB-Unternehmen aufgrund des «*konkurrenzübergreifenden*» Inkassos fast keine Debitorenverluste erlitten. Die Analyse stimmt mit den Inhalten des Protokolls einer Geschäftsleitungssitzung vom 13. März 2014 der Alluvia-Gruppe überein. Demnach betrugen die Debitorenverluste der KTB bereits bis zum Wechsel der Geschäftsführung im Herbst 2009 nur 0,065 % der Inkassoumsätze und wurde in den Jahren 2010 bis 2013 auf 0,014 % gesenkt. Es ist daher bewiesen, dass einerseits das «*konkurrenzübergreifende*» Inkasso umgesetzt wurde und zum anderen zu tiefen Debitorenverlusten beitrug. Zumal die Festlegung der gemeinsamen Zahlungskonditionen, die gemeinsam festgelegten Verzugszinsen, die gemeinsamen Liefersperrlisten erwiesen sind und in der Praxis zur Anwendung gelangten, ist dadurch die Umsetzung und die Auswirkung des Inkassos erwiesen.

(iv) Beweisergebnis

768. Es ist bewiesen, dass das gemeinsame Inkasso tatsächlich umgesetzt wurde und zwischen 1972 bis 2013 ein Gesamtbetrag von über [2–4] Milliarden Franken einkassiert wurde. Dies geschah unter Anwendung der gemeinsamen Verzugs- und Zahlungskonditionen, d.h. einer gemeinsam festgelegten Zahlungsfrist, einer gemeinsamen Verzugszinshöhe von bis zu 8 % und einer gemeinsamen Liefersperrliste. Dies führte zu tiefen Debitorenverlusten für die KTB AG. Ferner tauschten die Verfahrensparteien Rechnungsangaben (Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) miteinander aus, welche es ihnen ermöglichte, die Preise und Rabatte einander anzupassen.

769. Wie eingangs erwähnt, wurden die Umsetzung und die Auswirkungen des gemeinsamen Mengenrabatts (dazu vorne B.5.3.4, Rz 359 ff.) und des Kies- und Betonbatzens (dazu vorne B.5.5.4, Rz 660 ff.) bereits bewiesen, es kann diesbezüglich auf die entsprechenden Antragsstellen verwiesen werden. Diese Auswirkungen können nicht getrennt von der gemeinsamen Inkassostelle betrachtete werden und sind dieser zuzurechnen, da sie für die Sammlung der Informationen, die Auswertung und die Ausbezahlung zuständig war.

B.5.6.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis zum gemeinsamen Inkasso und Tragen der Debitorenverluste sowie zu den Liefersperren gegenüber Kunden

770. Zwischen den Verfahrensparteien lagen seit spätestens dem Jahr 1972 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen vor (Konsens), das Inkasso gemeinsam zu führen, Zahlungs- und Verzugszinskonditionen (unter anderem Skonto) zu vereinheitlichen, die Debitorenverluste gemeinsam zu tragen sowie gemeinsam Liefersperren gegenüber Kunden und Kundinnen zu verhängen. Daran beteiligt waren die Alluvia-Gruppe mit den Kies- und Betonwerken Mattstetten, Hindelbank, Bern-Bethlehem, Oberwangen sowie dem Betonwerk Worblaufen und die Kästli-Gruppe mit dem Kies- und Betonwerk Rubigen. Damit verfolgten die Verfahrensparteien namentlich folgende Ziele:

- die gemeinsamen Mengenrabatte und den Kies- und Betonbatzen zu berechnen und auszurichten;
- sich in Bezug auf Zahlungs- und Verzugszinskonditionen (unter anderem Skonto) nicht zu konkurrieren;
- höhere Verzugszinse durchsetzen zu können;
- das Delkredererisiko gemeinsam zu verringern und untereinander auszugleichen;
- gegenseitig Informationen zu Kunden und Kundinnen, ausgeführten Aufträgen und erzielten Jahresumsätzen zu erhalten.

771. Der Konsens zum gemeinsamen Inkasso und weiteren genannten Verhaltenskoordinierungen bestand bis Ende 2013.

772. Im Rahmen der gemeinsamen Inkassostelle organisierten die Parteien die Auszahlung und Berechnung des gemeinsamen Mengenrabatts und des gemeinsamen Kies- und Betonbatzens und bezweckten dadurch, Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren. Die Konkurrenten bezweckten durch den Austausch der Nummer des Lieferscheins, der Artikelbezeichnung, der gelieferten Menge, der Preise je Einheit, des erteilten Rabatts und des Rechnungsbetrags im Rahmen ihrer Rechnungstellung die gegenseitige Anpassung der Preis- und Rabattstrategie.

773. Die Verfahrensparteien verhielten sich in den Jahren 1981 bis 2013 entsprechend ihrem Konsens. Sie führten ein gemeinsames Inkasso, vereinheitlichten Zahlungs- und Verzugszinskonditionen (unter anderem Skonto), trugen die Debitorenverluste gemeinsam und verhängten gemeinsam Liefersperren gegenüber Kunden und Kundinnen. Hierzu trafen sich die Geschäftsführer und Verkaufsleiter der Verfahrensparteien monatlich zu einer Sitzung der KTB AG und besprachen und beschlossen die entsprechenden Massnahmen.

774. Ihre Verhaltenskoordinierungen führten dazu, dass sich die Verfahrensparteien in Bezug auf Zahlungs- und Verzugszinskonditionen nicht konkurrierten, höhere Verzugszinsen durchsetzen konnten sowie das Delkredererisiko gemeinsam verringerten und untereinander ausglichen. Zudem erlaubte ihnen der Betrieb der gemeinsamen Inkassostelle, gegenseitig Informationen zu Kunden und Kundinnen, ausgeführten Aufträgen und erzielten Jahresumsätzen zu erhalten.

B.5.7 Sämtliche Verhaltensweisen umspannender Konsens zur Zusammenarbeit

B.5.7.1 Vorbemerkung und Beweisthema

775. Die Koordination der Listenpreise (dazu vorne Rz 294 ff.), der gemeinsame Mengenrabatt (dazu vorne Rz 383 ff.), die Koordination der Liefergebiete (dazu vorne Rz 623 ff.), der Kies- und Betonbatzen (dazu vorne Rz 683 ff.) sowie das gemeinsame Inkasso, die einheitlichen Verzugszinsen, das gemeinsame Tragen der Debitorenverluste und die gemeinsamen Liefersperren gegenüber Kunden und Kundinnen (dazu vorne Rz 770 ff.) sind bewiesen. Bezüglich dieser fünf Sachverhaltsabschnitte liegt je eine tatsächliche übereinstimmende

Willenserklärung zwischen den Verfahrensparteien vor. Diese Massnahmen wurden von den Verfahrensparteien zwischen 1972 bis Ende 2013 parallel zueinander umgesetzt.

776. In der Folge ist Beweis darüber zu führen, ob sich aus diesen bewiesenen Sachverhalten ein sämtliche Verhaltensweisen umspannender Grundkonsens herleiten lässt, den Wettbewerb auf den hier in Frage stehenden Märkten einzuschränken.

B.5.7.2 Beweismittel

777. Mit Bezug auf die Beweismittel sei auf die bis hierhin genannten Beweismittel verwiesen. Sie brauchen nicht wiederholt zu werden. Gestützt darauf lassen sich die fünf soeben genannten Verhaltensweisen nachweisen.

B.5.7.3 Beweiswürdigung

778. Der Umstand, dass die Parteien während einer Vielzahl von Jahren ihre Listenpreise koordinierten (dazu vorne Rz 294 ff.), einen gemeinsame Mengenrabatt festlegten (dazu vorne Rz 383 ff.), ihre Liefergebiete koordinierten (dazu vorne Rz 623 ff.), einen Kies- und Betonbatzen (dazu vorne Rz 683 ff.) ausbezahlten und im Rahmen des gemeinsamen Inkasso sensible Rechnungsinformationen über Preise, Rabatte und Mengen austauschten, gemeinsam Verzugszinsen festlegten und zusätzlich unter den vorliegenden Umständen gemeinsam die Debitorenverluste trugen und gemeinsamen Liefersperren gegenüber Kunden und Kundinnen vereinbarten (dazu vorne Rz 770 ff.) mit der sie den Wettbewerb untereinander einzuschränken bezweckten (dazu vorne Rz 296, Rz 385, Rz 625, Rz 743) und den Wettbewerbsdruck durch Ausstehende zu verringern bezweckten (dazu vorne Rz 385, Rz 685), ist als Ausfluss einer übereinstimmenden Willenserklärung zu betrachten (Grundkonsens), der sämtliche dieser Verhaltensweisen umspannt. Es ist unerheblich, ob dieser Grundkonsens in einer Ver-tragsurkunde festgehalten wurde. Im über Jahre dauernden Verhalten der Verfahrensparteien ist ein konkludentes Verhalten zu erblicken, aus dem sich die übereinstimmende Willenserklärung, die Wettbewerbsverhältnisse in den Bereichen Kies- und Betonverkäufe im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) zu regeln, ergibt.

779. Dieses Ergebnis ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass der gemeinsame Mengenrabatt laut Parteien zu einer Verkürzung der Transportdistanzen führen sollte und somit dazu beitrug, dass die Parteien vor Aussenkonkurrenz geschützt waren und ihre Liefergebiete koordinieren konnten. Zur gemeinsamen Kundenbindung der Bauunternehmen im gemeinsamen Liefergebiet und zur Fernhaltung von Aussenkonkurrenten diente zusätzlich der Kies- und Betonbatzen. Die KTB AG berechnete und bezahlte zudem den gemeinsamen Mengenrabatt und den Kies- und Betonbatzen. Die Wirkung dieser Massnahmen wurde durch die Koordination der Preislisten verstärkt. Daraus ist ersichtlich, dass sämtliche Sachverhalte Teil eines Gesamtsystems zur Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Parteien waren.

B.5.7.4 Parteistellungnahmen und Würdigung

Stellungnahmen

780. Die Kästli-Gruppe und die Alluvia-Gruppe verneinen das Vorliegen eines sämtliche Verhaltensweisen umspannenden Konsenses zur Zusammenarbeit.[656] Die Alluvia-Gruppe meint, es sei kein verbindendes Element zwischen den verschiedenen Verhaltensweisen zu erblicken.[657] Die einzelnen Verhaltensweisen hätten unterschiedliche Beweggründe und seien zu unterschiedlichen Zeitpunkten eingeführt worden. Die wichtigen Entwicklungen wie die Auflösung der KTB-Verbandes, die Mitarbeit der Untersuchungsadressaten an der ADT-Sachplanung und die Fusion von Messerli und Hofstetter seien nicht beachtet worden.

Würdigung

781. Dazu ist Folgendes anzumerken. Das verbindende Element zwischen den verschiedenen Sachverhaltselementen besteht darin, dass dieselben Parteien an einer Reihe von zeitlich parallelen Verhaltensweisen beteiligt waren:

- Die Koordination der Listenpreise (2001 bis 2013, bzw. 1974 bis 1997 gemeinsame Bruttopreisliste, dazu Rz 247),
- der gemeinsame Mengenrabatt (1996 bis 2013, dazu Rz 358)
- die Koordination der Liefergebiete (Ende 1976 bis 2013, dazu Rz 454 f.),
- der gemeinsame Kies- und Betonbatzen (1998 bis Ende 2011, dazu Rz 659),
- die gemeinsame Inkassostelle, welche nebst dem Inkasso den gemeinsamen Mengenrabatte sowie den gemeinsamen Kies- und Betonbatzen berechnete und ausrichtete (1972 bis 2014, dazu Rz 754).

782. Es ist irrelevant, ob die Parteien die Verhaltensweisen zu verschiedenen Zeitpunkten begonnen haben. Tatsache ist, dass dieselben Parteien mit allen Verhaltensweisen den Wettbewerb untereinander zu beschränken versuchten. Zeitlich überschnitten sich die Verhaltensweisen über lange Strecken. Daraus ergibt sich der stillschweigende Wille zur umfassenden gemeinsamen Wettbewerbsbeschränkung.

783. Die Behauptung die Behörden hätten die Auflösung der KTB-Verbandes, die Mitarbeit der Untersuchungsadressaten an der ADT-Sachplanung und die Fusion von Messerli und Hofstetter nicht beachtet, sind falsch. Dazu sei auf die betreffenden Stellen verwiesen (vgl. z.B. Rz 11 f.; Rz 792 ff.; Rz 5).

[656] Act. VI.29, Rz 389–392, Act. VI.30, Rz 163.
[657] Act. VI.30, Rz 165.

784. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass sich diese gesamthafte Betrachtung rechtlich vorteilhaft auf die Parteien auswirkt. Es ermöglicht ihre Verhaltensweisen nicht als getrennte Wettbewerbsverstösse festzulegen. Getrennte Wettbewerbsverstösse werden praxisgemäss getrennt sanktioniert und die verschiedenen Sanktionen kumuliert. Eine Kumulierung der Sanktionen für verschiedene Wettbewerbsverstösse würde zu einer starken Sanktionserhöhung führen.

B.5.7.5 Beweisergebnis

785. Insgesamt ist erwiesen, dass die Verfahrensparteien seit spätestens 2004 bis 2013 den tatsächlich übereinstimmenden Willen hatten (natürlicher Konsens), den Wettbewerb in den Bereichen Kies- und Betonverkäufe im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) zu regeln, indem sie den Wettbewerb untereinander einschränkten und die Kies- und Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) in diesen Jahren soweit als möglich verhinderten.

C. Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

786. Das Kartellgesetz (KG) 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). Sowohl die Alluvia-Gruppe als auch die Kästli-Gruppe erfüllen den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1bis KG. Damit ist das KG vorliegend in persönlicher Hinsicht anwendbar.

787. 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). Ob die Parteien solche Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG) getroffen haben und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend beurteilt. Ferner wird überprüft, ob ein Verstoss gegen Art. 7 vorliegt. Es sei auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

788. Schliesslich fallen die vorliegend zu beurteilenden Sachverhalte in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Verfügungsadressaten

789. Wenn wie vorliegend mehrere Gesellschaften als Trägerinnen eines Unternehmens im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind, stellt sich die Frage, welche Rechtsträger beziehungsweise welche juristisch selbständigen Gesellschaften als Verfügungsadressaten heranzuziehen sind.

790. Gemäss Rechtsprechung steht es im Ermessen der WEKO, die Verfügungsadressaten aus den Gesellschaften auszuwählen, welche Unternehmensträgerinnen sind.[658] Grundsätzlich ist es sachgerecht, sowohl die operativen Gesellschaften, welche am relevanten Wettbewerbsverhalten beteiligt waren, als auch deren Muttergesellschaften heranzuziehen.[659] Für diese Vorgehensweise spricht im vorliegenden Fall auch der Umstand, dass sich die Eröffnung der Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern[660] und die Zwischenverfügung vom 21. November 2016 betreffend Verfahrenstrennung[661] ebenfalls gegen die operativ tätigen Gesellschaften und deren Muttergesellschaften richteten.

791. Hieraus ergibt sich, dass die Verfügung den folgenden juristischen Personen zu eröffnen ist:

- Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern für die Alluvia-Gruppe;
- Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG für die Kästli-Gruppe.

C.3 Vorbehaltene Vorschriften

792. 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). Ebenso wenig fallen Wettbewerbswirkungen unter das Gesetz, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG). Letzteres ist für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes nicht von Bedeutung.

793. Die Parteien bringen vor, der gemeinsame Mengenrabatt habe im Einklang mit den öffentlich-rechtlichen Vorgaben des kantonalen Sachplans ADT gestanden, weil er zu kürzeren Transportwegen geführt habe (dazu vorne Rz 327 ff.). Zudem seien sie an der Ausarbeitung des Sachplans ADT beteiligt gewesen. Sie machen damit sinngemäss einen Vorbehalt gemäss Art. 3 KG geltend.

794. Wie dargelegt, gab es bei der Einführung des Mengenrabattes anfangs 1996 den Sachplan ADT vom 16. September 1998 noch nicht. Auf kantonaler Stufe gab es zuvor keine Sachplanung für Materialabbau und Inertstoffdeponien (dazu vorne Rz 335). Mit dem gemeinsamen Mengenrabatt bezweckten die Verfahrensparteien insbesondere, sich bei der Gewährung von Mengenrabatten für Betonbezüge nicht zu konkurrieren sowie ihre Liefergebiete zu koordinieren (dazu vorne Rz 623 ff.). Zudem bezweckten sie damit, Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren. Art. 3 Abs. 1 KG gelangt daher vorliegend nicht zur Anwendung.

---

[658] Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 586 Rz 72, *Preispolitik Swisscom ADSL*.
[659] Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 586 f. Rz 73, *Preispolitik Swisscom ADSL*.
[660] Act. I.3 und Act. I.7 (22-0440).
[661] Act. V.5.1-2 (22-0440).

795. Selbst wenn man jedoch davon ausginge, die Parteien hätten angestrebt, aufgrund des Sachplans ADT die Transportstrecken zu verkürzen, würde Art. 3 KG aus den folgenden Gründen nicht zur Anwendung gelangen:

- Vorliegend ist nicht streitig, ob eine vorbehaltene Vorschrift vorliegt, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG begründen würde. Es ist einzig zu prüfen, ob der Sachplan ADT eine Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG ist, welche die Alluvia- und die Kästli-Gruppe mit besonderen Rechten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben ausstattet.
- Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltene Vorschriften sind grundsätzlich sowohl Gesetze im formellen Sinne als auch – sofern die Grundsätze der Gesetzesdelegation eingehalten wurden – Verordnungen.[662] Es ist daher zu prüfen, ob der Sachplan ADT ein Gesetz im formellen Sinne oder eine Verordnung ist.

  Das Verfahren auf Erlass eines Gesetzes im formellen Sinne unterscheidet sich wesentlich von der Erarbeitung eines Sachplans. Im Kanton Bern unterliegen die im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vom Grossen Rat erlassenen Gesetze dem fakultativen Referendum (Art. 62 Abs. 1 Bst. a KV/BE[663]). Sachpläne werden hingegen im Auftrag des Regierungsrats von den Direktionen erarbeitet (Art. 99 Abs. 1 BauG/BE[664]), wobei eine Mitwirkung der Bürgerinnen und Bürger nicht vorgesehen ist. Daraus ist ersichtlich, dass der Sachplan ADT kein Gesetz im formellen Sinn ist.

  Sachpläne sind sodann auch keine Verordnungen, welche eine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG sein könnten. Zwar werden Sachpläne gleich wie Verordnungen vom Regierungsrat erlassen beziehungsweise bezeichnet (Art. 88 Abs. 2 KV/BE und Art. 99 Abs. 1 BauG/BE), doch sind sie nur für Behörden verbindlich (Art. 57 Abs. 1 BauG/BE). Sie sind daher keine Rechtssätze bzw. Verordnungen.[665]

  Selbst wenn Sachpläne Verordnungen wären, würden Normen auf Verordnungsstufe nur dann als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG in Betracht fallen, wenn die Grundsätze der Gesetzesdelegation[666] eingehalten worden wären, das heisst dem Regierungsrat Rechtsetzungskompetenzen (zum Ausschluss von Wettbewerb) übertragen worden wären. Die gesetzliche Grundlage für die Bezeichnung von Sachplänen (Art. 99 Abs. 1 BauG/BE) erfüllt diese Voraussetzungen nicht.

796. Die Ausführungen zeigen, dass der Sachplan ADT weder mit einem Gesetz im formellen Sinn noch mit einer Verordnung, die den Grundsätzen der Gesetzesdelegation genügt, vergleichbar ist. Folglich sind die Vorgaben im Sachplan ADT keine vorbehaltenen Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG.

797. Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass, selbst wenn man die Vorgaben des Sachplans ADT als Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG qualifizieren würde, die Bestimmung vorliegend nicht zur Anwendung gelangen würde, da der Sachplan ADT aus dem Jahr 1998 den Wettbewerb nicht zugunsten der Parteien ausschliesst. Er räumt den Parteien an keiner Stelle das Recht ein, anhand von Preis- und Gebietsabreden oder unter Missbrauch ihrer Marktposition den Wettbewerb zu beschränken.[667] Damit Art. 3 Abs. 1 KG überhaupt zur Anwendung gelangen könnte, müsste der ADT Sachplan 1998 ein wettbewerbswidriges Verhalten der Parteien aber klar anordnen oder zulassen.[668]

798. Zusammenfassend steht somit fest, dass der Sachplan ADT den Verfahrensparteien keine besonderen, den Wettbewerb einschränkenden Rechte zubilligen. Es liegt kein Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG vor.

C.4 Beachtung von Verfahrensvorschriften

C.4.1 Antrag auf Erlass einer Zwischenverfügung

799. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2017, vom 30. Januar 2018 und 9. Mai 2018 beantragte die Kästli-Gruppe den Erlass einer Zwischenverfügung. Der Verfahrensablauf wurde oben unter Titel A.4.7, Rz 41 ff. dargestellt.

C.4.1.1 Vorbringen der Kästli-Gruppe

800. Am 28. Dezember 2017 stellte die Kästli-Gruppe den folgenden Antrag: «*Da die Frage, wie weit die Pflicht zur Vertraulichkeit gemäss dieser Ziffer 10 greift, für die Ausübung der Verteidigungsrechte der Verfahrensparteien von zentraler Bedeutung ist […], ersuchen wir das Sekretariat um den Erlass einer anfechtbaren Zwischenverfügung zu diesem Punkt.*»[669] Mit Schreiben vom 30. Januar 2018 hielt die Kästli-Gruppe fest, sie halte «*am Gesuch einer Feststellungsverfügung gemäss […] Schreiben vom 28. Dezember 2017 fest*» und begründete ihren Antrag damit, bei den Rahmenbedingungen

[662] BGE 141 II 66, 72 E. 2.2.5 (= RPW 2015/1, 133 E. 2.2.5), *Hors-Liste Medikamente*; PETER MÜNCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 1 N 10, m. w. H.

[663] Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV/BE, BSG 101.1).

[664] Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG/BE, BSG 721.0).

[665] Vgl. z.B. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2016, Rz 958.

[666] Eine Gesetzesdelegation ist zulässig, sofern sie nicht von der Verfassung ausgeschlossen ist, die Delegationsnorm ein Gesetz im formellen Sinne ist und die Delegation sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränkt. Die wichtigsten Regelungen der delegierten Materie müssen zudem bereits im Gesetz im formellen Sinne geregelt sein. Vgl. dazu BGE 128 I 113, 122 E. 3c.; Urteil des BVGer A-5627/2014 vom E. 4.2, *A./Eidgenössisches Zollverwaltung EVZ.*

[667] Der Sachplan ADT aus dem Jahr 2012 hält sogar explizit fest, dass der Kanton sich wettbewerbsneutral benimmt und die Eintrittsschranken für neue Anbieter im Markt so niedrig als möglich hält und die Entwicklungen der Preise, Leistungen und des Wettbewerbs prüft und gegebenenfalls die Wettbewerbskommission oder den Preisüberwacher beizieht; vgl. den Kantonalen Sachplan Abbau, Deponie, Transporte, Sachplan ADT, 2012, Grundsatz 18, S. 19, abrufbar unter: https://www.jgk.be.ch/jgk/de/index/raumplanung/raumplanung/kantonale _raumplanung/ver_und_entsorgung/adt.assetref/dam/documents/JGK/AGR/de/Raumplanung/Ver-%20und%2 0 Entsorgung/agr_kantonale_raumplanung_sachplan_adt_2012_de.pdf.

[668] BGE 141 II 66, 72 E. 2.2.3; BGE 129 II 497, 516 E. 3.3.3.

[669] Act. I.66.

handle es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG.[670] Sie wiederholte ihren Antrag um Erlass einer Zwischenverfügung mit Schreiben vom 9. Mai 2018 und stellte sich darin auf den Standpunkt, es sei «von fundamentaler Bedeutung», ihre verfassungsrechtlichen Verfahrensrechte im Verfahren vollumfänglich wahrnehmen zu können. Dazu gehöre es in ihrer Stellungnahme zum Antrag die Verhaltensweisen der Behörde im Verfahren auf Einhaltung der Grundrechte der Parteien hin zu hinterfragen und gegebenenfalls überprüfen zu lassen. Sie müsse sich auf Kommunikationsinhalte im Rahmen der Verhandlung der einvernehmlichen Regelung beziehen können. Diese Frage will die Kästli-Gruppe vor Versand des Antrages des Sekretariats rechtskräftig geregelt haben.[671]

801. Das Sekretariat beschloss aus den folgenden Gründen auf den Erlass einer getrennten Zwischenverfügung zu verzichten.

C.4.1.2 Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung

802. Gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG ist dem Begehren um eine Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Mithin ist bei der Feststellungsverfügung der praktische Nutzen nachzuweisen.[672]

C.4.1.3 Würdigung des Antrags

803. Der Antrag der Kästli-Gruppe auf Erlass einer Zwischenverfügung basiert auf der Prämisse, dass die Rahmenbedingungen eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellen und über den Inhalt dieser verfügt werden kann. Es ist fraglich, ob dies zutrifft. Auf die Beantwortung dieser Frage wird aber vorliegend verzichtet, da auf den Antrag zum Erlass einer Feststellungsverfügung ohnehin nicht eingetreten werden könnte. Denn diesfalls müsste die Kästli ein schutzwürdiges Interesse (Art. 25 Abs. 2 VwVG) am Erlass einer Feststellungsverfügung geltend machen können. Es wäre mithin der praktische Nutzen am Verfügungserlass nachzuweisen.[673] Ein praktischer Nutzen an der Feststellung des sachlichen Umfangs der Ziffer 10 der Rahmenbedingungen besteht aus den folgenden Gründen nicht:

- Die Kästli-Gruppe geht davon aus, dass die Rahmenbedingungen eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellen. Sie hätte somit diese Verfügung anfechten und deren ganze oder teilweise Aufhebung beantragen sollen. Dies hat sie nicht innert Rechtsmittelfrist getan. Der vorliegende Antrag auf Erlass einer Feststellungsverfügung ist subsidiär zu dieser Anfechtungsmöglichkeit.[674]
- Die Kästli-Gruppe kann unabhängig davon, welche Bedeutung die Wettbewerbsbehörden dem Inhalt der Ziffer 10 der Rahmenbedingungen zumessen, sämtliche faktischen, verfahrensrechtlichen und materiell-rechtlichen Argumente im Rahmen ihrer schriftlichen und allenfalls mündlichen Anhörung im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG vorbringen. Ferner kann sie die Endverfügung aus denselben Gründen uneingeschränkt anfechten.

804. Die Kästli-Gruppe hat somit keinen praktischen Nutzen am Erlass einer Feststellungsverfügung. Es fehlt ihr somit am schutzwürdigen Interesse im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG. Auf Ihren Antrag kann aus diesen Gründen nicht eingetreten werden.

C.4.2 Beweisanträge

805. Mit Schreiben vom 27. September 2017 beantragte die Kästli-Gruppe eine Reihe von Beweismassnahmen. Der Verfahrensablauf wurde oben unter Titel A.4.8, Rz 44 f. geschildert.

C.4.2.1 Anträge der Kästli-Gruppe

806. Am 27. September 2017 beantragte die Kästli-Gruppe die Einvernahme folgender Personen als Zeugen:

- [S._____], Präsident des kantonalen Kies- und Betonverbandes KSE Bern zu den Themen «*Preise, Transportwege und –kosten, Konkurrenz, Markteintritte und Marktvolumen im Kies-, Beton- und Deponienmarkt im Kanton Bern*»;
- [T._____], Geschäftsführer des Verbandes der Kies- und Betonproduzenten Aargau (VKB Aargau) zu den Themen «*Preise, Transportwege und –kosten, Konkurrenz, Markteintritte und Marktvolumen im Kies-, Beton- und Deponienmarkt im Kanton Bern*»;
- [U._____], ehemaliger Präsident des BVRB zu den Themen «*Kies- und Betonbatzen, Preisgestaltung/Preiserhöhung und Kies- und Betonmarkt im Raum Bern*»;
- [V._____], Leiter Hochbau Bern und Biel, Frutiger AG, Bern und Biel
- [I._____], [Funktionsbezeichnung], Büchi AG, Bern
- [W._____], Technischer Leiter, Bill AG, Wabern

807. Ferner sei eine «*Sachverständigenaussage*» beim Schweizerischen Nutzfahrzeugverband ASTAG einzuholen «*zur Frage wie Transportkosten im Kies- und Betongewerbe üblicherweise kalkuliert werden und inwiefern sich Transportkosten für Kies- und Betonlieferungen von Unternehme zu Unternehmen unterscheiden können*».

808. Schliesslich sei ein Sachverständigengutachten einzuholen zu den Fragen

- Definition des relevanten Markts für Beton- und Kieslieferungen,
- Relevante Marktakteure und aktuelle und potenzielle Konkurrenz,
- Regulatorische Einflüsse in Bezug auf die effektiven Marktwirkungen,

---

[670] Act. I.80.
[671] Act. I.100.
[672] Urteil des BVGer A-6820/2009 vom 23. März 2010, E. 5.1., *Stadt Dietikon et al./SBB et al.*
[673] Urteil des BVGer A-6820/2009 vom 23. März 2010, E. 5.1. *Stadt Dietikon et al./SBB et al.*
[674] BGE 132 V 257 E. 1; BGE 129 V 289 E. 2.1.

- Vorliegen einer schädlichen Verhaltensweise und Schaden (Preise, Mengen, Qualitäten, Innovation) sowie Geschädigte.[675]

C.4.2.2 Beweismassnahmen des Sekretariats

809. Das Sekretariat führte daraufhin vier Befragungen durch. Zur Ergänzung der Selbstanzeigen der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe vernahm es am 14. November 2017 [F._____], [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe[676] bzw. am 20. November 2017 [G._____], [Funktionsbezeichnung] und [Organ] der Kästli Beteiligungen AG und der Kästli Bau AG.[677] Schliesslich befragte es am 27. November 2017 [H._____][678], [Funktionsbezeichnung], Implenia Schweiz AG, und am 29. November 2017 [I._____][679], [Mitarbeiter] (seit 1. Januar 2018 [Funktionsbezeichnung]) der Büchi AG, als Zeugen. Folgende Themen waren Gegenstand der Befragung:

- der Einkauf von Beton und Kies (u.a. Prozess, Auswahl des Lieferanten und der Produkte)
- die Art und Weise der Festlegung von Preisen für Kies und Beton,
- die im Raum Bern präsenten Anbieter von Beton und Kies (Konkurrenzsituation),
- die Baustellenanlagen und Trockenbeton,
- die Eigenproduktion von Beton und Kies,
- die Kapazitäten der Betonwerke,
- die Transportwege und Kosten,
- die Qualitätsunterschiede von Kies und Beton,
- die Produktionskosten von Kies und Beton,
- die Arten von Mörtel,
- der Einkauf von Mörtel,
- die Anbieter von Nassmörtel,
- das Recyclingmaterial,
- die gelieferten Daten.

810. Aus der obigen Auflistung ist ersichtlich, dass das Sekretariat die von der Kästli-Gruppe für die Zeugeneinvernahmen und die «*Sachverständigenaussage*» beantragten Beweisthemen erfragt hat. Insoweit wurde das Gesuch implizit gutgeheissen. Einzig zum Thema Kies- und Betonbatzen führte es keine erneute Befragung durch. Zudem gab es kein Sachverständigengutachten zu den genannten Themen in Auftrag. Die Kästli-Gruppe wiederholte mit Schreiben vom 28. Dezember 2017 ihre Beweisanträge bezüglich der Zeugeneinvernahmen von [S._____, T._____, U._____], der genannten «*Sachverständigenaussage*» und dem Sachverständigengutachten.[680] An den übrigen Anträgen hält die Kästli-Gruppe anscheinend nicht fest. Es werden daher einzig die am 28. Dezember 2018 wiederholten Anträge abgehandelt.

C.4.2.3 Ablehnung und Nichteintreten weitergehender Beweisanträge

C.4.2.3.1 Die Rechtsgrundlagen

811. Gemäss Art. 33 Abs. 1 VwVG haben die Wettbewerbsbehörden ihr angebotene Beweise abzunehmen, sofern diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Ist die Abnahme mit verhältnismässig hohen Kosten verbunden, kann sie einen Kostenvorschuss von der Partei verlangen (Art. 33 Abs. 2 VwVG). Aus dem Beweisantrag muss zudem hervorgehen, welche rechtserheblichen Tatsachen der Betroffene zu beweisen gedenkt bzw. in Bezug auf welche Tatsachen er den Gegenbeweis zu erbringen gedenkt.[681] Insofern hat der Beweisantrag analog zu Art. 52 Abs. 1 VwVG eine Begründung zu enthalten.[682]

812. Bei der Beurteilung der Beweistauglichkeit ist massgeblich, ob ein Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen.[683] Angebotene Beweise müssen nicht abgenommen werden, wenn sie eine für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Frage betreffen.[684] Es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, wenn die Behörden auf die Abnahme von (weiteren) Beweismitteln verzichten, weil sie aufgrund abgenommener Beweise ihre Überzeugung bereits gebildet hat und ohne Willkür annehmen konnte, ihre Auffassung würde durch weiter Beweiserhebung nicht geändert (antizipierte Beweiswürdigung).[685] Ferner kann die Behörde einen Beweisantrag ablehnen, wenn sie den Sachverhalt aufgrund eigener Sachkenntnisse ausreichend würdigen kann.[686]

C.4.2.3.2 Würdigung der Beweisanträge

Beantragte Zeugeneinvernahmen von S._____, T._____,

813. Die Kästli-Gruppe beantragte, S._____ und T._____ zu den Themen «*Preise, Transportwege und –kosten, Konkurrenz, Markteintritte und Marktvolumen im Kies-, Beton- und Deponienmarkt im Kanton Bern*» einzuvernehmen. Sie begründet in ihrem Schreiben vom 28. Dezember 2017, es sei für eine ergebnisoffene und vollständige Ermittlung des Sachverhalts vonnöten. Dies hätten die vorgenannten Einvernahmen gezeigt. Die Behörde habe fast drei Jahre nach Untersuchungseröffnung «*elementare Aspekte des Sachverhalts wie Marktdefinition, Marktabgrenzung und Marktstellung der Verfahrensparteien nicht geklärt, obwohl bereits früher und*

[675] Act. I.40.
[676] Act. VIII.A.49 (24-0113).
[677] Act. VIII.B.45 (24-0114).
[678] Act. III.2.
[679] Act. III.3.
[680] Act. I.40.
[681] Urteil des BGer 1P.452/2003 vom 18.11.2003 E.2.2.3.
[682] BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2016, Art. 33 N 10.
[683] Urteil des BGer 2A.267/2000 vom 10.11.200 E.2c/aa; BVGE 2012/23 E.6.2.2; WALDMANN/BICKEL (Fn 682), in: in: Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N 14.
[684] Urteil des BGer 2C_1019/2013, 2C_1027/2013 und EC_1051/2013 vom 2.6. 2014 E.4.1; Urteil des BGer 2C_63/2011 vom 20.10.211 E.3.2.1; WALDMANN/BICKEL (Fn 682), in: Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N 14.
[685] BGE 136 I 229, E.5.3; BGE 134 I 140, E.5.3; Urteil des BGer 1C_231/2010 vom 24. August 2010 E. 2.3.1 mit Hinweisen; Urteile des BVGer A-227/2016 vom 7. Februar 2017 E.3A-1251/2012 vom 15. Januar 2014 E. 8.2.
[686] PATRICK SUTTER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 33 N 2 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Urteil des BVGer B-2213/2006 vom 2. Juli 2007, E.4.2.2., *Höhere Fachprüfung für Steuerexperten*.

nota bene vor Initiierung der Verhandlung über eine einvernehmliche Regelung […] Anlass dazu bestanden hätte».[687]

814. Dazu ist folgendes Festzuhalten:

- Die Kästli-Gruppe selbst hatte mit Schreiben vom 27. September 2017 beantragt, Zeugeneinvernahmen zur «*Marktdefinition, Marktabgrenzung und Marktstellung der Verfahrensparteien*» durchzuführen. Nachdem dies die Behörden im November 2017 getan haben, wirft sie ihnen vor, sie hätten «*elementare Aspekte des Sachverhalts*» nicht vorher geprüft. Diese Argumentationsweise wiederspricht Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und entspricht nicht den Tatsachen. Zu denselben Themen hatte das Sekretariat bereits Einvernahmen abgehalten, zudem lagen ausreichend Beweise vor, um im Frühjahr 2017 ein vorläufiges Beweisergebnis erstellen zu können (vgl. dazu z.B. die Aktenverweise im Sachverhalt, B.4.4.6, Rz 141 ff., B.4.3.7, Rz 84 ff., B.4.4.5, Rz 120 ff.). Zudem begründet Kästli-Gruppe damit nicht, weshalb weitere Einvernahmen notwendig gewesen sein sollten. Solche Gründe sind auch nicht ersichtlich.
- Zuletzt liegen die Aussagen der Kästli-Gruppe selbst ([G._____]), von [F._____], [H._____] und [I._____] vom November 2017 vor. Inwiefern die Zeugeneinvernahmen von [S._____] und [T._____] zu denselben Themen noch neue Erkenntnisse hätte liefern können, begründet die Kästli-Gruppe nicht. Solche sind auch nicht ersichtlich.

815. Aus heutiger Sicht und in Übereinstimmung mit der Bundesrechtsprechung nehmen die Wettbewerbsbehörden ohne Willkür an, ihre Auffassung im Bereich «*Preise, Transportwege und –kosten, Konkurrenz, Markteintritte und Marktvolumen im Kies-, Beton- und Deponienmarkt im Kanton Bern*» würden durch weitere Beweiserhebung nicht geändert. Die Beweisanträge werden daher abgelehnt, soweit darauf eingetreten wird.

Beantragte Zeugeneinvernahme von [U._____]

816. Die Kästli-Gruppe beantragte eine Zeugeneinvernahme mit [U._____], dem ehemaligen Präsidenten des BVRB zu den Themen «*Kies- und Betonbatzen, Preisgestaltung/Preiserhöhung und Kies- und Betonmarkt im Raum Bern*».

817. Bezüglich der Themen der Preisgestaltung und dem Kies- und Betonmarkt kann auf das soeben Gesagte verwiesen werden. Was den Betonbatzen betrifft, sei auf die betreffenden Ausführungen und Verweise im Sachverhalt verwiesen (dazu vorne die Verweise und Ausführungen in B.5.5, Rz 628 ff.). Die Kästli-Gruppe begründet nicht, weshalb die Einvernahme von [U._____] zusätzlich notwendig gewesen wäre. Solche Gründe sind auch nicht ersichtlich. Der Beweisantrag wird daher abgelehnt, soweit darauf eingetreten wird.

Beantragte «Sachverständigenaussage»

818. Die Kästli-Gruppe beantragt weiter, es sei eine «*Sachverständigenaussage*» beim ASTAG einzuholen «*zur Frage wie Transportkosten im Kies- und Betongewerbe üblicherweise kalkuliert werden und inwiefern sich Transportkosten für Kies- und Betonlieferungen von Unternehmen zu Unternehmen unterscheiden können*».

819. Die Kästli-Gruppe begründet nicht, inwiefern solche Beweismassnahmen notwendig sind und die vom Sekretariat getroffenen Beweismassahmen nicht ausreichen. Weitere notwendige Beweismassnahmen sind auch nicht erkennbar. Auf den Antrag wird nicht eingetreten.

Beantragtes Sachverständigengutachten

820. Schliesslich beantragt die Kästli-Gruppe, es sei ein Sachverständigengutachten einzuholen zu den Fragen:

- Definition des relevanten Markts für Beton- und Kieslieferungen,
- Relevante Marktakteure und aktuelle und potenzielle Konkurrenz,
- Regulatorische Einflüsse in Bezug auf die effektiven Marktwirkungen,
- Vorliegen einer schädlichen Verhaltensweise und Schaden (Preise, Mengen, Qualitäten, Innovation) sowie Geschädigte.[688]

821. Was die Definition des relevanten Markts für Beton- und Kieslieferung, die relevanten Marktakteure, sowie die aktuelle und potenzielle Konkurrenz betrifft, sei auf die diesbezüglichen Ausführungen und Verweise verwiesen. Inwiefern darüberhinausgehende Beweise zu erheben sind, begründet die Kästli-Gruppe nicht. Gründe dazu sind auch nicht ersichtlich.

822. Die Anträge zu den regulatorischen Einflüssen in Bezug auf die effektive Marktwirkung sowie das Vorliegen einer schädlichen Verhaltensweise und den Schaden betreffen für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Fragen. Gemäss Bundesgericht schützen Art. 5 Abs. 1 KG und Art. 5 Abs. 3 und 4 KG auch den potenziellen Wettbewerb. Es genügt somit, dass Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen, um als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich im Sinne des Kartellgesetzes zu gelten.[689] Die effektive Marktwirkung und den konkreten Schaden brauchen die Behörden nicht nachzuweisen. Die Beweisanträge betreffen daher einen nicht zu beweisenden Sachverhalt, sie sind daher nicht tauglich im Sinne von Art. 33 Abs. 1 VwVG. Zugleich begründet die Kästli-Gruppe ihre Anträge nicht. Die Anträge sind abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

C.4.3 Behauptete Voreingenommenheit

C.4.3.1 Vorbringen der Kästli-Gruppe

823. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2017 machte die Kästli-Gruppe geltend, das Verhalten des Sekretariats in der vorliegenden Untersuchung sei objektiv geeignet, den Anschein einer Voreingenommenheit der mit der Untersuchung betreuten Personen gegenüber der Kästli-Gruppe zu erwecken. Sie machte Ausstandsgründe

[687] Act. I-66, Rz 3.
[688] Act. I.40.
[689] BGE 143 II 297, 323 f. E.5.4.2., 325, E.5.6.

aufgrund von mündlichen Einschätzungen von Sekretariatsmitarbeitern ausserhalb und im Rahmen der Verhandlung der einvernehmlichen Regelung geltend. Sinngemäss sieht sie auch im Abbruch der Verhandlungen über die einvernehmliche Reglung einen Ausstandsgrund.[690]

824. Das Sekretariat nahm die Vorbringen der Kästli-Gruppe als Ausstandsgesuch entgegen und forderte sie schriftlich auf, bis am 30. Januar 2018 klarzustellen, ob sie an ihrem Gesuch festhalte und gegebenenfalls ihr Gesuch in Bezug auf jede Person einzeln zu begründen.[691] Mit Eingabe vom 30. Januar 2018 verzichtete die Kästli-Gruppe «zum jetzigen Zeitpunkt» auf die Einreichung eines Ausstandsgesuchs gegen «einzelne Mitarbeiter des Sekretariats».[692] Aufgrund des offen formulierten Schreibens der Kästli-Gruppe prüften die Behörden das Vorliegen von Ausstandsgründen von Amtes wegen, verneinten dies jedoch.

C.4.3.2 Würdigung der Vorbringen

825. In formeller Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Ausstandsgesuch sofort geltend gemacht werden muss, das heisst, sobald der Betroffene vom angeblichen Ausstandsgrund Kenntnis hat. Die allfällige verspätete Geltendmachung von Ausstandsgründen würde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen. Wer den Ausstandsgrund nicht unverzüglich geltend macht, verwirkt den Anspruch auf eine spätere Anrufung.[693] Die von der Kästli-Gruppe mit Schreiben vom 28. Dezember 2017 geltend gemachten Ausstandsgründe sind daher verwirkt.

C.4.4 Antrag auf Entfernung eines Aktenstückes aus den Akten

826. Die Kästli-Gruppe beantragt mit Schreiben vom 10. Dezember 2018 die Entfernung des Berichts der Polynomics AG vom 13. August 2018 aus den Akten. Sie begründet dies damit, dass der Bericht ein parteiinternes Dokument sei, welches ohne gesetzliche Grundlage und ohne Zustimmung der Partei in die Akten aufgenommen worden sei.

827. Der Antrag wird abgelehnt. Die Behörden trifft eine Aktenführungspflicht, welche notwendige Voraussetzung für Akteneinsichtsrecht der Parteien ist (Art. 26 VwVG, Art. 29 BV).[694] Nach der Rechtsprechung haben die Behörden alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidwesentlich sein kann.[695] Der genannte Bericht ist ein überprüfbares Beweismittel und gehört daher in die Akten. Die Behörden können die Einsicht in die Akten nur unter den in Art. 27 Abs. 1 VwVG genannten Gründen einschränken. Keiner dieser Gründe liegt vorliegend vor. Insbesondere enthält das Dokument keine Geschäftsgeheimnisse, was die Kästli-Gruppe auch nicht geltend macht. Da in diesem Bericht ohnehin die Daten der Alluvia-Gruppe ausgewertet wurden, welche der Einsicht in ihre Daten einwilligte[696], wäre ein solches Vorbringen seitens der Kästli-Gruppe auch nicht nachvollziehbar. Die Behörden entscheiden von Amtes wegen über die Aufnahme eines Aktenstückes in die Akten. Die Behauptung der fehlenden Zustimmung verstösst zudem gegen Treu und Glauben, da die Kästli-Gruppe der Aufnahme des Berichts in die Akten schriftlich zugestimmt hat.[697]

C.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede

C.5.1 Einleitung

828. Aufgrund der Systematik des Kartellgesetzes muss die kartellrechtliche Zulässigkeit eines Sachverhalts in vier Schritten überprüft werden. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen (dazu hinten C.5.2, Rz 829 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese Abreden einem Abredetyp im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a oder c KG (horizontale Preis- und Gebietsabreden) entsprechen (dazu hinten C.5.3.1, Rz 844 ff.). In einem dritten und vierten Schritt ist zu untersuchen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann (dazu hinten C.5.4, Rz 852 ff.) und ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt (dazu hinten C.5.6, Rz 873 ff.). Schliesslich ist das Vorliegen allfälliger Rechtfertigungsgründe (dazu hinten C.5.8, Rz 877 ff.) zu prüfen.

C.5.2 Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG

829. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,[698] wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden[699].

830. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben.[700] Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

---

[690] Act. I.66.
[691] Act. I.69.
[692] Act. I.80.
[693] BGE 140 I 240, 244 E. 2.4.; 136 I 207, 211, E. 3.4.
[694] BGE 138 V 218, 223 E. 8.1.2.
[695] Urteil des BGer 9C_784/2011 vom 30.01.2012, E.1.3.; BGE 130 II 473, 477, E. 4.1.
[696] Act. I.126.
[697] Act. I.118; Act. I.124, Rz 8.
[698] Siehe dazu zuletzt RPW 2017/1, 98 Rz 30, *Eflare*; RPW 2016/3, 731 Rz 76, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; s. a. RPW 2009/3, 204 Rz 49, Elektroinstallationsbetriebe Bern; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.
[699] RPW 2018/1, 106 Rz 114, *Verzinkung*; RPW 2017/3, 445 Rz 194, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 698), Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und N 81.
[700] So etwa auch das Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

C.5.2.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

831. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen, wie bereits erwähnt, Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. Eine Vereinbarung liegt vor, wenn ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der wettbewerbswidrigen Zusammenarbeit vorliegt. Bei Verträgen im Sinne des Obligationenrechts kommt ein solcher Konsens durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR[701]), wobei die entsprechenden Erklärungen entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder durch konkludentes Verhalten erfolgen können (Art. 1 Abs. 2 OR). Ob Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage.[702]

832. Vorliegend ist bewiesen, dass zwischen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit in den Bereichen Kies und Beton im Raum Bern (Stadt und Umgebung) vorlagen (natürlicher Konsens). Namentlich beinhaltete der natürliche Konsens zwischen den Verfahrensparteien,

a) zwischen 1976 bis 1997 ihre Preislisten zu koordinieren und sich zwischen 1997 bis 2013 gegenseitig über ihre jeweiligen künftigen Preisänderungen in ihren Listenpreisen zu informieren und Bandbreiten über die Listenpreiserhöhungen festzulegen (dazu vorne Rz 212);

b) zwischen 1976 bis 2013 ihren Bezügern und Bezügerinnen von Betonprodukten einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt zu gewähren (dazu vorne Rz 320);

c) zwischen 1976 bis 2013 die Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) zu koordinieren; indem sie das KTB-Gebiet gegen aussen von Drittkonkurrenzunternehmen schützten und innerhalb des KTB-Gebietes nicht ohne gegenseitiges Einverständnis in die gegenseitigen Liefergebiete eindrangen, um sich zu konkurrieren (dazu vorne Rz 623);

d) von 1976 bis 2011 zugunsten des BVRB und seinen Mitgliedern einen Kies- und Betonbatzen auszuzahlen auf diese Weise die Mitglieder des BVRB indirekt als Abnehmer und Abnehmerinnen von Kies und Beton an die KTB-Werke zu binden und so Kies- und Betonverkäufe von Drittanbietern im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren (dazu vorne Rz 638);

e) zwischen dem 11. Mai 1981 bis zum 20. Juni 2014 das Inkasso gemeinsam zu führen, Zahlungs- und Verzugszinskonditionen gemeinsam zu vereinheitlichen, die Debitorenverluste gemeinsam zu tragen sowie gemeinsam Liefersperren gegenüber Kunden und Kundinnen zu verhängen. Ferner deckte der natürliche Konsens den Austausch folgender Rechnungsdaten: Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag (dazu vorne Rz 725).

833. Damit ist das Tatbestandselement der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG für alle beschriebenen Sachverhalte erfüllt.

C.5.2.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

834. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.[703] Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.[704] Wie aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG folgt, müssen die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken»– nicht kumulativ, sondern alternativ vorliegen.[705]

835. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteilnehmer «*die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben*».[706] Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist an sich nicht erforderlich.[707]

836. Die Vereinbarungen zwischen den Verfahrensparteien umfassten Folgendes:

a) jeweils Ende Jahr gemeinsam die Anpassungen ihrer Preislisten bezüglich Kies- und Betonprodukte inklusive Transport für das darauffolgende Jahr im Rahmen von engen Bandbreiten festzulegen (Koordination der Listenpreise), indem sie einander anlässlich von gemeinsamen Treffen mit dem BVRB die beabsichtigten und bevorstehenden Bandbreiten und den Zeitpunkt für Änderungen der Listenpreise mitteilten. Ein Anteil der Kästli- und Alluvia-Kunden bezahlten diesen Preis als Endverkaufspreis. Zwischen 2007–2013 erzielte die Kästli-Gruppe mit solchen Verkäufen [0-15] % ihres Umsatzes bzw. [0-10] Mio. Fr., die Alluvia-Gruppe [10-25] % ihres Umsatzes bzw. [40-55] Mio. Fr.

---

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

[702] Vgl. etwa Urteil des BGer 5A_127/2013 vom 1.7.2013, E. 4.1; BGE 116 II 695, 696 E. 2., RPW 2017/3, 445 Rz 197, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

[703] RPW 2013/4, 560 Rz 178, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

[704] 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*.

[705] Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

[706] RPW 2013/4, 560 Rz 180, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

[707] BGE 144 II 246, 253 E. 6.4.2; 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*.

Die Vereinbarung über Bruttopreise ist objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Einem Teil der Kunden verrechneten die Verfahrensparteien den Bruttopreis als Verkaufspreis (vgl. B.4.4.6(ii), Rz 142). Die Bruttopreise dienten sowohl den Bauunternehmen als auch den Verfahrensparteien als Grundlage zur Erstellung von Offerten. Die Bruttopreise, von denen Rabatte abgezogen wurden, dienten vielfach als Ausgangspunkt für die Endpreisberechnung. Obwohl nicht notwendig, ist vorliegend bewiesen, dass die Abredeteilnehmer mit der Koordination der Listenpreise tatsächlich bezweckten, den Preiswettbewerb einzuschränken (vgl. Rz 229);

b) den Bezügern und Bezügerinnen von Betonprodukten einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt zu gewähren. Die Verfahrensparteien beabsichtigten dadurch, Konkurrenten vom KTB-Liefergebiet fern zu halten. Gemäss Verfahrensparteien bezweckten sie mit dem gemeinsamen Mengenrabatt, die Lieferdistanzen zu verkürzen. Diese Vereinbarung ist objektiv geeignet, Wettbewerber am Eindringen in das gemeinsame KTB-Liefergebiet zu hindern und dadurch den Aussenwettbewerb zu verringern. Der gemeinsame Mengenrabatt war gleichzeitig geeignet, den Wettbewerb zwischen den Unternehmen einzuschränken, da die Parteien diesen Preisbestandteil gemeinsam und nicht selbständig festlegten. Sie verzichteten darauf, sich mit Bezug auf diesen Preisbestandteil zu konkurrieren. Über die blosse Eignung hinaus ist – obwohl dies nicht notwendig ist – bewiesen, dass die Verfahrensparteien tatsächlich bezweckten, sich bei der Gewährung von Rabatten für Betonbezüge – also im Preiswettbewerb – nicht zu konkurrieren und Betonverkäufe von Drittanbietern im gemeinsamen KTB-Liefergebiet zu verhindern bzw. zu reduzieren (vgl. Rz. 345);

c) die Koordination der Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern. Die Parteien beabsichtigten, die exklusive Belieferung ihres Gebietes zu übernehmen und dadurch den Konkurrenzkampf untereinander weitgehend auszuschliessen. Das Preisniveau sollte möglichst hochgehalten werden und die Marktanteile sollten sich stabilisieren. Diese Vereinbarung ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Im Übrigen ist – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Parteien mit der Koordination der Liefergebiete tatsächlich bezweckten, sich bei der Akquisition von Aufträgen für Kies- und Betonlieferungen im Raum Bern nicht zu konkurrieren (vgl. Rz 481);

d) die Auszahlung eines Kies- und Betonbatzens, wenn die BVRB-Mitglieder ausschliesslich bei den KTB-Werken Kies und Beton bezogen. Indem der Kies- und Betonbatzen darauf zielte, die BVRB-Mitglieder an sich zu binden und sie davon abzuhalten, bei Drittanbietern einzukaufen, war er objektiv geeignet, den Wettbewerb zu beschränken. Durch die gemeinsame Bezahlung des Kies- und Betonbatzens verzichteten die Parteien zudem darauf, einander diesbezüglich zu konkurrieren. Darüber hinaus ist – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Parteien mit der Auszahlung des Kies- und Betonbatzens tatsächlich bezweckten, den Preiswettbewerb untereinander einzuschränken und Dritten den Markteintritt zu erschweren oder zu verunmöglichen (vgl. Rz 649);

e) die gemeinsame Inkassostelle.[708] Die gemeinsame Inkassostelle, diente dazu, gemeinsam zwischen Konkurrenten festgelegte Mengenrabatte und Vergütungen (Kies- und Betonbatzen) durchzusetzen und Rechnungsdaten (Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) auszutauschen. Zudem war der Geschäftsführer der Inkassostelle zugleich Geschäftsführer einer Konkurrentin. Dieser Einblick in die Preis- und Rabattpolitik der Konkurrenten ermöglichte es, die Rabatte und Preise einander anzupassen und die Einhaltung der entsprechenden Vereinbarungen zu überprüfen.

   Alleine die gemeinsame Festlegung der Verzugszinsen im Rahmen der gemeinsamen Inkassostelle bedeutete, dass die Verfahrensparteien den Preis für eine Dienstleistung festlegten.

   Die Umsetzung der gemeinsamen Mengenrabatte und des Kies- und Betonbatzens, die gemeinsamen Verzugszinsen, übrigen Zahlungskonditionen, das gemeinsame Tragen der Debitorenverluste sowie der systematische Austausch von Rechnungsdaten (Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) sind in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist – obwohl dies nicht erforderlich ist – erwiesen, dass die Parteien damit tatsächlich bezweckten, sich mit Bezug auf Zahlungs- und Verzugszinskonditionen (Preis) im Raum Bern nicht zu konkurrieren und einander zu ermöglichten, die Rabatte und Preise einander anzupassen (vgl. Rz 743).

837. Es steht somit fest, dass die aufgeführten Vereinbarungen das Tatbestandsmerkmal des «Bezweckens» gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen. Insgesamt sind die genannten Vereinbarungen demnach als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

C.5.2.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufen

838. Die Verfahrensparteien waren während der Untersuchungsperiode auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen beim Angebot von Kies- und Transport- bzw. Frischbeton im Raum Bern. Die Abrede zwischen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe ist damit eine horizontale Abrede.

[708] Das Beauftragen einer unternehmensunabhängigen Inkassostelle ist nicht grundsätzlich zu beanstanden. Diesfalls findet kein Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen zwischen den Konkurrenzunternehmen statt.

C.5.2.4 Fazit: Vorliegen von Abreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG

839. Zusammenfassend steht fest, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe durch die Vereinbarung über die Listenpreise, den gemeinsamen Mengrenrabatt, die Liefergebiete, den Kies- und Betonbatzen sowie die gemeinsame Inkassostelle und damit einhergehenden gemeinsamen Zahlungskonditionen (Zahlungsfrist, gemeinsame Verzugszinsen in der Höhe von 8 %), dem gemeinsamen Erstellen von Sperrlisten, dem gemeinsamen Tragen von Debitorenverlusten und den Austausch von Rechnungsangaben (Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) im Zeitraum zwischen 1976 bis 2013 Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben.

C.5.2.5 Qualifikation als Gesamtabrede

840. Wie bewiesen, sind die verschiedenen einzelnen über Jahre dauernden Vereinbarungen als Ausfluss einer übereinstimmenden Willenserklärung zu betrachten, die Wettbewerbsverhältnisse in den Bereichen Kies- und Betonverkäufe im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) umfassend zu regeln (dazu vorne Rz 778). Es besteht also ein einheitlicher und fortdauernder Zweck.

841. Die WEKO hat Abreden, welche über eine längere Zeit bestanden und wirkten, als Dauerabrede bzw. Gesamtabrede qualifiziert, auch wenn es einzelner Umsetzungsakte bedurfte.[709] Dies wurde von der Rechtsprechung bestätigt.[710] Für das Vorliegen eines Dauerverstosses ist es danach erforderlich, dass hinsichtlich der einzelnen Elemente der Zusammenarbeit ein einheitlicher und fortdauernder Zweck bestand. 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.[711]

842. Vorliegend verfolgten die Verfahrensparteien fortdauernd den gemeinsamen Zweck, den Preiswettbewerb untereinander einzuschränken (dazu vorne Rz 836 a, b, d, e), den Markt vor Drittkonkurrenten zu schützen (dazu Rz 836 b, d) und die gegenseitigen Liefergebiete zu respektieren (Rz 836 c). Durch die gemeinsame Inkassostelle KTB AG erhielten sämtliche dargelegten Vereinbarungen einen institutionellen Rahmen. Die KTB AG setzte sie um. Es wäre «gekünstelt», das im Rahmen der KTB AG kontinuierlich und langandauernde Verhalten in einzelne Zuwiderhandlungen zu zerlegen. Zwischen den Parteien bestand zudem seit 1976 bis 2013 ein andauernder, einheitlicher Wille zur Zusammenarbeit. An dieser Qualifikation ändert auch der Umstand nichts, dass der Kies- und Betonbatzen ab 2012 nicht mehr ausbezahlt wurde. Denn die Parteien führten sowohl die Abreden bezüglich der Preislisten, der Mengenrabatte, der Liefergebiete als auch das gemeinsame Inkasso mitsamt den damit einhergehenden Verhalten bis 2013 fort.

843. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Gesamtabrede und die einzelnen Abredeteile Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig sind.

C.5.3 Qualifikation der Abreden

C.5.3.1 Vorliegen von horizontalen Preis- und Gebietsabreden

C.5.3.1.1 Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG

844. Es ist zu prüfen, ob ein Teil der vorgenannten Wettbewerbsabreden Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellen. Aus dem Wortlaut der Norm folgt, dass das direkte oder indirekte Festsetzen von Preisen eine Preisabrede darstellt. Der Begriff der Preisabrede wird von den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten weit ausgelegt. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preisen, Preiselementen[712] und Preiskomponenten. Preisabreden können folglich den gesamten Preis eines Produktes oder einer Dienstleistung betreffen oder blosse Teile davon.[713] Unter den Vermutungstatbestand fällt demnach nicht nur die Abrede von Preisen an sich, sondern auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, Vergünstigungen, Preisbestandteilen oder Preiskalkulationen.[714] Zudem stellen auch das Festsetzen von Bruttopreisen bzw. Preislisten[715], Preisnachlässen,[716] Preisrelationen zwischen verschiedenen Produkten, Teuerungszuschlägen, Skonti und Verrechnungs- oder Provisionsmodellen Preisabreden dar.[717] Preisabreden bestehen folglich auch, wenn den Abredeteilnehmern ein gewisser Preisgestaltungsspielraum verbleibt.[718]

---

[709] RPW 2018/1, 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*.

[710] Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Strassenbeläge Tessin*.

[711] RPW 2015/2, 225 Rz 193, *Tunnelreinigung*.

[712] RPW 1997/3, 341, *Sammelrevers für Musiknoten*.

[713] JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, 2010, 443 Rz 1298; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, Aufbau und Nutzung von Marktposition, in: Handbücher für Rechtsanwälte, Schweizerisches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), 2005, 273 N 8.14.

[714] Vgl. auch RPW 2012/3, 642, Rz 257 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2016/3, 667 Rz 106, *Flügel und Klaviere*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: KG Kommentar, Zäch/Arnet et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 400; ANDREAS HEINEMANN, Bruttopreisabsprachen, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), 2017, 133; FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 N 117.

[715] Vgl. auch RPW 2012/3, 642, Rz 257 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2016/3, 667 Rz 106, *Flügel und Klaviere*; BANGERTER/ZIRLICK (Fn 714), Art. 5 N 402; HEINEMANN (Fn 714), 133, HOFFET (Fn 714), Art. 5 N 117. Vgl. für die EU: EuG, Urteil vom 16. Juni 2015, ECLI:EU:T:2015:383, T-655/11, FSL Holdings et al./Kommission, Rz 5, 433 bestätigt durch EuGH, Urteil vom 27. April 2017, ECLI:EU:C:2017:308, C-469/15 P.

[716] JÜRG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetzbuch, 3. Aufl. 2011, Art. 5 N 34; PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 410; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, N. 2.191.

[717] BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 716), Art. 5 N 409 ff.

[718] BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 716), Art. 5 KG N 401 ff.

845. Die Parteien erblicken in BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 10.2.3. einen Beleg dafür, dass die vorliegend erwiesenen Sachverhalte nicht unter die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG zu subsumieren sind. Damit ein Sachverhalt unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG subsumiert werden könne, sei die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Nur Abreden über den Endpreis seien als Preisabreden zu qualifizieren.[719] Diese Sichtweise beruht auf einer fehlerhaften Lektüre des genannten Urteils und missachtet nebst der zitierten Schweizer Praxis und Literatur (vgl. Fn 714, 715, 716) auch die europäische Rechtsprechung, an welche sich die Schweizer Praxis anlehnt und die zur Auslegung von Art. 5 Abs. 3 KG heranzuziehen ist[720]:

Zur Fehlerhaften Lektüre von BVGer Urteil B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 10.2.3.

846. Erwägung 10.2.3 des Bundesverwaltungsgerichtsurteils B-807/2012 zur Wirkung von Preisfestsetzungen lautet folgendermassen:

> Eine Qualifizierung des […] als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG würde gemäss dem klaren Wortlaut des Gesetzes bedingen, dass im nachgewiesenen Verhalten eine «direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen» erblickt werden kann. Eine solche Preisfestsetzung wäre zwar bei jeder direkten oder indirekten Festlegung von Preiselementen oder Preiskomponenten zu bejahen, wobei unter die gesetzliche Vermutung neben der Fixierung von Preisen an sich auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, Vergünstigungen, Preisbestandteilen oder Preiskalkulationen fallen. Entscheidend für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand ist jedoch in jedem Fall «die Wirkung der Preisfestsetzung» (vgl. Botschaft KG 1995, 567; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 6.4.11, Baubeschläge Koch; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 5.4.22, Baubeschläge Siegenia-Aubi; je m.w.H.).[721]

847. Dazu ist Folgendes klarzustellen: Die Parteiinterpretation der zitierten Rechtsprechung ist aus zwei Gründen unrichtig. Erstens beachtet sie den faktischen Hintergrund der Rechtsprechung nicht und zweitens missdeutet sie den Begriff der «Wirkung».

- Der von der Beschwerdeführerin zitierte Ausschnitt aus der Rechtsprechung stammt aus dem Bereich der Submissionsabreden. Er bezieht sich auf eine nicht bewiesene Zuteilung eines einzelnen Bauprojekts (Fall 35) zwischen verschiedenen Bauunternehmen. Die Unternehmen hatten nicht vereinbart, «*wer die Arbeit erhält*». Das Bundesverwaltungsgericht sah einzig einen Informationsaustausch[722] im Rahmen von Gesprächen über ein nicht abgesprochenes Projekts als erwiesen.[723] Da nur der Informationsaustausch im Rahmen der Gespräche über das Bauprojekt 35 nachgewiesen war, aber keine Zuteilung des Projektes 35, qualifizierte das Bundesverwaltungsgericht den Informationsaustausch nicht als Preisabrede. Es war nicht bewiesen, dass der Informationsaustausch zu einer Zuteilung des betreffenden Bauprojekts an eine Austauschpartei geführt hätte. Dieser Sachverhalt ist nicht vergleichbar mit den vorliegend zu beurteilenden Abreden über Preise, Preiselemente und Liefergebiete sowie dem Missbrauch einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung (dazu sogleich C.6, Rz 886–916) über mehrere Jahre hinweg, an deren Umsetzung keine Zweifel bestehen.

- Selbst wenn man den Kontext, in welchem das Bundesverwaltungsgericht seine rechtliche Würdigung gemacht hat, ausser Acht lässt, sind die Parteivorbringen nicht haltbar. Sie erklären nicht, was sie unter der *Bewirkung* einer Preisfestsetzung verstehen. Gleichzeitig verlangen sie aber implizit, die Vorinstanz habe diese Wirkung zu beweisen.

  Soweit sie damit meinen, die WEKO habe die volkswirtschaftliche Auswirkung der bewiesenen abgesprochenen, Preise und Preiselemente darzulegen, stimmt dies nicht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts überein. Laut Bundesgericht sind bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Beeinträchtigung darzulegen[724]. Ferner reicht es gemäss Bundesgericht für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG aus, wenn ein «*Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen*» wird, das «*volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs*» ist. «*Es genügt somit, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können*»[725]. Dies ergibt sich auch aus der Botschaft zum KG von 1995.

[719] Act. VI.30, S. 114, erster Bindestrich und insbesondere Fussnote 249.

[720] Bei der Schaffung des Kartellgesetzes wurde vom Gesetzgeber Wert auf dessen Europarechtsverträglichkeit gelegt; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995, 495: «*Dem Vorentwurf wurde in zahlreichen Vernehmlassungen attestiert, dass das* ***Postulat der Europaverträglichkeit*** *weitgehend verwirklicht werden konnte*.» Das Bundesgericht übersah dies in seinem Urteil 2C_343/2010 und 2C_344/2010 vom 11. April 2011, E.4.3.2., wonach in der Botschaft «in den grundsätzlichen Bemerkungen zum Gesetzesentwurf […] das Ziel der EU-Kompatibilität nicht genannt» werde. Das genannte Zitat zur Europaverträglichkeit befindet sich zwei Seiten vor den «grundsätzlichen Bemerkungen», die vom Bundesgericht zitiert werden; RPW 2011/4, 586, Rz 410 und Fn 394, *ASCOPA*.

[721] BVGer Urteil B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 10.2.3, *ERNE Holding AG et al./WEKO*.

[722] Generelle Offertabsichten, das Interesse von G9 am Zuschlag, Kapazitätsauslastungen, Preise und Preisbestandteile, vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-829/2012 vom 29. Juni 2018 E.7.7.7.1, S. 253.

[723] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-829/2012 vom 29. Juni 2018 E.7.7.7.1, S. 253.

[724] BGE 143 II 297, 315 E. 5.1.4.

[725] BGE 143 II 297,324 E. 5.4.2.

Der Gesetzgeber geht nämlich davon aus, dass «*jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten*» den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfüllt und somit eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt.[726] Die tatsächlichen Auswirkungen dieser Festsetzungen sind nicht zu beweisen.[727]

Die europäische Rechtsprechung und Praxis:

848. Die Praxis der Kommission und die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV beweist, dass nicht nur Abreden über Endpreise, sondern insbesondere auch Abreden über Bruttopreise bzw. Preisbestandteile oder Preiselemente Preisabreden im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV sind. Aus der jüngsten Praxis seien die folgenden Beispiele aufgeführt:

- Die Kommission sanktionierte Lastwagenfabrikanten am 19. Juli 2016 und am 27. September 2017 u.a. für Abreden über ihre Bruttopreislisten.[728]
- Mit Beschluss vom 17. März 2017 sanktionierte die Kommission verschiedene Luftfrachtunternehmen aufgrund von Vereinbarungen über Preisbestandteile (z.B. Treibstoffzuschlag, Sicherheitszuschlag).[729]
- Gemäss EuG stellen Absprachen über Bruttopreise zwischen Konkurrenten Preisabreden im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV dar, welche den Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes verfälschen.[730]
- Zusätzlich sei auch die jüngste deutsche Praxis erwähnt: Das Bundeskartellamt sanktionierte mit Entscheidung vom 21. Februar 2018 zehn Unternehmen aus der Sanitär-, Heizungs- und Klimabranche, welche die Empfehlungen für Bruttolistenpreisen gemeinsam kalkuliert hatten. Die Bruttopreiselisten wurden in ihren Verkaufskatalogen gegenüber den einkaufenden Handwerkern ausgewiesen.[731]

849. Insgesamt steht damit fest, dass die zitierte Rechtsprechung nicht einschlägig ist und von der Beschwerdeführerin nicht richtig interpretiert wurde. Der Standpunkt, Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG seien einzig Abreden über Endpreise, widerspricht der zitierten Schweizer Literatur sowie Praxis und lässt sich nicht mit der europäischen Rechtsprechung und Praxis vereinbaren. Darüber hinaus steht fest, dass die Alluvia-Gruppe [10-25] % und die Kästli-Gruppe [0-15] % ihres Umsatzes mit Produkten erzielten, welche sie zu Listenpreisen (=Bruttopreisen) verkauften (vgl. B.4.4.6(ii), Rz 142). Mit Bezug auf die Abnehmer, welche zu Listenpreisen einkauften, lag keine Abrede über Bruttopreise, sondern eine Abrede über Nettopreise vor. Auch die Vereinbarung über gemeinsame Verzugszinsen, welche als Entgelt für zu spät bezahlte Rechnungen bzw. entliehenes Geld zu betrachten sind, sind Vereinbarungen über einen Endpreis. Beide Verhaltensweisen sind von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst.

850. Die folgenden Wettbewerbsabreden betreffen Preise, Preiskomponenten und Preiselemente im soeben genannten Sinn, sie bestanden parallel zueinander und hatten daher nicht nur einzeln, sondern auch kumulativ einen preisharmonisierenden Effekt und sind daher als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren:

- die gemeinsame Festlegung von Bandbreiten und die Bekanntgabe des Zeitpunkts für Erhöhungen der Listenpreise (Bruttopreise) für Kies, Beton, Transporte und Nebenleistungen.

  Zwischen 2007 bis 2013 erzielten die Kästli-Gruppe mit Verkäufen zu Bruttopreisen [0-15] % ihres Umsatzes bzw. [0-10] Mio. Fr. und die Alluvia-Gruppe [10-25] % ihres Umsatzes bzw. [30–50] Mio. Fr. Bezüglich diesen Verkäufen kam die Vereinbarung einer Nettopreisabrede gleich. Mit Bezug auf die Situation, in der Bauunternehmer und Verfahrensparteien die Listen- bzw. Bruttopreise in ihren Offerten verwendeten, vereinbarten die Parteien Preiskomponenten und Preiselemente,
- die gemeinsame Festlegung einheitlicher Mengenrabatte für die Abnehmer der Beton- und Kiesprodukte. Damit legten die Parteien einen Preisbestandteil fest,
- die Auszahlung eines Kies- und Betonbatzens (Vergünstigung), wenn die Mitglieder des ehemaligen Baumeisterverbandes der Region Bern (BVRB) ausschliesslich bei den KTB-Werken Kies und Beton bezogen. Diese Art der Vergütung stellt eine Preiskomponente dar, welche die Parteien gemeinsam vereinbart hatten.
- die Vereinbarung gemeinsamer Verzugszinsen. Die gemeinsame Festlegung der Verzugszinsen im Rahmen der gemeinsamen Inkassostelle bedeutet die Vereinbarung des Endpreises für eine Dienstleistung.

[726] «Abreden aber die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a E): Für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird», Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, S. 567.

[727] BGE 143 II 297, 324 E. 5.4.2.

[728] Case AT.39824 – *Trucks*, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/ 39824_6567_14.pdf; vgl. auch die Pressemitteilung unter https://ec.europa.eu/germany/news/eu-kommissionverh%C3%A4ngt-rekordgeldbu%C3%9Fe-von-293-milliarden-euro-gegen-lkw-kartell_de; https://ec.europa.eu/germany/news/20170927-strafe-fuer-scania_de (10.09.2018).

[729] Sache AT.39258 – Luftfracht; vgl. die Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 17. März 2017, ABl. 2017, C 188/14 ff.

[730] EuG, T-386/10, ECLI:EU:T:2013:450, *Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG/Kommission*, Rz 180.

[731] Bussgeldentscheidung B5-139/12 vom 21.02.2018 – Grosshandel mit Sanitär-, Heizungs- und Klimaprodukten; Fallbericht vom 16. März 2018, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheid ung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2018/B5-139-12.pdf?_blob=publicationFile&v=4 (10.09.2018).

- der Austausch von Rechnungsangaben über die gelieferte Menge eines bestimmten Artikels an Kunden und Kundinnen der Verfahrensparteien mit dem dazugehörigen Preis und Rabatt und dem Rechnungsbetrag. Diese Angaben ermöglichten den Parteien, ihre Preise und Rabatte einander anzupassen.

C.5.3.1.2 Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG

851. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG haben typischerweise Vereinbarungen zum Gegenstand, nicht im Absatzgebiet eines anderen an der Abrede Beteiligten tätig zu werden.[732] Die Verfahrensparteien bezweckten mit der Koordination der Liefergebiete, sich bei der Akquisition von Aufträgen für Kies- und Betonlieferungen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) nicht zu konkurrieren. Ferner bezweckten sie, «*gebietsfremde*» Wettbewerber am Eintritt in die KTB-Liefergebiete zu hindern. Diese Verhaltensweisen zielen darauf, nicht im Absatzgebiet des Konkurrenten (der jeweils anderen Verfahrenspartei) tätig zu werden und erfüllen damit den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG.

C.5.4 Keine Beseitigung des Wettbewerbs

C.5.4.1 Prüfungsablauf

852. Bei Abreden über Preise (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) oder über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) besteht die gesetzliche Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. Die Beweisführungslast dafür liegt grundsätzlich bei der WEKO, da im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG). Die Parteien trifft jedoch eine Mitwirkungspflicht.[733]

853. Um die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu prüfen, sind zunächst die relevanten Märkte, welche von der Abrede betroffen sind, in sachlicher und räumlicher, allenfalls auch zeitlicher Hinsicht abzugrenzen. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Gegebenenfalls ist bei Widerlegung der Vermutung anschliessend zu prüfen, ob der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist.

C.5.4.2 Relevanter Markt

854. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.[734]

855. Durch die Marktabgrenzung wird keine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich geschaffen, sondern die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung beurteilt.[735] Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts namentlich für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (vgl. unten Rz 940 ff.). Die Marktabgrenzung hängt folglich von der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung ab und kann je nach untersuchter Verhaltensweise divergieren, obwohl sie denselben Wirtschaftsbereich betrifft.[736]

(i) Marktgegenseite

856. Wie bewiesen, besteht die Marktgegenseite im vorliegenden Fall zum überwiegenden Teil aus Bauunternehmungen. Das gilt insbesondere für Transportbeton, der mit einem Umsatzanteil von mehr als 85 % mit Abstand am bedeutendsten ist (vgl. Tabelle 3). Daneben beziehen Privatpersonen, Gartenbauunternehmungen sowie Transportunternehmungen die von den mutmasslichen Abreden betroffenen Produkte.

(ii) Sachlich relevanter Markt

857. 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[737], der hier analog anzuwenden ist).[738]

858. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.[739] Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.[740] Entscheidend

---

[732] Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 568.

[733] Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

[734] BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[735] 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.

[736] 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 735), 924 ff. Vgl. zuletzt RPW 2018/1, 109, Rz 137, *Verzinkung*.

[737] Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

[738] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[739] 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*.

[740] 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, 33 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.[741] Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.[742]

859. Die vorliegende Wettbewerbsabrede betrifft die von den Bauunternehmen, Kleinbezügern und Transportunternehmen nachgefragten Baustoffe Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport (dazu vorne B.4.4.2, Rz 90 ff.).

(iii) Räumlich relevanter Markt

860. 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).[743]

861. Die zur räumlichen Abgrenzung relevante Marktgegenseite besteht aus den Betreibern der Baustellen, welche von der Abrede betroffen waren. Diese fragten die relevanten Produkte einerseits im gemeinsamen Liefergebiet der KTB-Werke nach. Zusätzlich dazu holten sie aber auch Offerten bei Werken ein, deren Standorte sich in den an das gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke angrenzenden Gebieten befinden. Da die Auswirkungen der Abrede in den an das gemeinsame Liefergebiet angrenzenden Gebieten gering waren, wird der räumlich relevante Markt zu Gunsten der Parteien auf das gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke eingeschränkt (B.4.4.3, Rz 99 ff.).[744] Seitens der Kästli-Gruppe betrifft dies das Liefergebiet um Rubigen und seitens der Alluvia-Gruppe die Liefergebiete um Oberwangen, Bethlehem, Worblaufen, Mattstetten und Hindelbank (vgl. Rz 107 f.).

862. Da die Transportkosten bei allen relevanten Produkten eine bedeutende Rolle spielen, besteht der so abgegrenzte Markt aus verschiedenen unterschiedlichen lokalen Märkten.

(iv) Zeitlich relevanter Markt

863. In zeitlicher Hinsicht ist die Nachfrage nach den Baustoffen Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport im Zeitraum zwischen 1976 bis zur Einstellung der Tätigkeiten im Jahr 2013 relevant.

(v) Fazit

864. Die Wettbewerbsbehörden gehen vom Markt für die Baustoffe Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport in den Liefergebieten um Rubigen, Oberwangen, Bethlehem, Worblaufen, Mattstetten und Hindelbank aus (vgl. B.4.4.3, Rz 99 ff.).

C.5.5 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

865. Die Widerlegung der Vermutung kann durch den Nachweis genügenden Aussen- (Handlungsfreiheit eines durch die Abrede betroffenen Dritten ist nicht beschränkt) oder genügenden Innenwettbewerbs (Handlungsfreiheit der an der Wettbewerbsabrede Beteiligten ist nicht beschränkt) erfolgen.[745]

C.5.5.1 Aussenwettbewerb

866. Nachfolgend gilt es festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden.

C.5.5.1.1 Aktueller Wettbewerb

867. Vorliegend steht fest, dass die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe zusammen im Raum Bern-Mittelland 43 % des insgesamt gewonnenen Sandes und Kieses abbauen. Zusätzlich sind die Unternehmen Aktionäre der Kies AG Aaretal (KAGA), an welcher sie gemeinsam […] des Aktienkapitals halten. Einzig 15 % des im Raum Bern-Mittelland abgebauten Primärmaterials wird durch von der Alluvia- und der Kästli-Gruppe unabhängige Unternehmen abgebaut (vgl. vorne Rz 115). Wandkies ist der Rohstoff für verarbeiteten Kies, welcher der wichtigste Bestandteil für die Betonproduktion ist. Ausserdem sind die Transportkosten für Kies und Beton hoch. Von den Verfahrensparteien unabhängige Hersteller hatten deshalb im relevanten Markt keine wesentliche disziplinierende Wirkung.

---

[741] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[742] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[743] 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*.

[744] Die Kästli-Gruppe stellt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 5. Juli 2018 Folgendes fest: «Wettbewerbsrechtlich relevant können schliesslich nur diejenigen Gebiete sein, in denen sich die Liefergebiete des Kästli-Werks mit den Liefergebieten der Alluvia-Werke überschneiden, da sich wettbewerbsrechtlich zu beurteilendes Verhalten zwischen Kästli und Alluvia für einen Nachfrager nur dort überhaupt auswirken könnte» (Act. VI.29, Rz 447). Die Alluvia-Gruppe bringt vor «Wettbewerb zwischen den Untersuchungsadressaten kann nur dort stattfinden, wo sich die Liefergebiete der Untersuchungsadressaten überschneiden» (Act. VI.30, Rz 67).
Die Auswirkungen der unzulässigen Verhaltensweisen der Parteien sind tatsächlich in demjenigen Gebiet am stärksten, welches von beiden Parteien im Vergleich zu anderen Konkurrenzwerken zu tieferen Transportkosten beliefert werden können. Dieses Gebiet entspricht nicht zwingend der Schnittmenge der Liefergebiete der beiden Parteien, da die in dieser Verfügung diskutierten Verhaltensweisen wahrscheinlich einen Einfluss darauf hatten, welche Gebiete von den Parteien tatsächlich beliefert wurden.
Auch im restlichen Gebiet, das von den Parteien beliefert wurde (Vereinigungsmenge der Liefergebiete), hatten die Verhaltensweisen der Parteien gewisse Auswirkungen: Die Koordination der Listenpreise betraf sämtliche von den KTB-Werken belieferten Gebiete. In all diesen Gebieten gab es Nachfrager, welche Kies oder Beton zum Listenpreis bezogen. Höhere Preise in der Schnittmenge der Liefergebiete wirkten sich auch in den benachbarten Gebieten (also der Vereinigungsmenge der Liefergebiete) aus. Der Kies- und Betonbatzen sowie der gemeinsame Mengenrabatt betrafen ebenfalls die Vereinigungsmenge der Liefergebiete. Diese Auswirkungen sind bedeutend und deshalb zieht das Sekretariat im Einklang mit der bisherigen Praxis die mit den von den Abreden betroffenen Produkten erzielten Umsätze zur Sanktionierung heran.
Im Vergleich dazu sind die Auswirkungen in den nicht von den Parteien belieferten Regionen eher vernachlässigbar. Deshalb werden die von den nicht der KTB angeschlossenen Werke der Parteien erzielten Umsätze nicht zur Bemessung der Sanktion herangezogen.

[745] BGE 143 II 297, 311 f. E. 4.1.

868. Aus dieser starken Stellung im Bereich des Rohmaterials Wandkies ergibt sich eine starke Stellung in den nachgelagerten Märkten. Die Alluvia-Gruppe verfügte gemäss eigenen Angaben in ihrem Liefergebiet im Bereich des Frischbetons (= Transportbetons) über rund [> 75] % der Marktanteile. Gemäss Zeugenaussagen besitzen die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe in der Stadt Bern über Marktanteile von 80 % (vgl. vorne Rz 117). Damit steht fest, dass die Marktgegenseite nur geringe Ausweichmöglichkeiten im relevanten Markt hatte. Anders ausgedrückt ermöglichte die starke gemeinsame Stellung im relevanten Markt den Verfahrensparteien, sich durch ihre Kooperation weitgehend unabhängig von nicht an der Abrede beteiligten Marktteilnehmern und Nachfragern zu verhalten. Die Aussenwettbewerber hatten daher nur geringe disziplinierende Wirkung auf die Abredepartner. Der aktuelle Aussenwettbewerb war gering.

C.5.5.1.2 Potenzieller Wettbewerb

869. Da der aktuelle Aussenwettbewerb lediglich gering war, ist zusätzlich zu prüfen, ob potenzielle Konkurrenten disziplinierend auf das Verhalten der Abredeteilnehmer einwirkten. Wie bewiesen, war der Markteintritt im Bereich des Kiesabbaus kurzfristig unmöglich und auf lange Frist schwer zu bewerkstelligen (dazu vorn Rz 120 ff.). Dasselbe gilt für die Herstellung von verarbeitetem Kies sowie für Beton (dazu vorne Rz 125 ff.). Diesem Befund entsprechend trat in der Untersuchungsperiode kein Wettbewerber neu in den Markt ein. Der potenzielle Wettbewerb hatte folglich keine nennenswerte disziplinierende Wirkung auf die Abredeteilnehmer.

C.5.5.2 Innenwettbewerb

870. Zu prüfen bleibt, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abreden aufgrund des trotz Abreden verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredeteilnehmern widerlegt werden kann. Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter[746] besteht (Rest- oder Teilwettbewerb).

871. Vorliegend ist bewiesen, dass die Wettbewerber nicht sämtliche Preisbestandteile abgesprochen hatten. So gewährten die Alluvia- und die Kästli-Gruppe neben den gemeinsamen Mengenrabatten und dem Kies- und Betonbatzen auch noch zusätzliche individuell bestimmte Rabatte (dazu vorne Rz 154 ff.). Dies ermöglichte einen stark eingeschränkten Preisrestwettbewerb. Anders verhält es sich mit dem Rest- und Teilwettbewerb. Die vorliegend zu beurteilenden Produkte sind homogen und stark normiert, der Qualitätswettbewerb spielte folglich keine spürbare Rolle (dazu vorne Rz 143 ff.). Auch die Serviceleistungen im Bereich der Transporte waren weitgehend austauschbar. Insgesamt bestand folglich eingeschränkter Innenwettbewerb.

C.5.5.3 Zwischenergebnis

872. Zusammenfassend steht fest, dass weder genügender aktueller noch potenzieller Aussenwettbewerb bestand. Allerdings bestand zwischen den Verfahrensparteien ein eingeschränkter Innenwettbewerb, da die Abredeteilnehmer ihre Preissetzungsfreiheit in begrenztem Ausmass bewahrten (nebst gemeinsamen Rabatten gab es individuelle Rabatte). Aufgrund des eingeschränkten Innenwettbewerbs schalteten die Verfahrensparteien den wirksamen Wettbewerb nicht vollständig aus bzw. beseitigten ihn nicht. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die hier festgestellte Wettbewerbsabrede ist daher widerlegt.

C.5.6 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

873. 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).

874. Das Bundesgericht hat im Gaba-Urteil festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel ist. Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.[747] Dies gilt ohne Bezug auf einen Markt bzw. ungeachtet einer Marktabgrenzung.[748] Mit anderen Worten sind solche Wettbewerbsabreden grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.[749] Es ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.[750]

875. Der vorliegenden Gesamtabrede war ein grosses Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem dauerte sie von (spätestens) 2004 bis Ende 2013. Vorliegend sind keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit der von Kästli und Alluvia vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen hinweisen würden. Sie stellen somit eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

---

[746] BGE 129 II 18, 37 E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), *Buchpreisbindung*.

[747] BGE 143 II 297, 324 E. 5.1; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*; zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (4.5.2018).

[748] BGE 143 II 297, 324 E. 5.5.

[749] BGE 143 II 297, 315 ff. E. 5.2; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*; Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 1, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (4.5.2018).

[750] BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4.2; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, *BMW*. zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (4.5.2018).

C.5.7 Zwischenergebnis

876. Es liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG vor. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sich die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

C.5.8 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

877. 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.

878. Demnach gibt es drei gesetzliche Voraussetzungen, welche kumulativ vorliegen müssen, um eine Abrede zu rechtfertigen: Erstens bedarf es eines in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG aufgelisteten Effizienzgrundes, zweitens muss die Abrede für den Effizienzgrund notwendig sein und drittens darf die Abrede nicht die Beseitigung des Wettbewerbs ermöglichen.[751]

879. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.[752] Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.[753] 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.[754]

880. 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.[755]

881. Die Parteien argumentieren, der Sachplan ADT enthalte Umweltziele, weshalb ihr Verhalten (konkret der gemeinsame Mengenrabatt) gerechtfertigt sei.[756] Die Umweltziele des Sachplans richten sich an die kantonalen Planungsbehörden, welche nicht ermächtigt sind, ihre Planungsziele unter Verletzung von Bundesrecht – konkret dem Kartellgesetz – umzusetzen. Die Gesetzgebung, auf welche sich der Sachplan stützt, sieht jedenfalls keine Einschränkungen des Kartellgesetzes vor. Zwar steht es den Verfahrensparteien frei, die Umweltziele der Sachplanung zu beachten, nur erteilt ihnen der Sachplan ADT ebenso wenig wie den Planungsbehörden eine Ermächtigung zur Umsetzung dieser Ziele unter Verstoss gegen das Kartellgesetz.

882. Die Parteien berufen sich sinngemäss auch unabhängig vom Sachplan ADT auf den Rechtfertigungsgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG. Dazu ist Folgendes klarzustellen: Die rationellere Nutzung von Ressourcen war nicht das Ziel der Verfahrensparteien. Denn es ist unbestritten, dass die Verfahrensparteien und die übrigen Mitglieder der KAGA einander Transportkostenausgleiche bezahlten.[757] Der Transportkostenausgleich ermöglichte und bewirkte weitere Fahrtwege der KAGA-Mitglieder. Damit bezweckten und bewirkten die Verfahrensparteien keinen Umweltschutz.

883. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Umweltschutzargumente bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 2 KG zwar grundsächlich geprüft werden können, insbesondere unter dem Aspekt der rationelleren Nutzung von Ressourcen.[758] Doch sind die aufgeführten Gründe nur zulässig, sofern sie *notwendig* sind (vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG.) Das Notwendigkeitskriterium lehnt sich an das im Verwaltungsrecht anwendbare Prinzip der Verhältnismässigkeit an. Entsprechend kann ein Rechtfertigungsgrund nur vorgebracht werden, wenn er geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, kein milderes Mittel zur Verfügung steht und der Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Ziel nicht übermässig eingeschränkt wird.[759] Vorliegend mangelt es erstens an der Eignung des Mengenrabattes, um das angestrebte Ziel des Umweltschutzes zu erreichen. Zum einen beteiligten sich die Verfahrensparteien zusammen mit den übrigen Mitgliedern der KAGA am System des Transportkostenausgleichs, so dass die KAGA-Mitglieder weitere Fahrten zurücklegen konnten. Die weiteren Fahrten der KAGA-Mitglieder machten die angeblichen Umweltschutzbemühungen im Rahmen der KTB wieder zunichte. Zum andern schuf der Bundesgesetzgeber die leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe (LSVA), um den Schwerverkehr einzudämmen.[760] Es gibt keine Beweise dafür und wird von den Parteien auch nicht vorgebracht, dass die LSVA-Gebühren zu niedrig angesetzt wären, um ihr Ziel zu erreichen. Zweitens wären den Verfahrensparteien mildere Mittel zur Verfügung gestanden, um den Anliegen des Umweltschutzes gerecht zu

[751] Vgl. in diesem Sinne auch Urteil des BVGer, B-3332/2012 vom 13. November 2015, E.10.2, *Bayrische Motoren Werke AG/WEKO*; gleich wie hier: RPW 2011/4, 640 Rz 796, *ASCOPA*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 716), Art. 5 N 300; PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 5 N 9.

[752] RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, *Swico/Sens*, m.w.H. auf BGE 129 II 18, 45–47, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), *Buchpreisbindung*.

[753] BGE 129 II 18, 45, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), *Buchpreisbindung*.

[754] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 793 ff. E. 13, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 f. E. 12, *Gebro/WEKO*.

[755] RPW 2012/2, 400 Rz 1059, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

[756] Act. VI.30, Rz 34.

[757] Act. II.B.X.164 (22-0440).

[758] RPW 2005/1, 242 Rz 31, *Klimarappen*.

[759] Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 560.

[760] Bundesgesetz über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe (Schwerverkehrsabgabegesetz, SVAG) vom 19. Dezember 1997, SR 641.81.

werden, wie z.B. das Abschaffen des Transportkostenausgleichs im Rahmen der KAGA, das Heranziehen von Lastwagen mit tiefem Treibstoffverbrauch oder mit schadstoffarmen Treibstoff (z.B. Gas, Wasserstoff, Biodiesel) sowie umweltverträgliche Technologien wie z.B. Elektro- oder Hybridmotoren.

884. Weitere gesetzliche Rechtfertigungsgründe wurden von den Parteien nicht vorgebracht und sind auch nicht ersichtlich. Es liegen insgesamt keine gesetzlichen Rechtfertigungsgründe vor.

885. Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass ein gemeinsames Inkasso und das Tragen von Debitorenverlusten unter Umständen effizienzsteigernde Wirkungen haben kann. Im vorliegenden Fall wurde die gemeinsame Inkassostelle aber dazu verwendet, Preisabreden (gemeinsamer Mengenrabatt, Kies- und Betonbatzen) umzusetzen und zum Austausch folgender Rechnungsdaten: Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag. Es müssen daher auch im Zusammenhang mit dem gemeinsamen Inkasso keine Rechtfertigungsgründe näher geprüft werden.

C.6 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

C.6.1 Einleitung

886. In der Folge ist zu prüfen, ob Teile der Gesamtabrede der Verfahrensparteien, namentlich das Festlegen gemeinsamer Mengenrabatte und das Festlegen eines gemeinsamen Kies- und Betonbatzens nicht nur den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG (Preisabrede) erfüllen, sondern auch als unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren sind.[761] Eine solche Prüfung ist deshalb notwendig, weil das gemeinsame Festlegen der Mengenrabatte und des Kies- und Betonbatzens einerseits die direkten Abnehmer der Verfahrensparteien betrifft, welche nicht dem Wettbewerb entsprechende Preise hinzunehmen haben. Diese Verhaltensweise ist, wie dargelegt, unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu subsumieren. Andererseits bezweckten und behinderten die Verfahrensparteien mit der gemeinsamen Festlegung der Mengenrabatte und des Kies- und Betonbatzens aber auch den Eintritt in den Markt von direkten Konkurrenten. Opfer desselben Verhaltens waren folglich nicht nur die Marktgegenseite, sondern auch die am Markteintritt gehinderten Konkurrenten. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und Art. 7 KG schützen verschiedene Rechtsgüter. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG schützt u.a. den Abnehmer vor der Bezahlung von zu hohen Kartellpreisen[762], während Art. 7 KG den Konkurrenten vor der Einschränkung seiner Handlungsfreiheit schützt.[763] Es liegt eine echte Konkurrenz zwischen den beiden Normen vor.[764] Beide Normen sind folglich anwendbar.

887. Gemäss 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 sind daher nachfolgend zwei Tatbestandselemente zu prüfen. Einerseits ist zu analysieren, ob die Verfahrensparteien marktbeherrschend im Sinne des Gesetzes sind (dazu C.6.2, Rz 888 f.) und andererseits, ob sie ihre Stellung im Markt missbraucht haben (dazu C.6.3, Rz 906 f.).[765]

C.6.2 Marktbeherrschende Stellung

C.6.2.1 Vorbemerkung

888. Als marktbeherrschend gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf dem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG), insbesondere wenn diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben.[766] Dies ist der Fall, wenn die Unternehmen auf bestehende Wettbewerbsbedingungen keine Rücksicht nehmen müssen, um beachtenswerte Nachteile zu vermeiden, oder sie aufgrund ihrer Marktstellung die Wettbewerbsbedingungen merklich beeinflussen oder sogar bestimmen können.[767]

889. Die Bestätigung einer marktbeherrschenden Stellung setzt nicht voraus, dass der wirksame Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt wird.[768] Sie verlangt auch nicht, dass sich die marktbeherrschenden Unternehmen vollständig unabhängig verhalten können.[769] Das Bundesgericht ging im Urteil *Publigroupe* davon aus, dass bei Marktanteilen von 63 % viel dafür spricht, dass ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat.[770]

890. Bevor die gemeinsame marktbeherrschende Stellung der Parteien analysiert werden kann, ist analog zu Art. 11 Abs. 3 VKU der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.[771] Sehen sich die Unternehmen in diesem Markt starker aktueller oder potentieller Konkurrenz ausgesetzt, können sie sich nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten.[772]

---

[761] Zur gleichzeitigen Anwendbarkeit von Art. 5 und 7 KG auf dasselbe Verhalten vgl. RPW 2008/1, 74, Rz 178 ff., *Pavimentazioni stradali in Ticino*; EVELYNE CLERC, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 7 N 6; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 N 11; auch gemäss der EU-Rechtsprechung kann ein Verhalten, das als Verstoss gegen Art. 101 AEUV zu qualifizieren ist zugleich unter Art. 102 AEUV subsumiert werden: vgl. etwa Urteil des EuG vom 16.5.2017, *Agria Polska u.a./Kommission*, T-480/15, ECLI:EU:T:2017:339, Rz 72 m.w.H.

[762] Vgl. BBl 1995 I 468, 472; gemäss Botschaft führt fehlender Wettbewerb zu überhöhten Preisen.

[763] LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet et al. (Hrsg.), 2018, Art. 7 KG N 7; vgl. auch BGE 137 II 199, 211 E.4.3.5.

[764] Vgl. zur echten Konkurrenz Urteil des BGer 1B_96/2018 vom 24. Mai 2018, E. 2.3.2; Urteil des BGer 6.S.59/2005 vom 2. Oktober 2006, E.6.3.2.

[765] Vgl. BGE 137 II 199, 211 E. 4.3.4.

[766] BGE 139 I 72, 97, E.9.3.1.; BGE 139 II 316, 324 E.6.1.

[767] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, E. VI.1, Rz 311, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

[768] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, E. VI.1, Rz 313, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

[769] BGE 139 I 72, 99 f. E. 9.3.3.2.

[770] BGE 139 I 72, 100 E. 9.3.3.2.

[771] BGE 139 I 72, 92 E. 9.1.

[772] Verfügung der WEKO vom 30.10.2017, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*, 153, Rz 644 (15.2.2019).

C.6.2.2 Der relevante Markt

C.6.2.2.1 Der sachlich relevante Markt

891. Der sachliche Markt wurde mit Bezug auf die unter Art. 5 Abs. 3 KG zu subsumierenden Sachverhalte bereits abgegrenzt (dazu oben Rz 857–859). Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes unterscheidet sich mit Bezug auf die für die unter Art. 5 Abs. 3 KG und die unter Art. 7 KG zu subsumierenden Sachverhalte vorliegend nicht. Zwar sind im Rahmen von Art. 7 KG einzig das gemeinsame Festlegen der Mengenrabatte und des Kies- und Betonbatzens zu untersuchen, die Nachfragsituation ist jedoch dieselbe. Sachlich relevant sind die von den Bauunternehmen, Kleinbezügern und Transportunternehmen nachgefragten Baustoffe Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport (dazu vorne B.4.4.2, Rz 90 ff.).

C.6.2.2.2 Der räumlich relevante Markt

892. Auch der räumliche Markt wurde mit Bezug auf die unter Art. 5 Abs. 3 KG zu subsumierenden Sachverhalte schon abgegrenzt (dazu oben Rz 860–862). Er umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog).[773]

893. Die zur räumlichen Abgrenzung relevante Marktgegenseite besteht aus den Betreibern der Baustellen, deren bezogenen Mengen bei der Berechnung des Kies- und Betonbatzens sowie des gemeinsamen Mengenrabatts herangezogen wurden. Sie fragten die relevanten Produkte einerseits im gemeinsamen Liefergebiet der KTB-Werke nach. Andererseits holten sie aber auch Offerten bei Werken ein, deren Standorte sich in den an das gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke angrenzenden Gebieten befinden. In diesen Gebieten konnten sich die Parteien nicht im wesentlichen Umfang unabhängig von ihren Wettbewerbern verhalten (dazu auch Rz 861). Da die Auswirkungen der Abrede in den an das gemeinsame Liefergebiet angrenzenden Gebieten gering waren, ist der räumlich relevante Markt auch mit Bezug auf den Kies- und Betonbatzen sowie den gemeinsamen Mengenrabatt grundsätzlich auf das gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke beschränkt (B.4.4.3, Rz 99 ff.). Dies betrifft grundsätzlich seitens der Kästli-Gruppe das Liefergebiet um Rubigen und seitens der Alluvia-Gruppe die Liefergebiete um Oberwangen, Bethlehem, Worblaufen, Mattstetten und Hindelbank (dazu Rz 107 f.).

894. Betrachtet man das gemeinsame Liefergebiet der Parteien genauer, steht fest, dass sie zumindest in der Stadt Bern aufgrund der räumlichen Nähe ihrer Werke (Kästli-Gruppe: Rubigen; Alluvia-Gruppe: Betlehem, Worblaufen, Oberwangen, vgl. Abbildung 10: Geografische Anordnung Betonwerke) über gemeinsame Marktanteile von mindestens 80 % verfügten, was im Vergleich zu Konkurrenzwerken hoch ist (dazu Rz 117 f.). Innerhalb dieses Gebietes konnten die KTB-Werke Preise im wesentliche Umfang unabhängig von ihren Konkurrenten ansetzen. Der gemeinsame Mengenrabatt und der gemeinsame Kies- und Betonbatzen wirkten sich jedoch nicht nur auf die Stadt Bern aus, sondern beeinträchtigten den Wettbewerb im gesamten gemeinsamen Liefergebiet der KTB-Werke (dazu Rz 132 ff.).

C.6.2.2.3 Zeitlich relevanter Markt

895. In zeitlicher Hinsicht ist die Nachfrage nach den Baustoffen Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport im Zeitraum zwischen 1996 bis zur Einstellung der Tätigkeiten im Jahr 2013 relevant.

C.6.2.2.4 Zwischenfazit

896. Die Wettbewerbsbehörden gehen vom Markt für die Baustoffe Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport in den Liefergebieten um Rubigen, Oberwangen, Bethlehem Worblaufen, Hindelbank und Mattstetten aus (vgl. B.4.4.3, Rz 99 ff.). Geographisch umfasst die gemeinsame marktbeherrschende Stellung vor allem die Stadt Bern, wobei die Auswirkung des Missbrauchs dieser Stellung sich auf das gesamte gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke bezieht.

C.6.2.2.5 Beurteilung der Marktstellung

(i) Einleitung

897. Ob sich die KTB-Werke gemäss Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten können, ist nachfolgend zu prüfen. Die Parteien hätten sich im Untersuchungszeitraum dann nicht unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz ausgesetzt gesehen hätten, die einen disziplinierenden Einfluss auf zentrale Wettbewerbsparameter ausgeübt hätte.[774] Anschliessend ist daher zu prüfen, ob die Verfahrensparteien ausreichender aktueller und potenzieller Konkurrenz ausgesetzt waren.

(ii) Aktuelle Konkurrenz

898. Wie bereits ausgeführt (dazu oben Rz 867 f.), steht fest, dass die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe zusammen im Raum Bern-Mittelland 43 % des insgesamt gewonnenen Sandes und Kieses abbauen. Neben den Verfahrensparteien war im Untersuchungszeitraum einzig die Kies AG Aaretal (KAGA), eine wichtige Betreiberin von Kiesabbaustellen (dazu oben Rz 115). Die KAGA ist aber nicht unabhängig von den Verfahrensparteien, da diese als Aktionäre gemeinsam […] des Aktienkapitals der KAGA halten. Einzig 15 % des im Raum Bern-Mittelland abgebauten Primärmaterials wird durch von der Alluvia- und der Kästli-Gruppe unabhängige Unternehmen abgebaut (vgl. vorne Rz 115). Wandkies ist der Rohstoff für verarbeiteten Kies, welcher der wichtigste Bestandteil für die Betonproduktion ist. Ausserdem sind die Transportkosten für Kies und Beton hoch. Von den Verfahrensparteien unabhängige Hersteller hatten deshalb im relevanten Markt keine wesentliche disziplinierende Wirkung.

[773] BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H.

[774] Verfügung der WEKO vom 30.10.2017, Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen, 172, Rz 730.

899. Aus dieser starken Stellung im Bereich des Rohmaterials Wandkies ergibt sich eine starke Stellung in den nachgelagerten Märkten. Die Alluvia-Gruppe verfügte gemäss eigenen Angaben in ihrem Liefergebiet im Bereich des Frischbetons (= Transportbetons) über rund [<75] % der Marktanteile. Gemäss Zeugenaussagen besitzen die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe in der Stadt Bern zusammen über Marktanteile von 80 % (vgl. vorne Rz 117). Damit steht fest, dass die Marktgegenseite nur geringe Ausweichmöglichkeiten im relevanten Markt hatte. Anders ausgedrückt, ermöglichte die starke gemeinsame Stellung im relevanten Markt den Verfahrensparteien, sich durch ihre Kooperation weitgehend unabhängig von nicht an der Abrede beteiligten Marktteilnehmern und Nachfragern zu verhalten. Die Aussenwettbewerber hatten daher nur geringe disziplinierende Wirkung auf die KTB-Werke. Der aktuelle Aussenwettbewerb war gering. Daher ist nachfolgend die potenzielle Konkurrenz auf dem relevanten Markt zu prüfen.

(iii) Potenzielle Konkurrenz

900. Bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz ist zu beachten, dass potenzielle Konkurrenten aufgrund der hohen Transportkosten, um konkurrenzfähig zu sein, eine Kiesgrube im Raum Bern hätten eröffnen müssen. Die Abklärungen und Planung dazu sind kostenintensiv und der Planungshorizont beträgt ca. 15 Jahre, wobei unsicher ist, ob die Abbaugenehmigung erteilt wird. Die Markteintrittsschranken waren während des Untersuchungszeitraums vom 2004–2013 hoch. Entsprechend kam es zu keinem Markteintritt zwischen 2004–2013 (dazu B.4.4.5, Rz 120). Dasselbe gilt für die Herstellung von verarbeitetem Kies sowie für Beton (dazu vorne Rz 125 ff.). Der potenzielle Wettbewerb hatte folglich keine nennenswerte disziplinierende Wirkung auf die KTB-Werke.

(iv) Stellung der Marktgegenseite

901. Es ist erwiesen, dass Kleinkundinnen und Kleinkunden kaum Verhandlungsmacht haben und Kies- und Beton in der Regel zum Listenpreis beziehen. Nichtbaumeister bezahlen sogar einen Zuschlag von 15 % auf den Listenpreis (dazu Rz 158).

902. Im Gegensatz dazu steht fest, dass Grosskundinnen und Grosskunden Rabatte erhalten (zum Grund, vgl. Rz 153). Sie verfügen sogar über die Möglichkeit, bei Grossbaustellen auf Baustellenanlagen auszuweichen (vgl. Rz 94 f.) und könnten langfristig gegebenenfalls selber Beton produzieren. Wie dargelegt, können Baustellenanlagen aber nur selten wirtschaftlich eingesetzt werden und ein Markteintritt ist kostspielig und dauert bis zu 15 Jahre (dazu Rz 120 ff.). Das Drohpotenzial der grossen Bauunternehmungen ist folglich stark beschränkt. Sie versuchen den Wettbewerb unter den bestehenden Anbietern primär zu ihren Gunsten auszunützen, indem sie von allen relevanten Anbietern Offerten einholen. Spielt der Preiswettbewerb, wie vorliegend, nur unvollständig (insbesondere durch die Koordination der Listenpreise, die gemeinsamen Mengenrabatte und den Informationsaustausch über Preise und Rabatte), sind jedoch auch sie von den Auswirkungen betroffen. Der Umstand, dass die Bauunternehmen jährlich mit den Betonherstellern verhandeln, vermag daran nichts zu ändern (dazu Rz 159).

903. Schliesslich steht fest, dass verschiedene Bauunternehmungen Aktionäre der Frischbeton AG Rubigen sind. Die Aktienmehrheit sowie die Geschäftsführung liegen aber bei der Kästli-Gruppe. Der Einfluss der anderen Bauunternehmungen auf den von der Frischbeton AG Rubigen gesetzten Betonpreis hält sich daher in engen Grenzen (dazu Rz 160).

904. Insgesamt verfügt die Marktgegenseite folglich nicht über genügend Nachfragemacht, um Druck auf die gemeinsam marktbeherrschenden KTB-Werke auszuüben.

(v) Zwischenfazit

905. Vor dem Hintergrund der Marktstruktur (dazu B.4.4, Rz 86 ff.), der Markttransparenz, der Homogenität der Produkte (dazu B.4.4.2, Rz 90 ff.), den diversen bestehenden Abreden (dazu B.5, Rz 165 ff.), der mangelnden aktuellen und potentiellen Konkurrenz und der Stellung der Marktgegenseite steht fest, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung auf dem vorliegend relevanten Markt innehatten. In der Folge ist zu prüfen, ob die Verfahrensparteien ihre kollektiv marktbeherrschende Stellung gemeinsam missbraucht haben.

C.6.3 Missbrauch

C.6.3.1 Einleitung

906. Missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich die marktbeherrschenden Unternehmen dann, wenn sie etwa andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. 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.[775] Missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG handeln marktbeherrschende Unternehmen, wenn die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der sich auf die Marktbeherrschung stützt, nicht ausweichen kann oder nichts entgegenzusetzen hat.[776]

907. Vorliegend haben die marktbeherrschenden Unternehmen eine Reihe von horizontalen Wettbewerbsabreden getroffen. Mit den beiden Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG – der Mengenrabatt und der Kies- und Betonbatzen – bezweckten die Verfahrensparteien nicht nur Preiselemente abzusprechen, sondern auch gemeinsam dafür zu sorgen, potenzielle Konkurrenten am Markteintritt im Raum Bern und Umgebung zu hindern (vgl. Rz 345, Rz 481, Rz 649).

[775] BGE 139 I 72, E. 10.1.1., m.w.H; vgl. auch Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 569 f.
[776] BGE 137 II 199, 212, E.4.3.

908. In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob der Tatbestand der Einschränkung, der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. e KG gegeben ist. Gemäss Praxis der WEKO ist der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:

- Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt;
- durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt;
- die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht sachlich gerechtfertigt.[777]

909. Vorliegend fällt die Einschränkung des Absatzes der Konkurrenzunternehmen und die Hinderung der Ausübung des Wettbewerbs zusammen.

C.6.3.2 Einschränkung des Absatzes und Behinderung in der Ausübung des Wettbewerbs

910. Vorliegend ist zu prüfen, ob die Handlungsfreiheit der Konkurrenten eingeschränkt und deren Eindringen in den relevanten Markt durch den gemeinsamen Mengenrabatt und den Kies- und Betonbatzen be- bzw. verhindert werden sollte. Konkret bezahlten die Parteien den Kies- und Betonbatzen nur aus, wenn ein Bauunternehmen sämtliche Produkte bei den KTB-Werken bezog. Mit Bezug auf die Mengenrabatte verlor ein Bauunternehmen, das nicht sämtliche Produkte bei den KTB-Werken bezog, Rabatte in einem Ausmass, das es unattraktiv machte, sich bei Konkurrenten der Verfahrensparteien einzudecken.

911. Die Rabatte betrugen 2004–2008 zwischen Fr. 1.10 und Fr. 11.– pro Kubikmeter. Ab 2009–2013 lagen sie zwischen Fr. 2.50 und Fr. 14.–. Je grösser die während eines Jahres bei den der KTB angeschlossen Betonwerken bezogene Menge war, desto höher fiel der Rabatt pro Kubikmeter aus (dazu oben Rz 132 ff., Abbildung 13: KTB-Mengenrabatt). Entschied sich ein Kunde, einen Teil seiner Bezüge nicht bei einem KTB-Werk zu tätigen, reduzierte sich der Rabatt für seine übrigen Bezüge ebenfalls, z.B. reduzierte sich der Rabatt um Fr. 2.25 pro Kubikmeter, wenn von jährlich 8000 m^3 bezogenem Beton, 5000 m^3 von einem Nicht-KTB-Lieferanten bezog. Diese Reduktion entspricht 1,7 % des durchschnittlichen Werkpreises für Beton und Mörtel der KTB-Werke 2007–2013 (vgl. in Rz 134).

912. Zusätzlich überwiesen die KTB-Werke 2004–2013 einen Kies- und Betonbatzen (30 und 50 Rappen pro Kubikmeter Kies bzw. Beton) an den BRVB. Einzig Bezüge von Mitgliedern, welche ausschliesslich von den KTB-Werken Kies und Beton bezogen, wurden angerechnet. Selbst bei geringen Bezügen von auswärtigen Anbietern, strichen die KTB-Werke den Kies- und Betonbatzen (vgl. vorne Rz 135). Die KTB-Werke verpflichteten sich ihrerseits, den Kies- und Betonbatzen zu entrichten und Nicht-Mitglieder des BVRB nicht zu günstigeren Preisen und Konditionen zu beliefern. Ferner sollten Private und Nicht-bauherren einen Preiszuschlag bezahlen (vgl. vorne Rz 638).

913. Im in Rz 911 erwähnten Beispiel wurden Fr. 0.5 pro Kubikmeter – also 6500 Franken – überwiesen. Vor allem in Randliefergebieten der KTB-Werke spielte dies eine Rolle, da die KTB-Werke dort höchstens einen geringen Transportkostenvorteil gegenüber anderen Werken genossen. Bezog nämlich ein Bauunternehmen für eine kleine Baustelle im Randliefergebiet der KTB-Werke Baustoffe bei einem Konkurrenten der KTB-Werke, fiel die Zahlung des Kies- und Betonbatzens dahin. Gerade bei kleineren Baustellen in diesen Randgebieten entging dem BVRB der gesamte Kies- und Betonbatzen aufgrund des Bezugs einer bloss kleinen Menge.

914. Durch den Kies- und Betonbatzen sowie den Mengenrabatt wurde der Eintritt neuer Anbieter erschwert und das von den KTB-Werken belieferte Gebiet gegenüber Drittanbietern abgeschottet. Im Untersuchungszeitraum kam es entsprechend zu keinen neuen Markteintritten (vgl. dazu oben Rz 120 ff.). Indem die marktbeherrschenden Verfahrensparteien die Produkte und Dienstleistungen der Konkurrenten weniger absetzbar machten, ohne dass dies Folge ihrer höherwertigen Leistungen zuzuschreiben wäre, verhielten sie sich missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG.[778]

C.6.3.3 Keine Rechtfertigungsgründe

915. Wie es das Bundesgericht im Fall «Publigroupe»[779] festgehalten hat, sind im Falle des Vorliegens eines Missbrauchs gemäss Art. 7 Abs. 1 KG mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. *legitimate business reasons*) zu prüfen. Vorliegend sind keine objektiven Gründe oder Effizienzgründe ersichtlich, welche das inkriminierte Verhalten rechtfertigen würden.

C.6.4 Fazit

916. Durch den Abschluss der Preisabreden über den gemeinsamen Mengenrabatt und die Gewährung des Kies- und Betonbatzens missbrauchten die Verfahrensparteien ihre gemeinsame marktbeherrschende Stellung und verstiessen gegen Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG.

---

[777] Verfügung der WEKO vom 30.10.2017, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*, 236, Rz 1019; Verfügung der WEKO vom 11.12.2017, *Supermédia*, 121, Rz 559; beide Verfügungen sind abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (15.2.2019).

[778] Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 574; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 N 418, 436, 461. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 6. September 2017, *Intel Corporation Inc./Kommission*, Rn 137; EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, 85/76, EU:C:1979:36, Rn 89.

[779] BGE 139 I 72, 103 E. 10.1.2.

C.7 Massnahmen

917. 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 918 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 924 ff.).

C.7.1 Anordnung von Massnahmen

918. 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.[780]

919. Aus den Erwägungen ergibt sich, dass sich die Parteien an unzulässigen Wettbewerbsabreden im Bereich Kies- und Betonprodukte inklusive deren Transport im Raum Bern (Stadt und Umgebung) beteiligt haben. Sie sind zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden oder nicht mehr drohen.

920. Den Parteien wird konkret verboten,

i. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Preise und Preisbestandteile im Zusammenhang mit der Lieferung von Kies- und Betonprodukten festzulegen oder sich darüber mit Konkurrenten und Konkurrentinnen auszutauschen. Insbesondere wird den Parteien verboten,
   - gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Bandbreiten für Listenpreise festzulegen;
   - gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Höhe und Abstufungen von Mengenrabatten festzulegen;
   - Kunden und Kundinnen gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Mengenrabatte unter Berücksichtigung der Gesamtbezugsmengen zu gewähren;

ii. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Liefergebiete für Kies- und Betonprodukte festzulegen oder auf sonstige Weise abzustimmen;

iii. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Abnehmer und Abnehmerinnen von Kies- und Betonprodukten zu- und aufzuteilen;

iv. Sponsoring-Zahlungen oder andere Unterstützungsbeiträge an Branchenverbände davon abhängig zu machen, dass die Mitglieder der Branchenverbände Kies- und Betonprodukte ausschliesslich bei ihnen und/oder von ihnen bestimmten Konkurrenten und Konkurrentinnen beziehen;

v. betreffend Forderungen aus Kies- und Betonlieferungen gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Debitorenverluste zu tragen und ein gemeinsames Inkasso zu betreiben soweit
   - die Nummer des Lieferscheins, die Artikelbezeichnung, die gelieferte Menge, der Preis je Einheit, der erteilte Rabatt und der Rechnungsbetrag im Rahmen ihrer Rechnungsstellung ausgetauscht werden,
   - sie gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Zahlungs- und Verzugskonditionen festlegen,

vi. gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Liefersperren gegenüber Abnehmern und Abnehmerinnen von Kies- und Betonprodukten zu verhängen.

921. Von den Verpflichtungen gemäss den Ziffern i. bis iii. ausgenommen sind der unabdingbare Austausch von Informationen sowie die unabdingbare gemeinsame Festlegung im Zusammenhang mit:

- der Bildung und Durchführung von Liefergemeinschaften;
- der Bildung und Durchführung von Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften;
- der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

922. Die Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Parteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Insbesondere stehen sie in unmittelbaren Zusammenhang zu den von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweisen und verhindern, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Sie sind verhältnismässig, zumal sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind.

923. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend 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.[781]

C.7.2 Sanktionierung

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

[780] RPW 2017/3, 453, Rz 253, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2015/2, 253 Rz 267, *Tunnelreinigung*; RPW 2013/4, 463 ff. Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

[781] 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*.

der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

C.7.2.1 Allgemeines

925. 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.[782] Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.[783]

926. Aufgrund der Sanktionierbarkeit handelt es sich beim Kartellverfahren um ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht jedoch um reines Strafrecht. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV sind demnach grundsätzlich im gesamten Verfahren anwendbar; über deren Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.[784]

C.7.2.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

927. Unternehmen, welche an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt sind oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhalten, werden mit einer Sanktion belastet (Art. 49a Abs. 1 KG). Daraus ergeben sich folgende Sanktionsvoraussetzungen: Erstens liegen unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG oder Art. 7 KG vor. Zweitens müssen die unzulässigen Verhaltensweisen von Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes verübt worden sein.[785] Diese Voraussetzungen sind in casu erfüllt. Beide Parteien waren zum Tatzeitpunkt Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG (vgl. Rz 786). Die ihnen nachgewiesenen Verhaltensweisen stellen Verhaltensweisen gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG sowie Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG dar.

928. 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. Dies hat jüngst auch das Bundesgericht bestätigt.[786]

C.7.2.3 Vorwerfbarkeit

929. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung[787], welcher das BVGer gefolgt ist[788], 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.

930. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. 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.[789] 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.[790]

931. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrigen Wettbewerbsabreden trafen, taten dies wissentlich und nahmen deren wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen entweder zeichnungsberechtigt waren oder jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr (Eventual-)Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

932. Anderweitige Gründe, welche dagegensprechen würden, dass den Unternehmen die fraglichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen vorgeworfen werden können, sind nicht ersichtlich und werden von den Parteien auch nicht vorgebracht. So dürfen das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen für Unternehmen (als dessen Adressaten) allgemein als «bekannt» vorausgesetzt werden.[791] Die Unternehmen müssen

---

[782] Botschaft vom 7. November 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.

[783] BBl 2002 2022, 2034.

[784] BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 798 ff. E. 14, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 ff. E. 12, *Gebro/WEKO*.

[785] 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.

[786] BGE 143 II 297, 339 E. 9.4.

[787] 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, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

[788] 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*.

[789] RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

[790] 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*.

[791] RPW 2017/3, 455, Rz 267, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H. *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18.6.2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512).

alles Zumutbare vorkehren, um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden.[792] Vorliegend liegen keine Hinweise darauf vor, dass die Parteien angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung der getroffenen Wettbewerbsabreden getroffen hätten.

C.7.2.4 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

933. 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 ausgeübt worden ist. Für die Prüfung dieser fünfjährigen Frist ist im Einzelfall die gesamte Dauer des Kartells miteinzubeziehen.

934. Die Wettbewerbsbehörden eröffneten die Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern am 12. Januar 2015. Aufgrund der Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sind sämtliche Wettbewerbsbeschränkungen, welche ab dem 13. Januar 2010 nicht mehr ausgeübt worden sind, nicht mehr sanktionierbar. Die vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen hatten bis ins Jahr 2011 beziehungsweise 2013 Bestand. Damit steht der Sanktionierung des vorliegenden Kartellrechtsverstosses in zeitlicher Hinsicht nichts entgegen.

C.7.2.5 Bemessung

935. 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.

936. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG 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[793] und der Gleichbehandlung begrenzt wird.[794] 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.[795]

C.7.2.5.1 Konkrete Sanktionsberechnung

937. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag 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

938. 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.[796] Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

939. Vorliegend beendeten die Verfahrensparteien die Regelung der Wettbewerbsverhältnisse Ende 2013. Für die Sanktionsberechnung sind damit die Umsätze der Jahre 2011, 2012 und 2013 massgebend.

1. Massgebliche Umsätze

940. Art. 3 SVKG statuiert als Bemessungsgrundlage des Basisbetrags den Umsatz, den das betreffende Unternehmen auf den jeweils relevanten Märkten erzielt hat, und nicht den Umsatz, der mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten erzielt wurde. Die Vorschrift differenziert nicht zwischen den auf den relevanten Märkten erzielten Umsätzen. Daher ist bei der Bestimmung des massgeblichen Umsatzes nicht danach zu unterscheiden, welcher Anteil dieses Umsatzes durch ein wettbewerbswidriges Verhalten erzielt wurde und ob allenfalls ein Anteil nicht in Verbindung mit einem wettbewerbswidrigen Verhalten steht. Zur Bestimmung der Bemessungsgrundlage für die Sanktionierung kann eine wirtschaftliche Unternehmenskennziffer herangezogen werden, die nicht ausschliesslich das wettbewerbswidrige Verhalten umfasst.[797] Für die Sanktionsbemessung ist auf die Marktabgrenzung zum sachlichen und räumlichen relevanten Markt abzustellen.[798]

941. Die vorliegende Wettbewerbsabrede betrifft in sachlicher Hinsicht die von den Bauunternehmen, Kleinbezügern und Transportunternehmen nachgefragten Baustoffe Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport (dazu vorne Rz 90 ff.). In räumlicher Hinsicht betrafen die Abreden das gesamte Liefergebiet der KTB-Werke (Rz 99 ff.). Seitens der Kästli-Gruppe betrifft dies das Liefergebiet um Rubigen und seitens der Alluvia-Gruppe die Liefergebiete um Oberwangen, Bethlehem, Worblaufen, Mattstetten und Hindelbank (vgl. Rz 108).

---

[792] RPW 2017/3, 455, Rz 267, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.
[793] Art. 2 Abs. 2 SVKG.
[794] Vgl. SHK-REINERT (Fn 751), Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.
[795] RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.
[796] 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 (4.5.2018).
[797] Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 685 f., Rz 722, *Preispolitik Swisscom ADSL*.
[798] Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 686, Rz 723, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

942. Von diesen Umsätzen sind die Umsätze mit Lieferungen innerhalb des Konzerns abzuziehen, sofern die gelieferten Produkte von den Abnehmern bearbeitet werden (z.B. eine Kieslieferung eines Kieswerkes an ein Betonwerk). Diese Umsätze würden ansonsten doppelt berücksichtigt. Die übrigen konzerninternen Lieferungen an Unternehmen, welche nicht Teil der Kartellabrede waren, jedoch von den konzerninternen Abnehmerinnen innerhalb des relevanten Marktes weitervertrieben werden, sind jedoch Teil des massgeblichen Umsatzes.[799] Aufgrund dieser Erwägungen sind damit die folgenden Umsätze für die Sanktionierung heranzuziehen:

Unternehmen	Massgeblicher Umsatz (ohne MwSt. in CHF)
Alluvia-Gruppe	[…]
Kästli-Gruppe	[…]

2. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

943. 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. Massgeblich ist vorliegend der Umsatz der Alluvia- und der Kästli-Gruppe auf dem Markt für Kies- und Betonprodukte im Raum Bern. Zumal einzig die Alluvia-Gruppe Mörtel vertreibt, ist dieser Anteil des Umsatzes abzuziehen.

944. Aufgrund dieser Erwägungen ergeben sich im vorliegenden Fall für die Alluvia- und die Kästli-Gruppe folgende Obergrenzen für den Basisbetrag.

Unternehmen	Umsatz 2011-2013 auf dem relevanten Markt (ohne MwSt in CHF)	Massgeblicher Prozentsatz	Obergrenze für den Basisbetrag in CHF
Alluvia-Gruppe	[…]	10 %	[…]
Kästli-Gruppe	[…]	10 %	[…]

3. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

945. Hinsichtlich der Art und Schwere des Verstosses ist zunächst zu berücksichtigen, dass eine Gesamtabrede zu beurteilen ist. Eine dauerhaft bestehende Gesamtabrede mit dem Zweck, den Preiswettbewerb untereinander einzuschränken, den Markt von Drittkonkurrenten zu schützen und die gegenseitigen Liefergebiete zu respektieren, kann schwerwiegende volkswirtschaftliche und soziale Schäden bewirken. Die Gesamtabrede enthält Elemente, die als Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und als Gebietsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu qualifizieren sind. Zudem stellen Teile der Gesamtabrede, namentlich das Festlegen gemeinsamer Mengenrabatte und das Festlegen eines gemeinsamen Kies- und Betonbatzens zugleich auch unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen im Sinne von Art. 7 KG dar. Verhaltensweisen, welche gleichzeitig mehrere sanktionierbare Tatbestände erfüllen, sind schwerer zu gewichten als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.[800] Die Verstösse gegen Art. 5 Abs. 3 KG sind im vorliegenden Verfahren schwerer zu gewichten als diejenigen gegen Art. 7 KG.

946. Zu Lasten der Parteien ist zu berücksichtigen, dass sie einen hohen organisatorischen Aufwand betrieben und die Zusammenarbeit im Rahmen der gemeinsamen Inkassostelle KTB AG institutionalisierten und professionalisierten.[801] Die KTB AG setzte die dargelegten Vereinbarungen über die Listenpreise, den gemeinsamen Mengenrabatt, die Liefergebiete, den Kies- und Betonbatzen sowie die gemeinsame Inkassostelle um. Vor diesem Hintergrund erscheint ein hoher Basisbetragskoeffizient angemessen.

947. Schliesslich ist bei der Beurteilung der Art und Schwere zu berücksichtigen, ob der KG-Verstoss vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Vorliegend wurden die Verstösse vorsätzlich begangen. Auch dies rechtfertigt es, einen hohen Basisbetrag anzunehmen.

948. Aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist zudem die bisherige Praxis der WEKO im Bereich der Gesamt-, Preis- und Gebietsabreden zu berücksichtigen. Bei horizontalen Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, welche den wirksamen Wettbewerb

[799] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, E.VIII.5.f), Rz 785; *Preispolitik Swisscom ADSL*; RPW 2010/1, 176, Rz 385, *Preispolitik Swisscom ADSL*.
[800] Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.
[801] In diesem Sinne auch RPW 2017/3, 457, Rz 285, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

beseitigen, kam ein Basisbetragskoeffizient von 7–9 % zur Anwendung.[802] Im Entscheid *Abrede im Speditionsbereich*, bei dem es um Abreden über Preiselemente ging, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, legte die WEKO den Basisbetrag auf 6 % fest.[803]

949. Zugunsten der Parteien ist in Erwägung zu ziehen, dass die Gesamtabrede nicht zu einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führte.

950. Aufgrund dieser Umstände ist ein Prozentsatz von 7 % angemessen. Damit ergibt sich für die Alluvia- und die Kästli-Gruppe der folgende Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG:

Unternehmen	Umsatz 2011-2013 auf dem relevanten Markt (ohne MwSt in CHF)	Prozentsatz gemäss Art. 3 SVKG	Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG (in CHF)
Alluvia	[…]	7 %	[…]
Kästli	[…]	7 %	[…]

(ii) Dauer des Verstosses

951. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des asisbetrages 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).

952. Vorliegend werden die Verfahrensparteien für die Gesamtabrede sanktioniert. Wie bereits erläutert, bestand diese Gesamtabrede zwischen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe ununterbrochen jedenfalls seit 1. April 2004 bis Ende 2013 und wurde stetig umgesetzt (vgl. Rz 785). Für die Sanktionierung ist damit grundsätzlich von einer Dauer der Abrede von über neun Jahren und neun Monaten auszugehen.

953. Bei der Sanktionierung muss berücksichtigt werden, dass die Wettbewerbsabrede betreffend Kies- und Betonbatzen nur bis Ende 2011 bestand. Zwar ändert der Umstand, dass der Kies- und Betonbatzen ab 2012 nicht mehr ausbezahlt wurde, nichts an der Qualifikation als Gesamtabrede. Ein Dauerzuschlag von 10 % pro Jahr ist allerdings nur für den Zeitraum heranzuziehen, in dem die Preislisten, der Mengenrabatt, die Liefergebiete, der Kies- und Betonbatzen und das gemeinsame Inkasso Gegenstand der Vereinbarung waren. In der übrigen Zeit von 2012 bis 2013 ist ein herabgesetzter Dauerzuschlag in Höhe von 8 % pro Jahr zu berücksichtigen.[804] Damit ergibt sich für die Alluvia- und die Kästli-Gruppe ein Dauerzuschlag von 93,5 %.[805]

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

954. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Es liegen keine Anhaltspunkte für erschwerenden Umstände vor. Im Gegensatz dazu sind die folgenden mildernden Umstände zu beachten.

1. Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung vor Verfahrenseröffnung

955. Gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG wird der Betrag nach den Artikeln 3 und 4 vermindert, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens beendet.

956. Wie dargelegt, bestand der Grundkonsens der Verfahrensparteien zur Regelung der Wettbewerbsverhältnisse in den Bereichen Kies- und Betonverkäufe im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) bis Ende 2013. Die Abreden betreffend Listenpreise, gemeinsamer Mengenrabatt, Liefergebiete und gemeinsames Inkasso hatten bis Ende 2013 bestand, die Entrichtung des Kies- und Betonbatzens wurde per Ende 2011 eingestellt. Die Parteien stellten somit ihr Verhalten vor dem ersten Eingreifen der Behörden (Untersuchungseröffnung am 12. Januar 2015) aus eigenem Antrieb ein. Unter diesen Umständen und in Anbetracht der Praxis ist eine Reduktion des um die Dauer erhöhten Basisbetrags von 10 % angemessen.[806]

2. Kooperatives Verhalten

957. Art. 6 SVKG zählt die mildernden Umstände nicht in abschliessender Weise auf.[807] Entsprechend kann gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG auch kooperatives Verhalten ausserhalb einer Selbstanzeige sanktionsreduzierend

[802] RPW 2018/1, 120 Rz 212, *Verzinkung* (7 %); RPW 2017/3, 457, Rz 288, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal* (9 %); RPW 2016/3, 709 Rz 384, *Flügel und Klaviere* (7 %); Verfügung vom 2. Dezember 2013 in Sachen Abreden im Bereich Luftfracht, 377 Rz 1720 (8 %); RPW 2013/4, 623 Rz 967, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* (7 %); RPW 2012/3, 650 Rz 330, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen* (7 %); RPW 2012/2, 408 Rz 110, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* (7 %); RPW 2010/4, 760 Rz 391, *Baubeschläge* (7 %); RPW 2009/3, 215 Rz 126, *Elektroinstallationsbetriebe Bern* (7 %).

[803] RPW 2013/2, 201 Rz 303, *Abrede im Speditionsbereich* (6 %).

[804] In diesem Sinne auch RPW 2018/1, 121 f., Rz 213 ff., *Verzinkung*.

[805] Der Dauerzuschlag von 93,5 % setzt sich wie folgt zusammen: Für die ersten 5 Jahre (1.4.2004–31.3.2009) erfolgt ein Dauerzuschlag von 50 %. Für die darauf folgenden 2 Jahre und 9 Monate (1.4.2009–31.12.2011) wird ein Dauerzuschlag von 10 % pro Jahr angewandt, was 27,5 % entspricht. Es verbleiben 2 Jahre (1.1.2012–31.12.2013), für welche ein reduzierter Dauerzuschlag von 8 % pro Jahr angewandt wird. Insgesamt ergibt sich also ein Dauerzuschlag von 50 % (1.4.2004–31.3.2009) + 27,5 % (1.4.2009 – 31.12.2011) + 16 % (1.1.2012–31.12.2013) = 93,5 %.

[806] Vgl. auch RPW 2018/1, 122, Rz 220 f., *Verzinkung*.

[807] Erläuterungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission zur SVKG, Artikel 5 und 6: Erschwerende und mildernde Umstände.

berücksichtigt werden. Massgebend für die Höhe der Reduktion dürfte entsprechend Art. 12 Abs. 2 SVKG die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg sein. Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muss das kooperative Verhalten über das hinausgehen, was üblicherweise zur Ausübung der Verteidigungsrechte an den Tag gelegt wird.[808]

958. Die Alluvia- und die Kästli-Gruppe reichten die vom Sekretariat geforderten Daten zu den Kies- und Betonlieferungen für die Jahre 2007 bis 2013 (dazu Rz 35 ff.) ein und beantworteten mehrere Auskunftsbegehren des Sekretariats in diesem Zusammenhang. Die Aufbereitung der Daten verursachte den Verfahrensparteien Aufwand. Zudem erleichterten die Verfahrensparteien mit der Datenlieferung die Ermittlung des Sachverhaltes über das vom Bundesverwaltungsgericht geforderte Mass hinaus. Es rechtfertigt sich daher, den nach den Art. 3 und 4 SVKG berechneten Sanktionsbetrag um 10 % zu reduzieren.

(iv) Maximalsanktion

959. 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 Kartellgesetz 2003 ergibt,[809] sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.[810] 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[811] finden analoge Anwendung. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar; vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im Kartellgesetz 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.

960. Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird. Die Parteien erwirtschaften in der Schweiz auch bedeutende Umsätze ausserhalb des relevanten Marktes.

C.7.2.5.2 Parteieingaben sind keine Selbstanzeigen – keine weitere Sanktionsreduktion

(i) Einleitung

961. 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. In der Folge ist zu prüfen, ob die als «Selbstanzeigen» bezeichneten Parteieingaben diese Voraussetzungen erfüllen. Zuerst seien daher die rechtlichen Vorgaben zusammengefasst (C.7.2.5.2(ii), Rz 962 ff.), bevor die Eingaben der Verfahrensparteien anhand der rechtlichen Vorgaben überprüft werden (C.7.2.5.2(iii), Rz 966 ff., Rz 974 ff.).

(ii) Rechtliche Vorgaben an Selbstanzeigen

962. 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 Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation) oder
  - Beweismittel vorlegt, welche es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation).
- Sowohl bei der Eröffnungs- als auch Feststellungskooperation setzt der Erlass der Sanktion 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).

963. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene, unverzügliche und uneingeschränkte ist (Bst. c);
- es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt (Bst. b);
- es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat (Bst. a), und
- es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt (Bst. d).

964. 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.

---

[808] Urteil des BVGer, RPW2013/4, 805 E. 14.4.6, *Gaba/WEKO*.

[809] Vgl. BBl 2002 2022, 2037.

[810] Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Verfügung in Sachen Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (4.5.2018).

[811] Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

965. Die gesetzlichen Vorgaben werden durch das Formular des Sekretariats der WEKO «Bonusregelung (Selbstanzeige)» vom 8. September 2014 (nachfolgend: Merkblatt Bonusregelung) konkretisiert. Gemäss Merkblatt Bonusregelung muss die Eingabe zum Erlass oder der Reduktion der Sanktion Klarheit über den Sachverhalt schaffen. Das bedeutet insbesondere:

- Das selbstanzeigende Unternehmen hat den verfolgten Zweck der angezeigten Verhaltensweise und die Umsetzung zu beschreiben und zu belegen.
- Keine Klarheit besteht, wenn das Unternehmen die Aussagen selbst wieder entkräftet, etwa indem es eine Verhaltensweisen bestreitet oder generell (mögliche) negative Auswirkungen auf den Wettbewerb verneint.[812]

(iii) Beurteilung der Eingaben der Alluvia- und der Kästli-Gruppe

1. Alluvia-Gruppe

Kein Mehrwert zum vorläufigen Beweisergebnis

966. Die Alluvia-Gruppe reichte ihre Selbstanzeige am 4. Mai 2017 ein, nachdem das Sekretariat im Rahmen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung die Möglichkeit einer Selbstanzeige erläutert hatte. Sie äusserte sich in ihrer Eingabe vom 4. Mai 2017 zur Bekanntgabe von Prozentspannbreiten für die Erhöhung der Bruttopreise, dem gemeinsamen Mengenrabatt, dem Kies- und Betonbatzen, dem gemeinsamen Inkasso und der Vereinbarung der Messerli Kieswerk AG, der K.+U. Hofstetter AG und der Lehmann Transport AG[813]. Die Selbstanzeige beschränkte sich darauf, diese Verhaltensweisen in kurzen Abschnitten zu beschreiben und den Sachverhalt wiederzugeben, den das Sekretariat bereits im vorläufigen Beweisergebnis festgehalten hatte. Die Eingabe ermöglichte es den Wettbewerbsbehörden nicht, gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG einen Wettbewerbsverstoss (gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG) festzustellen.

Keine Selbstanzeige bezüglich der Koordination von Listenpreisen und Liefergebieten

967. Das Sekretariat forderte die Alluvia-Gruppe am 9. Mai 2017 auf, die Selbstanzeige zu vervollständigen, insbesondere auch bezüglich der Koordination der Listenpreise und der Liefergebiete.[814] Die Alluvia-Gruppe stellte in ihrer Eingabe vom 2. Juni 2017 fest, dass sie keine Selbstanzeige bezüglich der Koordination der Listenpreise und der Liefergebiete eingereicht habe und auch nicht einreichen werde.[815] Diese Eingabe ermöglichte es den Wettbewerbsbehörden ebenso wenig – und wie es Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG von einem Selbstanzeiger verlangt – einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen.

Keine Kooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. b und c SVKG

968. Die Alluvia-Gruppe legte dem Sekretariat nicht spontan sämtliche in ihrem Einflussbereich liegenden Beweismittel vor. In ihrer Selbstanzeige vom 4. Mai 2017 verwies die Alluvia-Gruppe auf die Verfahrensakten und hielt fest, dass das Sekretariat bereits im Besitz der relevanten Akten sei. Sie spezifizierte nicht, welche Akten sie meinte und worin sie die Beweise erblickte. Mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 2. Juni 2017 reichte die Alluvia-Gruppe zwar Beweismittel ein, kommentierte und erklärte diese indessen nicht. Sie legte insbesondere die Relevanz der eingereichten Beweismittel für das Verfahren 22-0477 nicht dar. Insgesamt genügte sie ihren Pflichten gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG nicht.

969. Die Alluvia-Gruppe kam den Aufforderungen des Sekretariats vom 9. Mai 2017 und 6. Juli 2017 zur Nachbesserung ihrer Eingaben nicht nach (vgl. Eingaben vom 2. Juni 2017 und 19. Juli 2017[816]). Die Alluvia-Gruppe machte einzig Eingaben auf Aufforderung des Sekretariats. Das Sekretariat machte sie darauf aufmerksam, dass sie den Anforderungen der SVKG und dem Merkblatt Bonusregelungen nicht genügten. Die Alluvia-Gruppe nutzte die ihr vom Sekretariat angebotene Möglichkeit nicht, ihre Eingaben entsprechend den Vorgaben des Sekretariats zu verbessern. Insgesamt kooperierte sie nicht ununterbrochen, unverzüglich und uneingeschränkt mit den Wettbewerbsbehörden und genügte damit ihren Pflichten gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG nicht.

970. Keine ausreichenden inhaltlichen Angaben gemäss Art. 9 SVKG

971. Schliesslich genügten die Eingaben der Alluvia-Gruppe den inhaltlichen Anforderungen an eine Selbstanzeige gemäss Art. 9 SVKG aus den folgenden Gründen nicht:

- Die Alluvia-Gruppe machte allgemeine Verweise auf Eingaben, ohne zu spezifizieren, worauf sie sich bezog, aus welchem Grund und was sie damit zu zeigen gedachte.[817] Sie schuf folglich keine Klarheit über den Sachverhalt.
- Sie machte keine Angaben zu Ziel, Absicht und Zweck ihrer Verhaltensweisen.
- Ihren Eingaben enthielten Entkräftungen, Bestreitungen und Verneinungen.[818]

Einreichung der Daten

972. Die Alluvia-Gruppe reichte dem Sekretariat auf Aufforderung Daten zu Kies- und Betonlieferungen für die Jahre 2007 bis 2013 ein. Die Antworten zu den Auskunftsbegehren des Sekretariats stellen keine Selbstanzeige dar, wie aufgeführt, wird die Kooperation aber sanktionsmindernd berücksichtigt (vgl. dazu C.7.2.5.1(iii)2, Rz 957 f.).

[812] Merkblatt und Formular Bonusregelung (Selbstanzeige), Rz 5, Abrufbar unter: https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dienstleistungen/meldeformulare.html.
[813] Act. VIII.A.1.
[814] Act. VIII.A.4.
[815] Act. VIII.A.11 und 12.
[816] Act. VIII.A.11 und 12, VIII.A.17.
[817] Die Alluvia-Gruppe verwies „*grundsätzlich*" auf ihr Schreiben vom 18. Januar 2017, das Handout vom 10. April 2017, das Schreiben vom 20. April 2017 und die E-Mail vom 25. April 2017 (17:57), vgl. Act. VIII.A.1.
[818] Act. VIII.A.5.a-b; Act. VIII.A.1.

Fazit

973. Es liegt keine Feststellungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG vor, die es den Wettbewerbsbehörden ermöglicht hätte, einen Wettbewerbsverstoss (gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG) festzustellen. Die Eingabe der Alluvia-Gruppe ist folglich auch nicht als Selbstanzeige anzusehen, welche zu einer Reduktion der Sanktion im Sinne von Art. 12 SVKG berechtigen würde. Die Sanktionsreduktion hat die Alluvia-Gruppe durch ihr kooperatives Verhalten im Sinne von Art. 6 SVKG im Zusammenhang mit der Datenlieferung und durch die vorzeitige Einstellung der Wettbewerbsverstösse erwirkt.

2. Kästli-Gruppe

Kein Mehrwert zum vorläufigen Beweisergebnis

974. Die Kästli-Gruppe reichte die Selbstanzeige am 12. Mai 2017 ein, nachdem das Sekretariat im Rahmen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung die Möglichkeit einer Selbstanzeige erläutert hatte. Die Kästli-Gruppe brachte mit Eingabe vom 12. Mai 2017 vier konkrete Sachverhalte zur Anzeige, namentlich die Treffen mit dem BVRB, den gemeinsamen Mengenrabatt, den Kies- und Betonbatzen sowie das gemeinsame Inkasso. Die Selbstanzeige beschränkte sich darauf, diese Verhaltensweisen in kurzen Abschnitten zu beschreiben und den Sachverhalt wiederzugeben, den das Sekretariat bereits im vorläufigen Beweisergebnis festgehalten hatte. Die Eingabe ermöglichte es den Wettbewerbsbehörden nicht, gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG einen Wettbewerbsverstoss (gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG) festzustellen.

Keine Selbstanzeige bezüglich der Koordination von Listenpreisen und Liefergebieten

975. Das Sekretariat forderte die Kästli-Gruppe am 17. Mai 2017 auf, die Selbstanzeige zu vervollständigen, insbesondere auch bezüglich der Koordination der Listenpreise und der Liefergebiete.[819] Die Kästli-Gruppe stellte in ihrer Eingabe vom 6. Juni 2017 fest, dass sie bezüglich der Koordination der Listenpreise und der Liefergebiete keine Informationen und Beweismittel beibringen könne, da sie diese Verhaltensweisen nicht zur Anzeige gebracht habe. Diese Eingabe ermöglichte es den Wettbewerbsbehörden ebenso wenig – und wie es Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG von einem Selbstanzeiger verlangt – einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen.

Keine Kooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. b und c SVKG

976. Die Kästli-Gruppe legte dem Sekretariat nicht spontan sämtliche in ihrem Einflussbereich liegenden Beweismittel vor. In ihrer Selbstanzeige vom 12. Mai 2017 verwies die Kästli-Gruppe ohne Angabe von Fundstellen in genereller Weise auf die Beweismittel in den Verfahrensakten hin. Sie spezifizierte nicht, welche Akten sie meinte und worin sie die Beweise erblickte. Mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 6. Juni 2017 listete sie eine Reihe von Verfahrensakten auf, ohne diese zu kommentieren oder zu erklären. Zwar reichte die Kästli-Gruppe zusätzlich drei Dokumente ein, legte deren Relevanz für das Verfahren 22-0477 indessen nicht dar. Insgesamt genügte sie ihren Pflichten gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG nicht.

977. Die Kästli-Gruppe kam den Aufforderungen des Sekretariats zur Nachbesserung der Selbstanzeige vom 17. Mai 2017 und vom 4. August 2017 nicht nach (vgl. Eingaben vom 6. Juni 2017 und vom 16. August 2017, Rz 29 ff.). Die Kästli-Gruppe handelte nicht aus Eigenantrieb, sondern reagiert auf die Aufforderungen des Sekretariats. Obwohl das Sekretariat sie darauf Aufmerksam machte, dass ihre Eingaben den Anforderungen der SVKG und dem Merkblatt Bonusregelungen nicht genügten, nutzte die Kästli-Gruppe die Möglichkeit nicht, ihre Eingaben den Vorgaben des Sekretariats entsprechend zu verbessern. Insgesamt kooperierte sie nicht ununterbrochen, unverzüglich und uneingeschränkt mit den Wettbewerbsbehörden und genügte damit ihren Pflichten gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG nicht.

Keine ausreichenden inhaltlichen Angaben gemäss Art. 9 SVKG

978. Schliesslich genügten die Eingaben der Kästli-Gruppe den inhaltlichen Anforderungen an eine Selbstanzeige gemäss Art. 9 SVKG nicht, da sie sich trotz Aufforderung weigerte, Angaben zu Ziel, Absicht und Zweck der gemeldeten Verhaltensweisen zu machen.

Einreichung der Daten

979. Die Kästli-Gruppe reichte die vom Sekretariat auf Aufforderung Daten zu den Kies- und Betonlieferungen ab dem Werk Rubigen für die Jahre 2007 bis 2013 ein. Zudem beantwortete die Kästli-Gruppe einen Fragebogen zu den Daten und kam weiteren Auskunftsbegehren des Sekretariats nach. Die Antworten zu den Auskunftsbegehren des Sekretariats stellen keine Selbstanzeige dar, wie aufgeführt wird die Kooperation aber sanktionsmindernd berücksichtigt.

Fazit

980. Die Kästli-Gruppe kooperierte nicht im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG (Feststellungskooperation), was es den Wettbewerbsbehörden ermöglicht hätte, einen Wettbewerbsverstoss (gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG) festzustellen. Die Eingabe der Kästli-Gruppe sind folglich auch nicht als Selbstanzeigen zu qualifizieren, welche zu einer Reduktion der Sanktion im Sinne von Art. 12 SVKG berechtigen würde. Das kooperative Verhalten im Zusammenhang mit der Datenlieferung und der vorzeitigen Einstellung der Wettbewerbsverstösse wurde hingegen dennoch, wie ausgeführt, angemessen sanktionsmindernd (Art. 6 SVKG) berücksichtigt. Der Kooperationsabzug erfasst also eine andere Kooperationsform als diejenige der Selbstanzeige (vgl. dazu C.7.2.5.1(iii)2, Rz 957 f.).

[819] Act. VIII.B.3 und 4.

(iv) Fazit

981. Die Eingaben der Alluvia- und der Kästli-Gruppe sind keine Selbstanzeigen im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KG und Art. 8 ff. SVKG. Der Kooperation der beiden Unternehmen wird jedoch als Milderungsgrund im Sinne von Art. 6 SVKG gebührend Rechnung getragen (vgl. dazu C.7.2.5.1(iii)2, Rz 957 f.).

982. Da die Eingaben der Alluvia- und der Kästli-Gruppe nicht als Selbstanzeigen zu qualifizieren sind, können die diesbezüglichen Verfahrensakten auch in das ordentliche Verfahrensdossier überführt werden.

C.7.2.5.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

983. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein. 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 im Minimum die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.[820]

984. Die vorliegend festgesetzten Sanktionsbeträge sind für die Alluvia- und die Kästli-Gruppe tragbar. Sie stehen mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

C.7.2.6 Ergebnis

985. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49 Abs. 1 KG angemessen:

	Alluvia	**Kästli**
Umsatz	[…]	[…]
Basisbetrag (7 %)	[…]	[…]
Dauerzuschlag (93,5 %)	[…]	[…]
Summe	[…]	[…]
Reduktion gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG (10 %)	[…]	[…]
Reduktion für gute Kooperation (10 %)	[…]	[…]
Kappung gemäss Art. 7 SVKG	Nein	[…]
Sanktion (in CHF)	**[15-17] Mio**	**[4-6] Mio**

C.7.3 Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten]

986. 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 resp. 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 resp. gespiegelten elektronischen Daten zurückgegriffen werden muss. Dementsprechend sind nach Eintritt der Rechtskraft gegenüber allen Parteien die Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben resp. die gespiegelten oder kopierten elektronischen Daten zu löschen.

D. Kosten

987. Die Gebührenpflicht, die Höhe der Verfahrenskosten und die Verlegung der Kosten richtet sich nach der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (GebV-KG).[821]

988. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen.[822] Im vorliegenden Verfahren wurden der Alluvia- und der Kästli-Gruppe unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen nachgewiesen, weshalb sie gebührenpflichtig sind.

[820] Vgl. ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. Siehe des Weiteren auch RPW 2010/4, 765 Rz 432, *Baubeschläge*; RPW 2013/2, 142 Rz 332, *Abrede im Speditionsbereich*.

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

[822] 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.

989. Die Höhe der Verfahrenskosten bestimmt sich nach Art. 4 f. GebV-KG. Gemäss Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von Fr. 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).

990. Schliesslich sind die Kosten nach den folgenden Grundsätzen zu verlegen: Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle am Kartell Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dem entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen stehen dabei im Vordergrund.[823] 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, aus wie vielen juristischen Personen dieses Unternehmen besteht. Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen auferlegt.

991. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Zwischenverfügung vom 21. November 2016 von der Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern getrennt. Dem vorliegenden Verfahren 22-0477: KTB-Werke werden die bis zur Verfahrenstrennung angefallenen Kosten der Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern anteilsmässig zugerechnet. Insbesondere führte die Behörde vor der Verfahrenstrennung in Bezug auf die vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstösse diverse Einvernahmen durch und nahm die Geschäftsgeheimnisbereinigung der selektierten Beweismittel vor.

992. Von den 29 Personen, welche das Sekretariat bis zur Verfahrenstrennung im Rahmen des Verfahrens 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern einvernommen hat, wurden insgesamt 13 Personen zu den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstössen befragt. Die Kosten aus diesen 13 Einvernahmen werden wie folgt verlegt:

- Sieben Einvernahmen betrafen ausschliesslich oder fast ausschliesslich das Verfahren 22-0477: KTB-Werke. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten dieser Einvernahmen vollumfänglich dem vorliegenden Verfahren zuzurechnen. Die Kosten für die Einvernahmen von [K._____] (17. Februar 2015), [C._____] (16. März 2015), [E._____] (18. März 2015), [M._____] (15. September 2015), [A._____] (28. April 2016), [D._____] (6. Oktober 2016) und [N._____] (19. Oktober 2016) belaufen sich gesamthaft auf 15 885 Franken.

- Bei den restlichen sechs Einvernahmen kamen sowohl Themen zur Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern als auch zur vorliegenden Untersuchung 22-0477: KTB-Werke zur Sprache. Die Kosten dieser Einvernahmen werden mit 50 % berücksichtigt. Dies ergibt für die Einvernahmen von [L._____] (5. Februar 2015), [B._____] (9. Februar 2015), [P._____] (23. Februar 2015), [J._____] (26. März 2015), [R._____] (26. April 2016) und [A._____] (8. Juni 2016) einen Betrag von 6 835 Franken.

993. Die Geschäftsgeheimnisbereinigung der anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Papier- und elektronischen Dokumente dauerte von Ende April 2016 bis August 2017. Die Gebühren, die im Zusammenhang mit der Geschäftsgeheimnisbereinigung angefallen sind, sind auf der Grundlage der aufgewendeten Stunden zu berechnen. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von Fr. 130.– bis Fr. 200.–. Die aufgewendete Zeit für die Geschäftsgeheimnisbereinigung beträgt vorliegend insgesamt 196 Stunden. Aufgeschlüsselt werden folgende Stundenansätze verrechnet:

- 102 Stunden zu Fr. 130.–, ergebend Fr. 13 260.–
- 94 Stunden zu Fr. 200.–, ergebend Fr. 18 800.–

994. Die Gesamtkosten für die Geschäftsbereinigung belaufen sich auf 32 060 Franken. Es wurden 150 Aktenstücke aus dem Verfahren 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern in das Aktenverzeichnis 22-0477: KTB-Werke übertragen. Dies entspricht rund 7 %. Die anteilsmässig zugerechneten Kosten aus dem Verfahren 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern für die Geschäftsgeheimnisbereinigung der anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Papier- und elektronischen Dokumente belaufen sich somit auf 2 244 Franken.

995. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von Fr. 130.– bis Fr. 290.–. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 2332.52 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 275.02 Stunden zu Fr. 130.–, ergebend Fr. 35 753.90.–
- 1894.7 Stunden zu Fr. 200.–, ergebend Fr. 378 940.–
- 162.8 Stunden zu Fr. 290.–, ergebend Fr. 47 212.–

996. Die Verfahrenskosten nach der Verfahrenstrennung belaufen sich demnach auf 263 540 Franken. Insgesamt betragen die Verfahrenskosten 461 905,80 Franken. Die der Alluvia- und der Kästli-Gruppe zu gleichen Teilen auferlegten Gebühren betragen je Unternehmen demnach 230 952,90 Franken.

[823] RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

E. Untersuchungsergebnis

997. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

998. Die zwischen der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe getroffene Vereinbarung über über die Listenpreise, den gemeinsamen Mengrenrabatt, die Liefergebiete, den Kies- und Betonbatzend sowie die gemeinsame Inkassostelle und damit einhergehenden gemeinsamen Zahlungskonditionen (Zahlungsfrist, gemeinsame Verzugszinsen in der Höhe von 8 %), das gemeinsame Erstellen von Sperrlisten, das gemeinsame Tragen von Debitorenverlusten und der Austausch von Rechnungsangaben (Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) im Zeitraum zwischen 1976 bis 2013 stellt eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG über Preise (vgl. Rz 844 f.) und die Aufteilung von Märkten nach Gebieten dar (vgl. Rz 851). Die gesetzlich statuierte *Vermutung der Beseitigung* wirksamen Wettbewerbs, welche bei Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG greift, kann vorliegend durch Innenwettbewerb widerlegt werden (vgl. Rz 865 ff.). Allerdings liegt kein Bagatellfall vor. Die Gesamtabrede ist daher als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 873 ff.) zu werten. Gründe der *wirtschaftlichen Effizienz* nach Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich und wurden nicht vorgebracht (vgl. Rz 877 ff.). Die vorliegende Gesamtabrede ist eine *unzulässige Wettbewerbsabrede* gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG (vgl. Rz 876).

999. Durch den Abschluss der Preisabreden über den gemeinsamen Mengenrabatt und die Gewährung des Kies- und Betonbatzens missbrauchten die Verfahrensparteien (vgl. Rz 906) ihre gemeinsame marktbeherrschende Stellung (vgl. Rz 907) und verstiessen gegen Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG.

1000. Die Verfahrensparteien werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche zu einer Gesamtabrede im hier genannten Sinne und dem Missbrauch ihrer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung führen.

1001. Die Verfahrensparteien waren an der unzulässigen Wettbewerbsabrede und dem Missbrauch der gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung beteiligt. Sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 924 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 937 ff.):

- Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern für die Alluvia-Gruppe [15-17] Mio Franken;
- Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG für die Kästli-Gruppe [4-6] Mio Franken.

1002. Die Verfahrenskosten belaufen sich auf 461 905,80 Franken. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind sie wie folgt zu verlegen (vgl. Rz 987 ff.):

- Die Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern tragen 230 952,90 Franken.
- Die Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG tragen 230 952,90 Franken.

F. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Der Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern sowie der Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG wird untersagt

   1.1. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Preise und Preisbestandteile im Zusammenhang mit der Lieferung von Kies- und Betonprodukten festzulegen oder sich darüber mit Konkurrenten und Konkurrentinnen auszutauschen. Insbesondere wird den Parteien verboten,

      1.1.1. gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Bandbreiten für Listenpreise festzulegen;

      1.1.2. gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Höhe und Abstufungen von Mengenrabatten festzulegen;

      1.1.3. Kunden und Kundinnen gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Mengenrabatte unter Berücksichtigung der Gesamtbezugsmengen zu gewähren;

      1.1.4. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Liefergebiete für Kies- und Betonprodukte festzulegen oder auf sonstige Weise abzustimmen;

   1.2. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Abnehmer und Abnehmerinnen von Kies- und Betonprodukten zu- und aufzuteilen;

   1.3. Sponsoring-Zahlungen oder andere Unterstützungsbeiträge an Branchenverbände davon abhängig zu machen, dass die Mitglieder der Branchenverbände Kies- und Betonprodukte ausschliesslich bei ihnen und/oder von ihnen bestimmten Konkurrenten und Konkurrentinnen beziehen;

   1.4. betreffend Forderungen aus Kies- und Betonlieferungen gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Debitorenverluste zu tragen und oder ein gemeinsames Inkasso zu betreiben, soweit

      1.4.1. die Nummer des Lieferscheins, die Artikelbezeichnung, die gelieferte Menge, der Preise je Einheit, der erteilte Rabatt und der Rechnungsbetrag im Rahmen ihrer Rechnungstellung ausgetauscht werden,

      1.4.2. sie gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Zahlungs- und Verzugs-zinskonditionen festlegen;

1.5. gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Liefersperren gegenüber Abnehmern und Abnehmerinnen von Kies- und Betonprodukten zu verhängen.

2. Der Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern sowie der Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG verfügen über eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung.

3. Der Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern sowie der Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG wird untersagt, ihre gemeinsame marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen, indem sie gemeinsame Mengenrabatte und gemeinsame Vergünstigungen (Kies- und Betonbatzen) festlegten, um Konkurrenten am Eintritt in den Kies- und Betonmarkt zu hindern.

4. Wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden und dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:

   4.1. Die Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern mit einem Betrag von [15-17] Mio Franken.

   4.2. Die Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG mit einem Betrag von [4-6] Mio Franken.

5. Die Beweisanträge der Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

6. Auf den Antrag der Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG auf Erlass einer Feststel-lungsverfügung zu Ziffer 10 der Rahmenbedingungen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung wird nicht eingetreten.

7. Die Verfahrenskosten betragen 461 905,80 Franken und werden den Parteien zu gleichen Teilen folgendermassen auferlegt:

   7.1. Die Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern tragen 230 952,90 Franken.

   7.2. Die Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG tragen 230 952,90 Franken.

8. 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 resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.

9. Die Verfügung ist zu eröffnen:

   - **Alluvia Holding AG**, in Bern, K**.+U. Hofstetter AG**, in Bern, **Messerli Kieswerk AG**, in Bern und Lehmann Transport AG, in Bern sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften

     vertreten durch […];

   - **Kästli Bau AG**, in Ostermundigen, und **Kästli Beteiligungen AG**, in Ostermundigen, sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften

     vertreten durch […].

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	**3. Unternehmenszusammenschlüsse** Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	**1. Koç-Gruppe/Yapı/UniCredit/KFS**

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 8. Januar 2020

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 15. Januar 2020

1. Am 20. Dezember 2019 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Koç-Gruppe (nachfolgend: Koç), vertreten durch ihre Holdinggesellschaft Koç Holding A.Ş mit Sitz in Istanbul, Türkei, (nachfolgend: Koç Holding) die Hauptaktionärin der Yapı ve Kredi Bankası A.Ş (nachfolgend: Yapı) zu werden, indem sie direkt und indirekt […] % der Yapı-Aktien erwirbt.

2. **Koç** ist gemessen an Umsatz, Exporten, Mitarbeitern und Marktkapitalisierung die grösste Industrie- und Dienstleistungsgruppe der Türkei. Die Koç Holding ist die wichtigste türkische Beteiligungsgesellschaft. Koç ist insbesondere in den Bereichen Energie, Automobile, langlebige Konsumgüter und Finanzen tätig. […] [Einige] Tochtergesellschaften der Koç erzielen in verschiedenen Bereichen Umsätze in der Schweiz.[1]

3. Die **Koç Finansal Hizmetler A.Ş** (nachfolgend: KFS) ist eine Holdinggesellschaft, die den Zweck verfolgt, die gemeinsame Kontrolle ihrer Mutterunternehmen über Yapı sicherzustellen (vgl. sogleich zu den Mutterunternehmen). KFS hält derzeit 81.90 % der Yapı-Aktien und wird gemeinsam von der Koç und UniCredit S.p.A. (nachfolgend: UniCredit) zu je 50 % gehalten. **UniCredit** mit Sitz in Mailand, Italien, ist die Holdinggesellschaft der UniCredit Banking-Gruppe.

4. **Yapı** mit Sitz in Istanbul, Türkei, ist das Zielunternehmen des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens und steht gegenwärtig – über KFS – unter gemeinsamer Kontrolle von Koç und UniCredit. Yapı bietet über ihre Tochtergesellschaften in der Türkei Bank- und Finanzdienstleistungen (inkl. Leasing und Factoring) an[2] und erbringt auch in verschiedenen anderen Ländern Bankdienstleistungen. U.a. hält Yapı 30.67 % der Aktien der **Banque de Commerce et de Placements SA** (nachfolgend: BCP) mit Sitz in Genf. Neben BCP erzielen keine von Yapı gehaltenen Gesellschaften – oder Yapı selbst – Umsätze in der Schweiz. Weder Koç noch eine ihrer Tochtergesellschaften sind in einem dieser Segmente in der Schweiz tätig.

5. **BCP** ist eine Universalbank mit Schwerpunkt auf Rohstoffhandelsfinanzierung, Vermögensverwaltung und Treasury-Dienstleistungen. Ihr Verwaltungsrat besteht aus sechs Mitgliedern, wobei einer davon Vertreter von Yapı und zugleich Vorsitzender des Aufsichtsrats ist.

6. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens soll Koç direkt und indirekt […] % der Aktien der Yapı erlangen. Dies wird folgendermassen erreicht: Koç wird 50 % der KFS-Aktien von UniCredit erwerben, womit Koç neu 100 % der Aktien an KFS halten wird. Weiter wird Koç […] % der Yapı-Aktien von KFS erwerben und UniCredit wird […] % der Yapı-Aktien von KFS erwerben. So wird Koç indirekt über KFS […] % der Yapı-Aktien verfügen und […] % der Yapı-Aktien direkt halten. Daneben verbleiben […] % der Yapı-Aktien bei UniCredit, die ihre Anteile nun direkt und nicht mehr indirekt über KFS besitzt. Die restlichen 18.1 % der Anteile von Yapı werden an der Börse gehandelt, wobei 0.02 % der Yapı-Aktien, die an der Börse gehandelt werden, von Mitgliedern von Koç oder anderen mit ihr verbundenen Parteien gehalten werden.

7. Die Struktur des Aktionariats vor und nach dem Zusammenschluss wird anhand der folgenden Grafik ersichtlich:

[1] Zu den Tätigkeiten dieser Unternehmen vgl. Definitive Meldung vom 20. Dezember 2019 (nachfolgend: Definitive Meldung), Rz 8–17.

[2] Darüber hinaus hält Yapı auch Anteile an Gesellschaften, die in anderen Bereichen als dem Technologiesektor tätig sind (vgl. Definitive Meldung, Rz 19 und Fn 1).

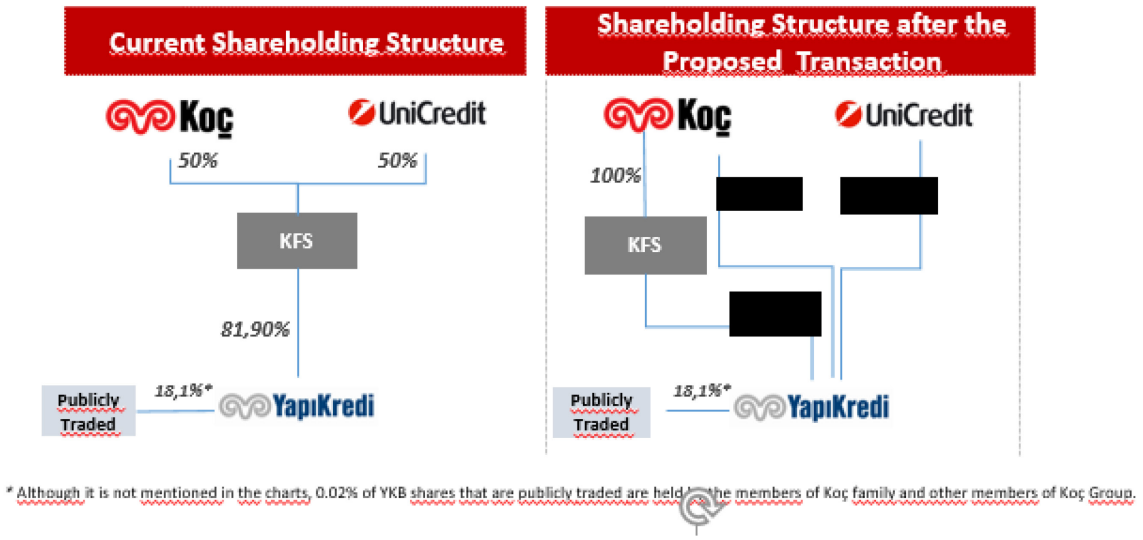


Abbildung 1: Aktionärsstruktur vor und nach dem Zusammenschluss (Quelle: Angaben der Parteien)

8. Das Zusammenschlussvorhaben wurde aufgrund einer laufenden Konzernstrategie der […] eingeleitet, die darauf abzielt, deren Konzernstruktur zu vereinfachen und die Kapitalallokation zu optimieren. Dementsprechend wird […] nach Abschluss des Zusammenschlussvorhabens ihre […]-Aktien nicht mehr indirekt über […], sondern direkt halten und gleichzeitig die Beteiligung reduzieren.

9. Die Transaktion führt dazu, dass KFS neu nicht mehr zu je 50 % Koç und UniCredit gehört, sondern zu 100 % ins Eigentum von Koç übergeht und Koç […] % der Aktien von Yapı direkt und indirekt hält. Diese Transaktion stellt einen Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle über KFS[3] dar und führt damit zu faktischer alleiniger Kontrolle von Koç über Yapı (s.o. Rz 6).[4] Folglich liegt ein Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vor.[5]

10. Yapı stellt wie bereits erwähnt lediglich einen der sechs Verwaltungsräte von BCP und übt damit gemäss Angaben der Parteien «aus wettbewerbsrechtlicher Sicht […] keine Kontrolle über BCP aus»[6]. Yapı übe allerdings einen «massgeblichen Einfluss»[7] auf BCP aus und konsolidiere daher die Ergebnisse von BCP in ihren Büchern, obwohl sie weniger als einen Drittel der BCP-Aktien hält. Daher sei unter Berücksichtigung der Umsätze von BCP der Zusammenschluss meldepflichtig. Vorliegend ist aus prozessökonomischen Gründen den Angaben der Parteien zu folgen und daher von einer Meldepflicht des Zusammenschlussvorhabens auszugehen.

11. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG in casu erfüllt sind und das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

Beteiligtes Unternehmen	**Umsatz in *Mia. EUR* weltweit**	**Umsatz in Mio. EUR schweizweit**
Koç	25 (= ca. CHF 28.9 Mia.)	[> CHF 100 Mio.]
Yapı	7.498 (= ca. CHF 8.7 Mia.)	[> CHF 100 Mio.]
Total	**32.498 (= ca. CHF 38 Mia.)**	[…]

Tabelle 1: Umsätze für das Geschäftsjahr 2018 (Quelle: Angaben der Parteien, Umrechnung in CHF durch das Sekretariat)

[3] KFS ist vorliegend nicht als vollfunktionales Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) zu betrachten, da es lediglich der Kontrollausübung über Yapı dient.

[4] Vgl. SINEM SÜSLÜ, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 3 KG N 107 ff., m.w.N.

[5] Vgl. RPW 2014/4, 707 Rz 15 f., *Ringier/Le Temps*; RPW 2013/4, 675 Rz 8, 677 Rz 36, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

[6] Definitive Meldung, Rz 21.

[7] Gemeint ist i.c. «massgeblicher Einfluss» gem. International Financial Reporting Standards IFRS 10/International Accounting Standards IAS 28.

12. Wie bereits ausgeführt wurde, ist BCP die einzige Tochtergesellschaft von Yapı, die in der Schweiz tätig ist. Sie ist im Finanzsektor tätig. Da keine Tochtergesellschaft von Koç in diesem Bereich tätig ist, führt das Zusammenschlussvorhaben zu keiner horizontalen Überschneidung der Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen. Ebenfalls ergeben sich für die Schweiz keine vertikalen Überschneidungen der Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen. Daher wurde dem Antrag der Zusammenschlussparteien auf erleichterte Meldung im Sinne von Art. 12 VKU stattgegeben und es mussten keine Angaben zu nicht betroffenen Märkten und keine Angaben zu Geschäftstätigkeiten, die vom Zusammenschluss nicht betroffen sind, gemacht werden.

13. Nach dem Gesagten könnte ein vom Zusammenschluss betroffener Markt lediglich dann vorliegen, wenn BCP 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. Vor dem Hintergrund der relativ geringen Umsätze von Yapı in der Schweiz (vgl. Tabelle 1 oben) erscheint diese Parteiangabe nachvollziehbar.

14. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den 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.

B 2.3	**2. Swiss Re Ltd/Daimler AG**

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 14. Dezember 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 18. Dezember 2019

A Sachverhalt

1. Am 25. November 2019 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Swiss Re Ltd (nachfolgend: **Swiss Re**) über ihre Konzerngesellschaft Swiss Re Life Capital Ltd (nachfolgend: **SRLC**) und die Daimler AG (nachfolgend: **Daimler**) über ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft Daimler Insurance Services GmbH (nachfolgend: DIS) die Gründung einer neuen Joint Venture Gesellschaft (nachfolgend: **NewCo**).

2. Der Zweck der **NewCo** ist der Aufbau und der Betrieb einer digitalen Versicherungsplattform, wobei die DIS und die SRLC (beide zusammen die «Parteien») je eine […] % Beteiligung an der NewCo halten werden.

3. Die **Swiss Re** ist ein global tätiger Anbieter von Rückversicherungen, Lebens-und Nichtlebensversicherungen, wobei die Kunden der Swiss Re aus Versicherungsgesellschaften, Unternehmen und Institutionen des öffentlichen Sektors bestehen. Die **SRLC** – als Teil des Swiss Re Konzerns – hält als Holdinggesellschaft den Geschäftsbereich «Life Capital» der Swiss Re, welches geschlossene und offene Lebens- und Krankenversicherungsbücher umfasst sowie Nichtlebensprodukte in ausgewählten Märkten einführt.

4. Der Tätigkeitsbereich der **DIS** umfasst schwerpunktmässig die Entwicklung und den Vertrieb von Motorfahrzeugversicherungen für den Daimler-Konzern und auch den Vertrieb von Drittpartei-Versicherungen. Die Gesellschaft vermittelt zudem über eine Tochtergesellschaft, den Daimler Vorsorge und Versicherungsdienst, den Angestellten des Daimler Konzerns betriebliche Versicherungsprogramme wie Pensionspläne und private Versicherungen.

5. Die Meldung wurde am 15. November 2019 bei der Europäischen Kommission eingereicht. Die Europäische Kommission hat dieses Zusammenschlussvorhaben am 11. Dezember 2019 genehmigt.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

6. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

7. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am vorliegenden Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Gemäss Angaben der meldenden Parteien (Swiss Re und Daimler) ist […] geplant, dass die **NewCo** die […]-**aktivitäten** von […] übernimmt. Insofern ist die Voraussetzung von Art. 2 Abs. 2 VKU erfüllt, wonach mindestens die Geschäftstätigkeiten von einem der kontrollierenden Unternehmen in das neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen einfliessen müssen.

9. Die Parteien haben vorgesehen, dass jede Partei eine […] %-Beteiligung an der NewCo halten wird. […]. Somit werden die Parteien gemeinsame Kontrolle im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU ausüben.

10. Die Parteien halten fest, dass die NewCo über Kapitaleinlagen in Höhe von je EUR […] finanziert werden und nach einer Anlaufphase über eigenes Personal verfügen soll. Das Ziel der NewCo sei es, über die Zeit eine eigene Marktpräsenz als digitale Versicherungsplattform aufzubauen, mit lokalen Drittversicherern zusammenarbeiten sowie einen wesentlichen Anteil ihrer Dienstleistungen für Drittversicherer zu erbringen. Somit ist von einem Vollfunktionsunternehmen nach Art. 2 Abs. 1 VKU auszugehen.

11. Das Zusammenschlussvorhaben führt damit zum Erwerb gemeinsamer Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen und ist als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs 3 Bst. b KG zu qualifizieren.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

12. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

13. Gemäss Parteiangaben erzielten die beiden beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2018 einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt CHF […] und weltweit einen Umsatz von insgesamt CHF 228.9 Milliarden. In der Schweiz erzielte die Swiss Re im Jahr 2018 einen Umsatz von CHF […] und die Daimler erzielte einen Umsatz von CHF [...]. Der Zusammenschluss ist deshalb im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

14. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

15. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

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

17. Da die geplante Transaktion aufgrund der äusserst geringen Marktanteile unabhängig von der vorgenommenen sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung zu keinen Wettbewerbsbedenken führt, werden nachfolgend die relevanten Marktsegmente summarisch angeführt.

Markt für die Bereitstellung von Nichtlebensversicherungsprodukten

18. Die Praxis der WEKO unterscheidet im Versicherungsgeschäft zwischen dem Erst- und dem Rückversicherungsgeschäft. Das Erstversicherungsgeschäft wiederum lässt sich in die Oberkategorien Leben und Nichtleben gliedern. Innerhalb dieser beiden Oberkategorien ist jeweils von einem nach Risikoart unterschiedlichen sachlich relevanten Markt auszugehen.[1]

19. Im Rahmen der Beurteilung der vorliegenden Transaktion kann von einem sachlich relevanten Markt für Motorfahrzeugversicherungen innerhalb des Nichtlebensversicherungsgeschäfts ausgegangen werden.

20. Gemäss der ständigen WEKO-Praxis ist im Rückversicherungsgeschäft von einem globalen und im Erstversicherungsgeschäft von nationalen Märkten auszugehen.[2]

Vertrieb von Versicherungsprodukten

21. Im Fall *Swiss Life/AWD*[3] hat die WEKO offengelassen, ob für die unterschiedlichen Vertriebskanäle (Eigen- und Fremdvertrieb) von Lebensversicherungen ein separates Marktsegment abgegrenzt werden muss. Es existiert damit keine WEKO-Praxis für den Vertrieb von Versicherungsprodukten im Bereich der Lebensversicherungen. Ebenso lassen sich daraus keine Schlüsse für den Vertrieb von Nichtlebensversicherungsprodukten ableiten. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann diese Frage ebenfalls offenbleiben, da unabhängig von der gewählten Marktsegmentierung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken entstehen.

22. In Übereinstimmung mit der WEKO-Praxis (vgl. Rz 21) kann beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben unpräjudiziell von mindestens nationalen Märkten für den Vertrieb von Versicherungsprodukten ausgegangen werden. Die räumliche Marktabgrenzung kann jedoch offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben auch bei der engst möglichen Marktabgrenzung wettbewerbsrechtlich unproblematisch ist.

Underwriting Dienstleistungen

23. Gemäss der Praxis der WEKO sind die Underwriting- und Managementdienstleistungen einem separaten Markt zuzuordnen, welcher sich von der Erst- und Rückversicherung unterscheidet.[4] Die WEKO hat festgehalten, dass der räumlich relevante Markt für Underwriting- und Managementdienstleistungen ein weltweiter Markt ist.[5]

Dienstleistungen im Bereich der Verwaltung von Ansprüchen Dritter

24. Für den Bereich der Dienstleistungen im Bereich der Verwaltung von Ansprüchen Dritter existiert keine etablierte WEKO-Praxis. Die genaue sachliche und räumliche Marktdefinition kann vorliegend offenbleiben, da die NewCo in diesem Bereich als neu gegründete Gesellschaft zunächst keine Marktanteile aufweisen wird.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

25. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

26. Es liegen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor, da die Marktanteile in jedem Risikosegment für die **Bereitstellung von Nichtlebensversicherungsprodukten (Swiss Re)** [5-15 %] nicht übersteigen und für den **Vertrieb von Motorfahrzeugversicherungsprodukten (Daimler)** nicht mehr als [0-10 %] für die Schweiz erreichen. Eine detailliertere Analyse erübrigt sich damit grundsätzlich und werden nachfolgend nur die wesentlichen Punkte beleuchtet, welche die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens untermauern.

---

[1] RPW 2014/3, 543 Rz 19, *Helvetia Holding AG/Schweizerische National-Versicherungsgesellschaft AG*.
[2] RPW 2008/3, 469 Rz 43 und 44, *Berkshire Hathaway/Munich Re/Global Aerospace*.
[3] RPW 2008/2, 263 Rz 34 f., *Swiss Life/AWD*.
[4] RPW 2008/3, 467 Rz 24, *Berkshire Hathaway/Munich Re/Global Aerospace*.
[5] RPW 2008/3, 469 Rz 42, *Berkshire Hathaway/Munich Re/Global Aerospace*.

B.4.3 Marktstellung

27. Die Parteien bringen vor, dass das kurzfristige Ziel der **NewCo** die Auslagerung von Daimlers Versicherungsvertriebsaktivitäten[6] betreffe[7] wobei nicht geplant sei, weitere Geschäftsbereiche auszulagern.[8] Dazu kommt, dass die Swiss Re derzeit nicht in der Bereitstellung von Motorfahrzeugversicherungsprodukten tätig ist.[9] Insofern führt das Zusammenschlussvorhaben im Bereich der **Motorfahrzeugversicherungsprodukte** zunächst lediglich […], wobei der aktuelle Marktanteil von Daimler in diesem Markt unter [0-10 %] liegt. Das Vorhaben führt damit selbst bei der engstmöglichen Marktabgrenzung auf das Marktsegment Vertrieb von Motorfahrzeugversicherungsprodukten nicht zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

28. Die weiteren zukünftigen geplanten Aktivitäten der **NewCo** betreffend die Erbringung von **Underwriting Dienstleistungen und Dienstleistungen im Bereich der Verwaltung von Ansprüchen Dritter** (wie Verwaltung und Schadenbearbeitung hauptsächlich bezogen auf Motorfahrzeugversicherungsprodukte) ab ca. 2021[10] führen zu keinen horizontalen Überschneidungen mit den Versicherungsaktivitäten des Daimler-Konzerns, da dieser auf diesen Märkten nicht tätig ist.[11]

29. In diesen beiden Segmenten besteht jedoch jeweils eine vertikale Beziehung zur vorgelagerten **Bereitstellung von Nichtlebensversicherungsprodukten** der **Swiss Re**. Da die SwissRe in diesem breiteren Markt für die Bereitstellung von Nichtlebensversicherungsprodukten in jedem Risikosegment einen Marktanteil von unter [5-15 %] hat und die **NewCo** im Marktsegment Underwriting Dienstleistungen und im Bereich der Verwaltung von Ansprüchen Dritter keine bestehende Marktposition übernehmen wird, ist mit dem Zusammenschlussvorhaben aus Sicht der **SwissRe** weder die Möglichkeit noch der Anreiz gegeben, um Wettbewerber vom Zugang zu Versicherungsdienstleistungen auszuschliessen.

30. Die meldenden Parteien haben beantragt, die Meldung im Sinne von Art. 12 VKU als erleichterte Meldung entgegenzunehmen und Sie von der Einreichung von Informationen gemäss Ziff. 4.2 – 6 des Meldeformulars zu befreien. Da aufgrund der geringen Marktanteile der meldenden Parteien keine Märkte vom Zusammenschluss im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen sind, hat das Sekretariat diesem Antrag mit Schreiben vom 28. November 2019 stattgegeben.

B.4.4 Ergebnis

31. Die vorläufige Prüfung ergibt aufgrund der schwachen Marktstellung der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Parteien für den Vertrieb von Motorfahrzeugversicherungsprodukten und die Bereitstellung von Nichtlebensversicherungsprodukten, dass der Zusammenschluss weder eine marktbeherrschende Stellung begründen noch verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

[6] Wobei Daimler über ihre Tochtergesellschaft DIS in der Entwicklung von Motorfahrzeugversicherungen und deren Vertrieb tätig ist.
[7] Rz 80 der Meldung.
[8] Rz 81 der Meldung.
[9] Die SwissRe bietet in der Schweiz Nichtlebensversicherungsprodukte in den Bereichen Haftpflicht, Feuer-, Elementar- und sonstige Sachversicherung, See-Binnen-und Flussschiffahrt, Luftfahrt sowie Kreditversicherung, jedoch keine Motorfahrzeugversicherungen an.
[10] Rz 65 f. der Meldung.
[11] Rz 85 der Meldung.

B 2.3	**3. Admeira/Ringier**

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 10. Januar 2020

A Sachverhalt

1. Am 19. Dezember 2019 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Ringier AG (Ringier) die Übernahme der vollständigen Kontrolle über Admeira AG (nachfolgend: Admeira) von Swisscom AG (nachfolgend: Swisscom).

2. Admeira wurde im Jahre 2016 als Gemeinschaftsunternehmen unter gemeinschaftlicher Kontrolle der Swisscom AG (zusammen mit den verbundenen Gruppengesellschaften, nachfolgend: Swisscom), der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (nachfolgend: SRG) und Ringier gegründet.[1] Im Jahr 2018 hat die SRG ihre Beteiligung am Gemeinschaftsunternehmen je zur Hälfte an Swisscom und Ringier veräussert. Admeira ist entsprechend derzeit ein Gemeinschaftsunternehmen unter gemeinschaftlicher Kontrolle der Swisscom und Ringier, welche jeweils 50 % des Aktienkapitals halten.[2]

3. Admeira ist ein Werbevermarkter, dessen Zweck darin besteht, die Werbeinventare der Aktionärinnen und von Dritten gegenüber Werbetreibenden zu vermarkten. Admeira verfügt über zu vermarktende Inventare der Werbebereiche Print, TV, Radio und Online sowie in geringem Ausmass Digital-Out-of-Home (nachfolgend: DOOH) Werbeflächen[3]. Admeira vermarktet derzeit die Werbeinventare der SRG (SRF 1, SRF 2, SRF info, RTS 1, RTS 2, RSI LA 1, RSI LA2, Radio SRF 1, Radio SRF 2 Kultur, Radio SRF 3, Radio SRF Musikwelle, Radio SRF Virus, RTS La Première, RTS Espace 2, RTS Option Musique, RTS Couleur 3, RSI Rete Uno, RSI Rete Due, RSI Rete Tre, RTS Radio Rumantsch, Teletext.ch), CH Media (Tele Züri, Tele M1, Tele Bärn, Tele 1, Telebasel, TVO, S 1), UPC (MySports One), MeteoNews AG (Wetter.tv), TF1 (TF1, Télé Monte Carlo (TMC), TFX, MYTF1, aufeminin, gofemini, alfeminile, marmiton, onmeda), Ringier (Blick, SontagsBlick, Le Temps, T Magazin, Beobachter, Bilanz, Homes, Bolero, GlücksPost, Handelszeitung, LandLiebe, L'Illustré, PME Magazine, Schweizer Illustrierte, Style, Tele, TV2, TV8, TVstar, TVvier, TV Land & Lüt, blick.ch, boleromagazin.ch, beobachter.ch, bilanz.ch, blickamabend.ch, cash.ch, handelszeitung.ch, glueckspost.ch, schweizer-illustrierte.ch, illustre.ch, tv8.ch, pme.ch, tele.ch, style-magazin.ch, letemps.ch, students.ch, energy.ch, ticketcorner.ch, usgang.ch), Swisscom (bluewin.ch, local.ch, search.ch, Swisscom TV Air) und Discovery Inc. (Eurosport.com).[4]

4. Ringier ist ein international agierender Medienkonzern und ist in den Bereichen Publishing, Digital und Entertainment tätig. Publishing steht für das klassische Stammgeschäft der Informationsvermittlung in Zeitungen und Zeitschriften, erweitert um digitale und mobile Informations-Plattformen und -Applikationen. Dazu gehören auch die in mehreren Ländern betriebenen Druckereien. Im Bereich Digital werden insbesondere die Schweizer Online-Marktplätze und E-Commerce-Portale zusammengefasst. Der Bereich Entertainment umfasst Aktivitäten rund um Radio, Events und Unterhaltungs-Service (z.B. Ticketing).[5]

5. Die Ringier AG ist die Muttergesellschaft von Ringer. Im Bereich Publishing ist die Ringier AG zudem direkt Herausgeberin der folgenden schweizerischen Zeitungen und der damit verbundenen Onlineaktivitäten: Blick, Blick am Abend[6] und SonntagsBlick.[7]

6. Der restliche Bereich Publishing in der Schweiz wurde in das Gemeinschaftsunternehmen Ringier Axel Springer Schweiz AG (nachfolgend: RASCH überführt.[8] RASCH ist der grösste Zeitschriftenverlag der Schweiz und Herausgeberin diverser schweizerischer Zeitungen und Zeitschriften und der damit verbundenen Onlineaktivitäten. Ferner hält RASCH eine 92.46 % Beteiligung an der Le Temps SA, der Herausgeberin der französischsprachigen Tageszeitung Le Temps.[9]

7. Zudem bearbeitet Ringier auch die osteuropäischen Märkte im Bereich Publishing grösstenteils in Zusammenarbeit mit der Axel Springer SE im Rahmen des Gemeinschaftsunternehmens Ringier Axel Springer Media AG.[10]

[1] Vgl. RPW 2016/1, S. 299 ff., *Stellungnahme vom 14. Dezember 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringier AG*.
[2] Vgl. Meldung Rz 19.
[3] Es werden […] rund 500 Screens in Apotheken und Drogerien vermarktet […].
[4] Vgl. Meldung Rz 20.
[5] Meldung Rz 8.
[6] Blick am Abend wird seit Dezember 2018 nur noch als digitale Ausgabe angeboten.
[7] Meldung Rz 9.
[8] Vgl. RPW 2015/3, S. 430 ff., *Axel Springer Schweiz / Ringier*. RASCH ist ein Gemeinschaftsunternehmen der Ringier AG und der Axel Springer Schweiz AG, welche zu je 50 % am Gemeinschaftsunternehmen beteiligt sind.
[9] Meldung Rz 10.
[10] Meldung Rz 11, vgl. auch RPW 2010/3, S. 562 ff., *Ringier AG / Axel Springer AG (GU osteuropäische Aktivitäten)*.

8. Im Bereich Online-Marktplätze und E-Commerce ist Ringier mit der Scout24 Gruppe tätig. Die Ringier AG und der Schweizer Versicherungskonzern Die Mobiliar halten je 50 % der Aktien an der Scout24 Schweiz AG, […]. Daneben hält die Ringier AG eine 50 % Beteiligung an der JobCloud AG[11], welche Online-Marktplätze für Stellen anbietet.[12]

9. Ringier plant durch das Zusammenschlussvorhaben 50 % der Aktien an Admeira von Swisscom zu erwerben und hierdurch Alleinaktionärin zu werden.[13] Gestützt auf einen Aktien- und Darlehenskaufvertrag wird Ringier 50 % der Aktien an Admeira, in Form von 1'500 Aktien mit einem Nennwert von je CHF 100, für einen Kaufpreis von CHF […] von Swisscom erwerben.[14] Mit Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wird Swisscom die genannten Aktien an Ringier abtreten, der bestehende Aktionärsbindungsvertrag wird aufgelöst und die Vertreter von Swisscom werden aus dem Verwaltungsrat zurücktreten. Ringier wird nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens 100 % der Aktien halten und damit die alleinige Kontrolle über Admeira erlangen.

10. […].[15]

11. […].

12. […].

13. Der Werbemarkt ist gemäss Meldung in allen Bereichen ein stark umkämpfter und internationaler Markt.[16] Immer mehr Werbeeinnahmen fliessen auch in der Schweiz an internationale Player wie Google und Facebook. Bei Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Admeira gingen die Gründungsparteien Ringier, Swisscom und SRG davon aus, dass man sich gegenüber der globalen Konkurrenz nur durch eine weitergehende Kooperation im Heimmarkt erfolgreich behaupten könne. Durch eine gemeinsame Vermarktung der teils komplementären Inventare sollte durch gebündelte Angebote ein Mehrwert für die Werbetreibenden entstehen. Zudem versprachen sich die Gründungsparteien dank Synergien im Bereich der Technologieentwicklung und der Nutzung gemeinsamer Nutzerdaten innovative Produkte, unter anderem zielgerichtete Werbung innerhalb von TV Programmen, anbieten zu können. Damit sollten den Werbetreibenden interessante Alternativen im Bereich zielgerichteter Werbung zu den Angeboten der internationalen Player zur Verfügung gestellt werden.

14. […].

15. […].

16. […].

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

17. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

18. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

19. Als Unternehmenszusammenschluss gilt gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben.

20. Bisher steht Admeira unter der gemeinsamen Kontrolle von Ringier und Swisscom, welche je 50 % der Anteile an Admeira halten. Damit wird das zuvor von Ringier und Swisscom kontrollierte Unternehmen anschliessend nur noch von Ringier alleine kontrolliert. Gemäss Praxis der WEKO handelt es sich bei einem Kontrollwechsel von gemeinsamer auf alleinige Kontrolle um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i. V. m. Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).[17]

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

21. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

22. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

[11] Vgl. RPW 2015/3, S. 507 ff., *JobCloud/JobScout24*.
[12] Meldung Rz 12.
[13] Meldung Rz 37.
[14] Meldung Rz 38.
[15] Meldung Rz 40.
[16] Meldung Rz 43.
[17] Vgl. RPW 2014/4, 707 Rz 16, *Ringier/Le Temps*.

	Ringier	Admeira
Weltweiter Umsatz in Mio. CHF im Jahr 2018	1'004.2	[…]
Schweizweiter Umsatz in Mio. CHF im Jahr 2018	798	[…]

Tabelle 1: Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen

23. Es sind nicht zwei Unternehmen am Zusammenschluss beteiligt, die einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Franken erzielen. Der Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG wird damit nicht erreicht.

24. Ungeachtet des Erreichens der Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 und 3 KG besteht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

25. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Le Temps SA auf dem «marché des journaux quotidiens suprarégionaux d'analyse de Suisse romande» (Markt für überregionale «analytische» Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz) eine marktbeherrschende Stellung innehat.[18]

26. Seit Vollzug des Zusammenschlussvorhabens Axel Springer Schweiz/Ringier2 entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung der Le Temps SA auf dem Markt für überregionale «analytische» Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz auch Wirkung auf die Axel Springer Schweiz AG sowie die diese gemeinsam kontrollierenden Ringier-Gruppe und Axel Springer-Gruppe. Vorliegend ergibt sich eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG somit, wenn Ringier an einem Zusammenschluss beteiligt ist, der den Markt für überregionale «analytische» Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz betrifft oder einen Markt betrifft, der dem Markt für überregionale «analytische» Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz vor-, nachgelagert oder benachbart ist.[19]

27. Admeira vertreibt das Werbeinventar von verschiedenen TV-, Print- und Online-Medien. Darunter auch den Werberaum von Le Temps. Damit betrifft das Zusammenschlussvorhaben einen Markt, der dem Markt für überregionale «analytische» Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz vor-, nachgelagert oder benachbart ist. Damit ist das Zusammenschlussvorhaben unabhängig vom Erreichen der Meldeschwellen gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

28. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

29. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben erfolgt lediglich ein Kontrollwechsel von einer gemeinsamen zu einer alleinigen Kontrolle. Es werden somit keinerlei zusätzliche Geschäftstätigkeiten von kontrollierendem und kontrolliertem Unternehmen kombiniert. Da aufgrund des auch für eine gemeinsame Kontrolle bestehenden Konzernprivilegs keine Verpflichtung der jeweils kontrollierenden Unternehmen besteht, mit dem gemeinsam kontrollierten Unternehmen in Wettbewerb zu treten, findet durch den Übergang auf die alleinige Kontrolle eines Mutterunternehmens das Konzernprivileg für das seine Kontrolle aufgebende Unternehmen dahin. Damit kann das die Kontrolle aufgebende Unternehmen mit den Zusammenschlussparteien in Wettbewerb treten, womit ein solcher Kontrollwechsel in der Regel nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

30. Kommt hinzu, […], was grundsätzlich wettbewerbsfördernde Effekte haben kann.

31. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird daher auf eine detaillierte Marktabgrenzung verzichtet und es wird auf die Marktabgrenzungen im Zusammenschlussvorhaben Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringier AG abgestellt.[20] […], kann auf eine nähere Betrachtung der Märkte im Bereich Print-Medien verzichtet werden.

B.4.1 Relevante Märkte

32. Bei den Märkten für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit handelt es sich um zweiseitige Märkte, bei denen TV-Sender ihre Werbezeit über den Vermarkter bzw. Vermittler an die Werbetreibenden anbieten. Die Marktgegenseiten sind entsprechend die TV-Sender und die Werbetreibenden. Praxisgemäss wird nicht zwischen klassischen TV-Werbspots und Sponsoring von TV-Sendungen unterschieden. In räumlicher Hinsicht werden sowohl ein schweizweiter als auch sprachregionale Märkte abgegrenzt.

33. Bei den Märkten für die Vermittlung bzw. Vermarktung von Radio-Werbezeit handelt es sich um zweiseitige Märkte, bei denen Radio-Sender ihre Radio-Werbezeit und das Sponsoring von Radiosendungen über einen Vermarkter bzw. Vermittler Werbetreibenden

[18] RPW 1998/1 60 Dispositiv Ziff. 1, *Le Temps*.
[19] Vgl. RPW 2018/4, S: 716 ff., *Beratung Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG*.
[20] RPW 2016/1, S. 307 ff. Rz 115 ff., *Stellungnahme vom 14. Dezember 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringier AG*.

anbieten. Die Marktgegenseiten sind entsprechend die TV-Sender und die Werbetreibenden. In räumlicher Hinsicht werden sowohl ein schweizweiter als auch sprachregionale Märkte abgegrenzt.

34. Bei den Märkten für die Vermittlung bzw. Vermarktung von Online-Werbeflächen handelt es sich um zweiseitige Märkte, bei denen Betreiber von Webseiten ihre Werbeflächen über einen Vermarkter bzw. Vermittler Werbetreibenden anbieten. Die Marktgegenseiten sind entsprechend Betreiber von Webseiten und Werbetreibende. Praxisgemäss unterscheiden die Wettbewerbsbehörden zwischen statischen Online-Werbeflächen (Bannerwerbung) und dynamischen Online Werbeflächen (Netzwerk- und Suchmaschinenwerbung). In räumlicher Hinsicht werden die Märkte schweizweit abgegrenzt.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

35. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

Markt	Marktanteile		Marktanteils-addition	Betroffen
	Admeira	Ringier		
Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der Gesamtschweiz	[30-40] %	0 %	Nein	Ja
Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der Deutschschweiz	[20-30] %	0 %	Nein	Nein
Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der französischsprachigen Schweiz	[50-60] %	0 %	Nein	Ja
Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der italienischsprachigen Schweiz	[80-90] %	0 %	Nein	Ja
Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von Radio-Werbezeit in der Gesamtschweiz	[0-10] %	[0-10] %	Ja	Nein
Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von Radio-Werbezeit in der Deutschschweiz	[0-10] %	[0-10] %	Ja	Nein
Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von Radio -Werbezeit in der französischsprachigen Schweiz	[10-20] %	0 %	Nein	Nein
Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von Radio -Werbezeit in der italienischsprachigen Schweiz	[10-0] %	0 %	Nein	Nein
Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von statischen Online-Werbeflächen	[20-30] %	[0-10] %	Ja	Ja
Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von dynamischen Online-Werbeflächen	[0-10] %	[0-10] %	Ja	Nein

Tabelle 2: Marktanteile der Zusammenschlussparteien in den für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens relevanten Märkten

36. Damit gelten die nachfolgenden Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU als betroffen: Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der Gesamtschweiz, Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der französischsprachigen Schweiz, Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung

von TV-Werbezeit in der italienischsprachigen Schweiz und der Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von statischen Online-Werbeflächen.

37. Da es nur auf dem betroffenen Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von statischen Online-Werbeflächen zu Marktanteilsadditionen kommt, wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf eine nähere Betrachtung der übrigen betroffenen Märkte verzichtet.

38. Die Marktanteilsadditionen resultieren daher, dass Admeira die Online-Plattformen der Zeitungen und Zeitschriften von Ringier (inkl. RASCH) sowie die zur Swisscom gehörenden Online-Plattformen local.ch, search.ch und bluewin.ch vermarktet und die von Ringier kontrollierte Scout24 Schweiz AG die Werbeflächen auf ihren Online-Marktplätzen für Fahrzeuge, Immobilien und Kleinanzeigen selbständig vermarktet.[21]

39. Die Marktsituation präsentiert sich wie folgt:

B.4.3 Wettbewerbssituation

		Total	Parteien		Wettbewerber			
			Admeira	Ringier	Goldbach	Tamedia	audienzz	CH Media
2018	#[22]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %	[50-60] %	[0-10] %	[0-10] %
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %	[40-50] %	[10-20] %	[0-10] %
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %	[40-50] %	[0-10] %	[0-10] %

Tabelle 3: Marktanteilsentwicklung im Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von statischen Online-Werbeflächen.

40. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu geringen Marktanteilsadditionen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass Admeira bereits heute von Ringier mitkontrolliert wird und sich daher an den Wettbewerbsverhältnissen trotz Marktanteilsadditionen wenig ändern dürfte. Insbesondere ist bereits jetzt nicht von einem intensiven Wettbewerb zwischen den von Ringier und Admeira vermarkteten Werbeflächen auszugehen. Neben den Zusammenschlussparteien ist die Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia), welche die Goldbach Group kontrolliert, der grösste Wettbewerber.

41. Die audienzz AG, welche zur NZZ Mediengruppe gehört, vermarktet bzw. vermittelt die Online-Plattformen der NZZ Mediengruppe sowie vereinzelt von Drittunternehmen. CH Media, das seit Oktober 2018 bestehende Gemeinschaftsunternehmen, welches die Titel der AZ Medien und der NZZ Regionalmedien vereint, verfügt ebenfalls über geringfügige Marktanteile. Seit Januar 2019 wird das digitale Werbeinventar von CH Media durch die audienzz AG vermarktetet und ist entsprechend der audienzz AG zuzurechnen.

42. Insgesamt zeigt sich damit eine Konsolidierung des Marktes für die Vermittlung bzw. Vermarktung von statischen Online-Werbeflächen. Daher ist in naher Zukunft nicht mit nennenswerten potenziellen Neueintritten in den Markt zu rechnen.

43. Hinsichtlich der Begründung oder Verstärkung einer möglichen kollektiv marktbeherrschenden Stellung zwischen den Zusammenschlussparteien und Tamedia kann angefügt werden, dass sich die Marktverhältnisse durch das Zusammenschlussvorhaben kaum verändern und daher bereits fraglich ist, ob das vorliegende Zusammenschlussvorhaben für eine allfällige Begründung oder Verstärkung einer möglichen kollektiv marktbeherrschenden Stellung ursächlich wäre. Zudem besteht mit der NZZ-Gruppe ein weiterer Wettbewerber, welcher voraussichtlich in den nächsten Jahren noch weiterbestehen wird. Zudem sind keine Anhaltspunkte für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung zu Dritt zwischen den Zusammenschlussparteien, Tamedia und der NZZ-Gruppe ersichtlich. Damit erscheint auch die Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch eine kollektiv marktbeherrschende Stellung vorliegend nicht gegeben zu sein.

B.4.4 Ergebnis

44. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den 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.

[21] Meldung Rz 90 f.
[22] In Millionen.

B 2.3	**4. Groupe E/ENGIE/Swiss H2 Generation**

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

Prise de position de la Commission de la concurrence du 5 décembre 2019

Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 5 décembre 2019

1. Le 11 novembre 2019, la Commission de la concurrence a reçu une notification complète annonçant que les entreprises Groupe E SA (ci-après: Groupe E) et ENGIE Services AG (ci-après: ENGIE) ont décidé de créer une nouvelle entreprise sous la raison sociale Swiss H2 Generation SA (ci-après: Swiss H2 Generation).

2. Groupe E, dont le siège est à Granges-Paccot (canton de Fribourg), est une société principalement active dans le secteur de la production, du transport et de la distribution d'électricité. Groupe E et ses sociétés filles sont par ailleurs actives dans divers secteurs tels que notamment la chaleur, le traitement de l'eau, l'efficacité énergétique et la vente d'électroménager.

3. ENGIE Services AG, dont le siège est à Zurich, est une société active dans le domaine de la technologie de l'exploitation et du bâtiment. En particulier, l'entreprise vise à la conception, la construction, l'entretien et l'exploitation des systèmes de chauffage, la climatisation, la ventilation, les installations sanitaires et frigorifiques, ainsi que l'électrotechnique, la gestion technique et la supervision des installations de centres énergétiques et d'usines de toutes sortes. ENGIE est une entreprise du Groupe ENGIE, dont la société mère est ENGIE SA, enregistrée en France. ENGIE SA possède une unité spécialisée dans l'hydrogène depuis 2018 qui réalise des projets liés à l'hydrogène en France.

4. Swiss H2 Generation aura pour but de construire et d'exploiter des usines pour produire de l'hydrogène dit vert, ainsi que de le stocker, commercialiser et distribuer. Swiss H2 Generation pourra également concevoir, construire et opérer des infrastructures et des réseaux de distribution d'hydrogène, pour des applications mobiles (véhicules) ou stationnaires (par ex. cabanes de montagne) ou des usages industriels. L'activité de Swiss H2 Generation comprendra également le conseil et marketing liés à l'écosystème de l'hydrogène vert. On parle d'hydrogène vert ou d'hydrogène sans CO_2 lorsque l'hydrogène est produit par électrolyse de l'eau à partir d'électricité d'origine renouvelable. L'hydrogène vert a l'avantage d'avoir un bilan quasi neutre du point de vue de l'environnement car ni sa production, ni son utilisation ne produit des émissions de dioxyde de carbone.[1]

5. La concentration vise à la création d'un prestataire national compétitif dans le domaine de la production et de la commercialisation de l'hydrogène vert. La concentration a ainsi pour objectif à répondre à la demande grandissante en hydrogène vert et services liés qui accompagnera en particulier la popularisation des véhicules à hydrogène dans le cadre de la transition énergétique.

6. Swiss H2 Generation sera détenue conjointement à 50 % par le Groupe E et ENGIE. Il est prévu […] une phase de développement, essentiellement sans activité sur le marché. Par la suite, Swiss H2 Generation développera et commercialisera ses activités de manière indépendante de ses actionnaires. La société disposera de ressources et d'une direction propres afin de lui permettre d'exercer ses fonctions de manière durable ainsi qu'en déterminant sa politique commerciale librement de manière indépendante. Les parties renoncent à exercer une activité concurrente à celle de Swiss H2 Generation en Suisse […].

7. La nouvelle entreprise de plein exercice sera contrôlée en commun par les entreprises participantes et l'activité d'au moins une des entreprises exerçant le contrôle conjoint sera transférée. En particulier, des […] de personnes et du know-how dans les domaines d'activité de la nouvelle entreprise, seront transférés. Il s'agit donc d'une concentration au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart et de l'art. 2 al. 2 OCCE et les seuils de notification de l'art. 9 al. 1 LCart sont atteints.

8. Les marchés liés à l'hydrogène pourraient être définis de manière analogue aux marchés dans le domaine de l'électromobilité[2]. La définition exacte des marchés dans leur dimension produits et géographique, peut être laissée ouverte dans le cas présent car celle-ci n'a pas d'influence sur l'appréciation de l'opération de concentration. De plus, il s'agit de marchés récents en plein essor qui risquent d'évoluer rapidement. En particulier, la question de savoir si l'hydrogène vert constitue un marché séparé de l'hydrogène non-vert et s'il s'agit d'un marché de dimension nationale ne doit pas être déterminé dans le cas présent. En effet, l'hydrogène vert dans son ensemble est une ressource dont les usages sont encore embryonnaires en Suisse. Selon les parties, la première usine à hydrogène vert devrait être mise en service fin 2019 en Suisse par Hydrospider AG[3] et il existerait selon les parties seulement quatre stations-service à hydrogène actuellement recensées en Suisse.

[1] En comparaison, l'hydrogène non-vert issu de combustibles fossiles rejette des quantités importantes de CO_2 lors du processus de conversion thermochimique. L'hydrogène issu de l'électrolyse de l'eau dont l'électricité n'est pas issue de sources renouvelables aura consommé de l'électricité qui aura émis des émissions non-négligeables de CO_2.

[2] DPC 2017/4, 577 N 14-16, *Move Mobility*; DPC 2016/3, 775 N 53, *BKW/AEK*; COMP/M.6641 - *Verbund/Siemens/E-Mobility Provider Austria*, N. 11 ss.

[3] https://hydrospider.ch/dank-grünem-wasserstoff-wird-in-der-schweiz-die-kopplung-der-sektoren-strom-und-mobilität-wirtschaftliche-realität/. La première usine d'hydrogène vert en Suisse, appartenant à Hydrospider AG, sera mise en fonction près de la centrale hydraulique de Gösgen d'ici fin 2019.

9. Les marchés naissants liés à l'hydrogène vert connaissent diverses initiatives en Suisse. Trois grands acteurs sont déjà présents dans ce domaine: Hydrospider AG, une joint-venture entre Alpiq AG, H2 Energy Holding AG et Linde AG, Hyundai Hydrogen Mobility, un partenariat entre Hyundai Motor Company et H2 Energy Holding AG[4] et l'association Mobilité H2 Suisse[5] qui a pour objectif de créer un réseau national de stations-service à hydrogène d'ici à 2023.

10. Selon les parties, les deux entreprises qui acquièrent le contrôle ne sont pas déjà actives en Suisse dans les marchés sur lesquels l'entreprise commune sera active. Il n'y a donc pas d'addition de parts de marché sur les marchés liés à l'hydrogène en Suisse. Même si une estimation des parts de marché est difficile et incertaine, selon les entreprises participantes, la part de marché de Swiss H2 Generation sur les marchés nationaux liés à l'hydrogène pourrait aller jusqu'à [10-30] % d'ici à cinq ans.

11. En conclusion et pour les raisons déjà énoncées, l'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

[4] https://h2mobilitaet.ch/fr/hyundai-motor-et-h2-energy-concluent-un-accord-de-partenariat-pour-devenir-le-fer-de-lance-de-la-mobilite-basee-sur-lhydrogene-en-europe/. Hyundai Hydrogen Mobility a pour but de livrer 1'600 poids lourds à hydrogène d'ici à 2025 en Suisse.

[5] Les membres de Mobilité H2 Suisse exploitent plus de 2'000 stations-services et 4'000 véhicules utilitaires lourds en Suisse. Voir pour plus de détails: https://h2mobilitaet.ch/fr/association/comite/.

B 2.3	**5. Emmi AG/Leeb Biomilch GmbH und Hale GmbH**

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 30. September 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 30. September 2019

A Sachverhalt

1. Am 30. August 2019 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Emmi AG (nachfolgend: Emmi), mit Sitz in Luzern, Schweiz, je eine Mehrheitsbeteiligung von 66 % an der Leeb Biomilch GmbH (nachfolgend: Leeb), mit Sitz in Wartberg/Krems, Österreich, und an der Hale GmbH (nachfolgend: Hale), mit Sitz in Wartberg/Krems, Österreich, zu erwerben. Mit der vorliegenden Akquisition will Emmi ihr Spezialitäten-Angebot auf den Märkten der Europäischen Union (nachfolgend: EU) stärken.

2. Emmi ist die Holding-Gesellschaft der Emmi-Gruppe, der grössten Schweizer Milchverarbeiterin. Emmi ist in sämtlichen traditionellen Bereichen der Milchverarbeitung tätig, befasst sich also insbesondere mit der Herstellung und dem Vertrieb von Molkereiprodukten (Konsummilch, Konsumrahm, Butter etc.), Molkerei-Frischprodukten (Joghurt, Quark etc.), Dessertprodukten, Glace und Milchpulver sowie mit der Produktion und dem Vertrieb von Käse auf allen Marktstufen. Auf den Exportmärkten konzentriert sich Emmi auf eine Marken- und Spezialitätenstrategie, welche auch das Angebot von Schweizer Spezialitäten zulässt. Sie hat seit 2010 auf internationaler Ebene ihr Ziegenmilch-Netzwerk schrittweise ausgebaut und besitzt drei Ziegenmilchverarbeiter in den USA, zwei in den Niederlanden sowie einen in Spanien.

3. Leeb hat sich auf die Herstellung und Vermarktung von Bio-Produkten aus Ziegen- und Schafmilch spezialisiert. Kuhmilch wird nur in ganz kleinen Mengen und ausschliesslich zu Glace-Produkten (Frozen Yogurt) verarbeitet. Sie beschafft Milch regional bei ca. 100 österreichischen Bio-Bauern und verarbeitet dieselbe zu Konsummilch (auch Trinkmilch genannt) sowie Frischmilchprodukten. Der Exportanteil, insbesondere nach Deutschland und den Niederlanden, beläuft sich auf gut 50 %. Die Schweiz ist nur punktuell ein Absatzmarkt von Leeb. Das Stammkapital von Leeb gehört zu 50 % der AGAN Privatstiftung und zu 50 % Hubert Leeb.

4. Hale ist eine reine Handelsgesellschaft, welche 2016 zur Ergänzung der Geschäftstätigkeit von Leeb gegründet wurde. Sie lässt durch Leeb aus Halbfabrikaten (zur Nährstoffextraktion aufbereitete Massen aus Soja, Reis, Kokosnüssen, Mandeln etc.) vegane Milchersatzprodukte herstellen, welche sie anschliessend in eigenem Namen und auf eigene Rechnung vermarktet. Hale exportierte ihre Produkte im Jahr 2018 insbesondere nach Deutschland und in die Niederlande, zu einem geringen Anteil auch in die Schweiz. Die Schweiz erlangte als Exportmarkt keine Bedeutung. Das Stammkapital von Hale ist je hälftig im Besitz der AGAN Privatstiftung und von Hubert Leeb.

5. Die Akquisition der Mehrheitsbeteiligungen an den rechtlich je selbständigen, wirtschaftlich jedoch stark verflochtenen Unternehmen Leeb und Hale soll die in Rz 2 erwähnte Marken- und Spezialitätenstrategie von Emmi fortsetzen.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde sowohl der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) als auch dem deutschen Bundeskartellamt (BKA) gemeldet. Bezüglich der BWB besteht eine Nichtuntersagung des Zusammenschlusses, und das BKA hat das Zusammenschlussvorhaben am 1. August 2019 zum Vollzug freigegeben.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.2 Unternehmen

8. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.3 Unternehmenszusammenschluss

9. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

[1] Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

10. Transaktionen, die zwar verschiedene Zielunternehmen betreffen, aber derart voneinander abhängig sind, dass sie einen einheitlichen Zusammenschluss bilden, sind als ein einziger Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren. Um festzustellen, ob mehrere Transaktionen einen einheitlichen Charakter haben, muss im Einzelfall geprüft werden, ob die infrage stehenden Transaktionen so voneinander abhängig sind, dass die eine Transaktion nicht ohne die andere durchgeführt worden wäre. Bei solchen Vorgängen wird die Änderung der Marktstruktur durch die Gesamtheit der Transaktionen bewirkt. Die gegenseitige Abhängigkeit kann sich dabei aus einer (impliziten) rechtlichen und/oder tatsächlichen Verbundenheit ergeben.[2]

11. Das Zusammenschlussvorhaben sieht vor, dass Emmi je 66 % der Beteiligungsrechte an Leeb und Hale erwirbt und damit die Mehrheit der Beteiligungsrechte übernimmt. Bei den zu übernehmenden Gesellschaften handelt es sich zwar um zwei rechtlich voneinander unabhängige Unternehmen. Allerdings ist Hale gemäss Emmi von Leeb wirtschaftlich vollkommen abhängig und mit derselben stark verflochten. Leeb hat demnach ihr Geschäft mit veganen Milchersatzprodukten in die rechtlich verselbstständigte Hale ausgelagert. Hale verfügt gemäss Emmi indessen weder über eigenes Personal noch über eine eigene Betriebsinfrastruktur, weshalb sie einzig im Verbund mit Leeb am Markt operieren könne. Würde Leeb allein verkauft, wäre Hale unternehmerisch nicht länger handlungsfähig. Aufgrund der faktischen Abhängigkeit müsse bei einem Verkauf von Leeb notwendigerweise gleichzeitig Hale mitverkauft werden. Dementsprechend werde im Kauf- und Abtretungsvertrag der Kauf der Anteile an den beiden Gesellschaften als ein einheitliches Geschäft behandelt, für welches ein Kaufpreis geschuldet sei. Unter Berücksichtigung dieser Umstände wird vorliegend von einem einzigen Zusammenschluss ausgegangen.[3] Die Transaktionen führen bei beiden Unternehmen zu einem Kontrollerwerb durch Emmi mittels Mehrheitsbeteiligung. Somit handelt es sich vorliegend um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

12. Anzumerken ist, dass Leeb an der BioBauernladen Kremstal GmbH mit einer zur Hälfte eingezahlten Stammeinlage in der Höhe von EUR 11‘900 beteiligt ist. Zwischen den Parteien ist vereinbart, dass Leeb diese Beteiligung vor dem Zusammenschluss an die verbleibenden Gesellschafter der BioBauernladen Kremstal GmbH verkaufen und übertragen wird.

B.4 Meldepflicht

13. Die beteiligten Unternehmen erreichen zwar die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG, nicht aber nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG. So erwirtschaftete Leeb im Jahr 2018 in der Schweiz einen Umsatz von nur rund EUR 36’000.

14. Die Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet von Art. 9 Abs. 1–3 KG, 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[4] ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

15. Die WEKO hat rechtskräftig festgestellt, dass die Emmi-Gruppe in den Märkten für Konsummilch und Konsumrahm sowie für Butter eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG erlangt.[5] Die von Emmi zu übernehmende Leeb ist u.a. in der Produktion von Bio-Konsummilch, -Joghurt und -Quark aus Ziegen- und Schafmilch tätig und somit in Märkten, die zumindest teilweise zu den Märkten benachbart sind, in welchen Emmi eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG innehat.[6] Somit handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 KG.

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

16. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

17. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.5.1 Relevante Märkte

B.5.1.1 Sachlich relevante Märkte

18. 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[7]).

---

[2] SINEM SÜSLÜ, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 3 N 267 f.

[3] Siehe zu diesem Thema: RPW 2008/3, 480 Rz 62 ff., *Coop/Fust*; RPW 2000/2, 260 Rz 13 f., Zusammenschluss Unternehmung X/C-AG und D-AG; siehe auch MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 446 und 460 ff.; Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 95 vom 21.2.2009, S. 22 f. Rz 43 f.

[4] Unter benachbarten Märkten dürfen Märkte von Gütern verstanden werden, die bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft, oder wenn komplementäre Beziehungen vorliegen. Als benachbart kann ein Markt auch betrachtet werden, wenn eine gemeinsame Rohstoffbasis besteht, Kuppelproduktion möglich ist, Produkte anderer Märkte für ein umfassendes Milchproduktesortiment von Bedeutung sind oder eine Angebotsumstellungsflexibilität gegeben ist (RPW 2006/4, 622 Rz 5 und 623 Rz 7 und 10, *Meldepflicht der Emmi AG gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG*; mit Verweis auf Scherrer, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, S. 340 f.).

[5] RPW 2006/2, 278 ff. Rz 110, 113 und 157 sowie 290 Ziff. 1 des Dispositivs, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*.

[6] RPW 2006/4, 623 Rz 10 und 13, *Meldepflicht der Emmi AG gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG*.

[7] Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

19. Vorliegend werden lediglich die sachlich relevanten Märkte bezüglich Ziegen- und Schafkonsummilch, (gewisser) Frischmilchprodukte aus Ziegen- und Schafmilch, Ziegenkäse sowie pflanzliche Milchersatzprodukte und pflanzliche Alternativen zu Molkerei-Frischprodukten definiert, da davon auszugehen ist, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine oder kaum Auswirkungen auf andere Märkte hat.[8]

Ziegen- und Schafkonsummilch

20. Ziegenmilchprodukte wie Ziegenkonsummilch und Ziegenjoghurts sind im Vergleich zu Produkten aus Kuhmilch in der Regel deutlich teurer, haben einen deutlichen Eigengeschmack und sind für viele Kuhmilchallergiker besser verträglich als Produkte aus Kuhmilch.[9] Auch Schafmilchprodukte sind im Vergleich zu Produkten aus Kuhmilch deutlich teurer, zudem unterscheidet sich die Zusammensetzung von Schafmilch in gewissen Aspekten deutlich von derjenigen von Kuhmilch.[10] Bio ist bei Produkten aus Ziegen- und Schafmilch verbreiteter als bei Produkten aus Kuhmilch. So wurden rund 27 % der Milchziegen und rund 74 % der Milchschafe, aber nur rund 11 % der Milchkühe in der Schweiz im Jahr 2018 gemäss biologischen Richtlinien gehalten.[11]

21. Gemäss Emmi wünschen sich die Nachfrager von Milchprodukten aus Schaf- oder Ziegenmilch typischerweise ein möglichst natürliches Produkt, im Falle von Trinkmilch somit ein Angebot in Pastmilch-Qualität. Zudem gibt es gemäss Emmi in der Schweiz keinen Hersteller von UHT-Trinkmilch aus Ziegen- und/oder Schafmilch. Ziegen- und Schafkonsummilch in UHT-Qualität, die in der Schweiz verkauft werden, sind demnach Importprodukte.

22. In ihrem Entscheid *Emmi/Fromalp* wies die WEKO einen Markt für Konsummilch aus und merkte an, dass der Markt für Konsummilch evtl. weiter zu unterteilen ist in Past-, UHT- und Hochpastmilch.[12] Zudem ging die WEKO im Entscheid *Emmi/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM* davon aus, dass eine separate Betrachtung der Biomilch auf der Stufe der Verarbeitung aufgrund der bestehenden Angebotsumstellungsflexibilität nicht angebracht sein dürfte. Aus ihren Erwägungen geht auch hervor, dass die Verwendung des UHT-Verfahrens für Biomilch zum damaligen Zeitpunkt relativ neu war.[13] Darüber hinaus hielt die WEKO im Entscheid Reorganisation des Biomilchmarktes fest, dass konventionelle Milch und Biomilch aus Sicht der Nachfrager bis zu einem gewissen Grade miteinander substituierbar sind.[14] Hinsichtlich die Abgrenzung von Ziegenkonsum- zu Kuhkonsummilch ging die WEKO in ihrem Entscheid *Emmi/Ziegenmilchsparte Bettex* von einem eigenen Markt für Ziegenkonsummilch aus.[15]

23. Gemäss dem Entscheid *Friesland Foods/Campina* der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) kann haltbare Milch bei Umgebungstemperatur über längere Zeit gelagert werden, so dass längere Transportwege, eine längere Aufbewahrung und weniger häufige Lieferungen möglich werden.[16] Schliesslich grenzte die EU-Kommission in jenem Entscheid einen eigenen sachlich relevanten Markt für haltbare Milch ab.[17] Im selben Entscheid grenzte sie zudem einen eigenen sachlich relevanten Markt für biologische Frischmilch ab.[18]

24. Gemäss Emmi wäre es sachgerecht, von einem einheitlichen Markt für Kuhmilch-Alternativen auszugehen, also von einem Markt, welcher nebst Ziegen- und Schafkonsummilch auch pflanzenbasierte Milchersatzprodukte (vegane Milchersatzprodukte) enthält. Jedenfalls ist gemäss Emmi von einem Absatzmarkt für Trinkmilch aus Schaf- oder Ziegenmilch auszugehen. Eine weitere Differenzierung erachtet sie als nicht sachgerecht. Die WEKO geht allerdings davon aus, dass pflanzenbasierte Milchersatzprodukte von den Märkten bezüglich milchbasierter Konsummilch abzugrenzen sind (vgl. Rz 35).

25. Nachfolgend wird davon ausgegangen, dass Ziegen- und Schafkonsummilch nicht zum gleichen Markt gehören wie Konsummilch aus Kuhmilch. Offengelassen werden kann die Frage, ob Ziegen- und Schafkonsummilch zum gleichen Markt oder zu unterschiedlichen Märkten gehören. Ebenfalls offengelassen werden kann, ob diese vorgenannten Märkte weiter zu unterteilen sind nach Verarbeitungsmethode (Past, UHT etc.) und/oder hinsichtlich der Frage, ob die Milch die biologischen Richtlinien erfüllt. Dies begründet sich damit, dass das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe ist.

Frischmilchprodukte aus Ziegen- und Schafmilch

26. Gemäss Praxis der WEKO ist Joghurt ein hinsichtlich Zusatzstoffen, Aromen und Konsistenz differenziertes Produkt, das mit anderen Frischmilchprodukten aufgrund seiner Eigenschaften und seines Verwendungszwecks nicht substituierbar ist.[19] Zu den Frischmilchprodukten gehören gemäss Praxis der WEKO Joghurt, Quark, Dessertprodukte und Glace.[20] In mehreren Entscheiden

[8] Für Informationen zu weiteren sachlich relevanten Märkten wird auf die Verfügung *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM* (RPW 2006/2, 263 ff., Rz 27 ff.) sowie die Kurzdarstellung dieser Märkte in der Verfügung *Emmi/Fromalp* (RPW 2010/3, 574–575 Tabellen 2 und 3) verwiesen.

[9] Vgl. <de.wikipedia.org/wiki/Ziegenmilch> (12.9.2019).

[10] So ist der Fettgehalt von Schafmilch etwa doppelt so hoch wie derjenige von Kuhmilch (vgl. <de.wikipedia.org/wiki/Schafmilch>, 12.9.2019).

[11] Dies bei einem Gesamtbestand von rund 37'000 Milchziegen, rund 14'000 Milchschafen und rund 564'000 Milchkühen (Daten gemäss Bundesamt für Statistik, nachfolgend: BFS).

[12] RPW 2010/3, 574 Tabelle 2, *Emmi/Fromalp*, mit Verweis auf RPW 2006/2, 263 Rz 29 ff. und 277 Rz 104, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*.

[13] RPW 2006/2, 263 Rz 31, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*.

[14] RPW 2005/3, 466 Rz 59, *Reorganisation des Biomilchmarktes*.

[15] RPW 2011/1, 203 Rz 4, *Emmi/Ziegenmilchsparte Bettex*.

[16] KOMM, COMP/M.5046 vom 17.12.2008, Rz 411, *Friesland Foods/Campina*.

[17] KOMM, COMP/M.5046 vom 17.12.2008, Rz 415, *Friesland Foods/Campina*.

[18] KOMM, COMP/M.5046 vom 17.12.2008, Rz 460, *Friesland Foods/Campina*.

[19] RPW 2009/3, 229 Rz 28, *Emmi AG/Nutrifrais SA*, mit weiteren Verweisen.

[20] RPW 1999/1, 103 Rz 21, T*oni AG/Tochtergesellschaften der Säntis Holding AG* (nachfolgend: Toni/Säntis), wobei dort anstatt Glace der Begriff Ice-Cream verwendet wird. Teilweise wird anstatt Frischmilchprodukte auch der Begriff Molkerei-Frischprodukte verwendet, vgl. RPW 2010/3, 572 Rz 2, *Emmi/Fromalp*, und RPW 2009/3, 227 Rz 2, *Emmi AG/Nutrifrais SA*.

nahm die WEKO einen sachlich relevanten Markt für Joghurts an.[21] Im Entscheid *Emmi/Ziegenmilchsparte Bettex* ging sie von einem Markt für Ziegenmilchjoghurt aus.[22] Zudem hat sie eigenständige relevante Märkte für Quark und Glace abgegrenzt.[23]

27. In ihrem Entscheid *Lactalis/Nestlé/JV (II)* gab die EU-Kommission an, dass der Markt für Joghurts oder fermentierter Milchprodukte auf Milchbasis (wie von der Kuh, dem Schaf und der Ziege) zusammenfasst, welche mit charakteristischen Milchsäurebakterien versetzt sind. Dabei liess sie offen, ob dieser Markt weiter zu unterteilen ist.[24] Im Entscheid *Friesland Foods/Campina* grenzte die EU-Kommission einen eigenen Markt für biologischen Naturjoghurt ab.[25] Zudem liess sie die Frage offen, ob Joghurt und Quark mit Zusätzen einen einzigen relevanten Produktmarkt bilden.[26] Auch liess sie die Frage einer weiteren Segmentierung von Joghurt und Quark mit Zusätzen in gesundheits- und genussbezogene Segmente offen sowie die Frage der Unterscheidung zwischen Hausmarken und Herstellermarken bei Joghurt und Quark.[27]

28. In ihrem Entscheid zur Übernahme von Yéo Frais durch Les Maîtres Laitiers Cotentin erachtete die französische Wettbewerbsbehörde die Abgrenzung von Ziegenmilchjoghurts zu Kuhmilchjoghurts als sachgerecht, da bei gewissen Konsumenten Kuhmilchallergien und -unverträglichkeiten bestehen sowie aufgrund der starken Geschmacks- und Preisunterschiede im Vergleich zu Joghurts auf Kuhmilchbasis. Bezüglich Joghurts wurde des Weiteren eine Segmentierung in biologische und konventionelle Milchprodukte in Erwägung gezogen.[28]

29. Vorliegend kann offengelassen werden, ob der Markt für Joghurt sowie der Markt für Quark weiter zu unterteilen sind, z.B. dahingehend, von welchem Tier die Milch stammt, da das Ergebnis der Analyse des zu prüfenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren alternativen Marktabgrenzung bezüglich Joghurt und auch bezüglich Quark dasselbe bleibt. Aus gleichem Grunde offengelassen werden kann die genaue sachliche Marktabgrenzung bezüglich Glace.

Ziegenkäse

30. Die WEKO hat sich in verschiedenen Entscheiden mit der Abgrenzung der Märkte bezüglich des Gesamtbereichs Käse und damit insbesondere bezüglich Käse aus Kuhmilch befasst und Marktabgrenzungen anhand von Produktgruppen und Produktionsstufen vorgenommen.[29] Im Entscheid *Emmi/Ziegenmilchsparte Bettex* ging die WEKO von einem allfälligen Markt für Ziegenkäse aus und stellte Überlegungen hinsichtlich einer weiteren Unterteilung analog zum allgemeinen Markt für Käse als auch zu einer allfälligen Zugehörigkeit von Ziegenkäse zu den gleichen Märkten wie Käse aus Kuhmilch an.[30]

31. In ihrem Entscheid zur Übernahme gewisser Molkerei- und Käseaktivitäten von Terra Lacta durch die Bongrain-Gruppe zeigte die französische Wettbewerbsbehörde auf, dass eine Vielzahl an Ziegenkäsen existiert, mit unterschiedlicher Textur und Geschmack. Schliesslich liess sie die Frage offen, ob Ziegenkäse präziser abzugrenzen ist.[31]

32. Für das vorliegende Zusammenschussvorhaben kann offengelassen werden, ob Käse aus Ziegenmilch zu denselben sachlich relevanten Märkten wie Produkte aus Kuhmilch zu zählen sind, wie dies bei Emmi/Fromalp in Betracht gezogen wurde, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren diesbezüglichen sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt. Zudem kann aus gleichem Grunde offengelassen werden, wie ein allfälliger Markt für Ziegenkäse weiter zu segmentieren wäre.

Pflanzliche Milchersatzprodukte und pflanzliche Alternativen zu Molkerei-Frischprodukten

33. Pflanzliche Milchersatzprodukte werden aus unterschiedlichen pflanzlichen Rohstoffen, namentlich Nüssen (Mandeln, Kokosnüssen etc.), Getreide (Reis, Hafer etc.) sowie Hülsenfrüchten (Soja) hergestellt. Sie sind nicht nur aber insbesondere für Veganer eine Milchalternative. Aufgrund des unterschiedlichen Geschmacks und den Unterschieden in der Zusammensetzung pflanzlicher Milchersatzprodukte im Vergleich zu tierischen Milchprodukten ist davon auszugehen, dass diese Produkte von den Nachfragern nicht als miteinander austauschbar betrachtet werden. Analoge Überlegungen gelten für pflanzliche Alternativen zu Molkerei-Frischprodukten wie z.B. Joghurt auf Basis von Soja.

34. In ihrem Entscheid *Danone/The Whitewave Foods Company* liess die EU-Kommission offen, ob milchbasierte Joghurts und Desserts sowie pflanzenbasierte Joghurts und Desserts zum gleichen Markt gehören.[32] Zudem wurde offengelassen, ob der Markt für Joghurt (resp. die Joghurt-Märkte nach Unterteilung in milchbasierte und pflanzenbasierte Joghurts) zusätzlich zu unterteilen ist (z.B. in bio und konventionell).[33] In ihrem

[21] RPW 2009/3, 229 Rz 28, *Emmi AG/Nutrifrais SA*.; RPW 2006/2, 263 Rz 41, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*; RPW 2003/4, 788 f., Rz 15, *Emmi AG/Swiss Dairy Food AG* (Standort Ostermundigen); RPW 1999/1, 103 Rz 21, *Toni AG/Säntis*.

[22] RPW 2011/1, 203 Rz 4, *Emmi/Ziegenmilchsparte Bettex*.

[23] RPW 2003/4, 788 f. Rz 15, *Emmi AG/Swiss Dairy Food AG* (Standort Ostermundigen); RPW 1999/1, 103 Rz 21 und 106 Tabelle nach Rz 34, *Toni/Säntis*.

[24] KOMM, COMP/M.4344 vom 19.9.2006, Rz 20, *Lactalis/Nestlé/JV (II)*.

[25] KOMM, COMP/M.5046 vom 17.12.2008, Rz 460, *Friesland Foods/Campina*.

[26] KOMM, COMP/M.5046 vom 17.12.2008, Rz 895, *Friesland Foods/Campina*.

[27] KOMM, COMP/M.5046 vom 17.12.2008, Rz 898 und 913, *Friesland Foods/Campina*.

[28] Autorité de la concurrence, 17-DCC-24 vom 21.2.2017, Rz 16, *Décision relative à la prise de contrôle exclusif de Yéo Frais par le groupe Les Maîtres Laitiers du Cotentin*, mit weiteren Verweisen.

[29] RPW 2011/3, 415 Rz 6, *Emmi/Rutz*; RPW 2010/3, 574 ff. Rz 16 ff. und Tabelle 3, *Emmi/Fromalp*; RPW 2009/2, 170 Rz 16, *Dörig Käsehandel AG/Alois Koch Käsehandel AG*; RPW 2006/2, 269 Rz 63, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*; RPW 2003/3, 529 ff., *Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food* (Sortenkäsegeschäft).

[30] RPW 2011/1, 203 Rz 6 ff., *Emmi/Ziegenmilchsparte Bettex*.

[31] Autorité de la concurrence, 13-DCC-115 vom 26.8.2013, Rz 14, 21–24, *Décision relative à la prise de contrôle exclusif de certaines activités laitières et fromagères de Terra Lacta par le groupe Bongrain*.

[32] KOMM, COMP/M.8150 vom 16.12.2016, Rz 27, *Danone/The Whitewave Foods Company*.

[33] KOMM, COMP/M.8150 vom 16.12.2016, Rz 38, *Danone/The Whitewave Foods Company*.

Entscheid *Friesland Foods/Campina* grenzte die EU-Kommission flüssige Molkereisahne und flüssige Nicht-Molkereisahne voneinander ab. Im gleichen Entscheid stellte sie fest, dass Blockbutter und pflanzliche Fette unterschiedlichen Produktmärkten angehören.[34]

35. Nachfolgend wird von einem sachlich relevanten Markt für pflanzliche Milchersatzprodukte ausgegangen, welcher von dem resp. den Märkten bezüglich (milchbasierter) Konsummilch abzugrenzen ist. Zudem wird von einem sachlich relevanten Markt für pflanzliche Alternativen zu Molkerei-Frischprodukten ausgegangen. Die genaue sachliche Marktabgrenzung bezüglich dieser beiden Märkte, insbesondere bezüglich einer weiteren Segmentierung des Marktes für pflanzliche Alternativen zu Molkerei-Frischprodukten, kann offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren Marktabgrenzung dasselbe ist.

B.5.1.2 Räumlich relevante Märkte

36. 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).

Ziegen- und Schafkonsummilch

37. In der Schweiz wird Ziegen- und Schafkonsummilch hauptsächlich aus Schweizer Produktion und in Pastmilch-Qualität verkauft (vgl. Rz 21). Logistisch ist der Import von pasteurisierter Ziegen- und Schafkonsummilch insbesondere aufgrund der kurzen Haltbarkeit des Produkts und der relativ geringen, nachgefragten Mengen aufwendig. Zudem ist für den Import von Milch in der Regel eine Zollabgabe zu entrichten.[35] Emmi sind keine Importe von pasteurisierter Ziegen- oder Schafkonsummilch bekannt, aber auch der Import von im Ausland produzierter Ziegen- und Schafkonsummilch in UHT-Qualität scheint in der Schweiz relativ gering zu sein (vgl. Rz 58).

38. In verschiedenen Entscheiden hat die WEKO den Markt resp. die Märkte für Konsummilch national abgegrenzt.[36] Ebenfalls ging sie in ihrem Entscheid *Emmi/Ziegenmilchsparte Bettex* für Ziegenkonsummilch von einem nationalen Markt aus.[37]

39. Nachfolgend wird ein allfälliger Markt bezüglich Ziegen- und Schafkonsummilch resp. die Märkte, die aus einer weiteren Segmentierung dieses Marktes entstehen, schweizweit abgegrenzt, wobei die Ausweichmöglichkeiten auf Importe von Ziegen- und Schafkonsummilch in UHT-Qualität zu berücksichtigen sind. Die genaue räumliche Marktabgrenzung bezüglich Ziegen- und Schafkonsummilch kann offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

Frischmilchprodukte aus Ziegen- und Schafmilch

40. Die WEKO hat die Märkte bezüglich Frischmilchprodukte, so auch den Markt für Joghurts und den Markt für Quark, in der Vergangenheit zumeist national abgegrenzt.[38] Bei Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM wurde darauf hingewiesen, dass die Ausweichmöglichkeiten zu ausländischen Joghurtlieferanten trotz nationalem Markt zu berücksichtigen sind.[39] Im Weiteren hat die WEKO die Märkte für Ice-Cream und für Dessertprodukte national abgegrenzt.[40] In ihrem Entscheid *Emmi AG/Nutrifrais SA* aus dem Jahr 2009 zeigte sie auf, dass der überwiegende Anteil der angebotenen Joghurts trotz abnehmenden Grenzschutzes weiterhin in der Schweiz produziert und abgesetzt wird, wobei anzumerken ist, dass sie für Naturejoghurts einen relativ hohen Grenzschutz ausmachte.[41]

41. Nachfolgend wird davon ausgegangen, dass die Märkte bezüglich Frischmilchprodukte und so auch der Markt für Joghurt, sowie die allfälligen Segmentierungen dieser Märkte, z.B. in einen solchen für Ziegen- und Schafmilchjoghurt, national abzugrenzen sind. Dabei sind jeweils die Ausweichmöglichkeiten auf Importe von Produkten des gleichen sachlichen Marktes zu berücksichtigen. Schliesslich kann aber offengelassen werden, ob diese Märkte schweizweit oder weiter abzugrenzen sind, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen Abgrenzung dasselbe bleibt.

Ziegenkäse

42. Für die räumliche Marktabgrenzung der Käsemärkte wird auf den Entscheid *Emmi/Fromalp* verwiesen.[42] Dort wurde je nach Marktstufe von einem regionalen, einem nationalen oder einem Markt ausgegangen, welcher die EU und die Schweiz beinhaltet. Nachfolgend wird für die Käsemärkte betreffend Ziegenkäse, unabhängig davon, ob sie zu den gleichen Märkten wie Käse aus Kuhmilch gezählt werden oder nicht, von den gleichen räumlichen Marktabgrenzungen ausgegangen wie beim vorgenannten Entscheid *Emmi/Fromalp*.

Pflanzliche Milchersatzprodukte und pflanzliche Alternativen zu Molkerei-Frischprodukten

43. Gemäss Emmi beträgt der Importanteil bei pflanzlichen Milchersatzprodukten ca. 80 %, während dieser bei pflanzlichen Alternativen zu Molkerei-Frischprodukten im Jahr 2018 ca. 33 % betrug. Darauf abgestützt wird nachfolgend von räumlich relevanten Märkten bezüglich dieser beiden Bereiche ausgegangen, welche weiter als

[34] KOMM, COMP/M.5046 vom 17.12.2008, Rz 825 und 1351, *Friesland Foods/Campina.*

[35] So beträgt der Normal-Ausserkontingentszollansatz für Milch mit einem Fettgehalt von > 1 bis 6 Gewichtsprozent bei Importen aus anderen europäischen Ländern aktuell 76 Rappen (vgl. <www.tares.ch>; 20.9.2019). Ein tieferer Zollansatz besteht für Milch, welche im Rahmen des sog. Joghurt-Kontingents (Teilzollkontingent Nr. 07.3 verschiedene Milchprodukte) importiert wird.

[36] Vgl. RPW 1999/1, 108 Rz 38, *Toni/Säntis*; RPW 2006/2, 270 Rz 68, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*; RPW 2010/3, 574 Tabelle 2, *Emmi/Fromalp*.

[37] Dies ergibt sich aus der Erwähnung des schweizerischen Unternehmens Koch als einzige weitere Herstellerin in diesem Markt (vgl. RPW 2011/1, 203 Rz 4, *Emmi/Ziegenmilchsparte Bettex*).

[38] Vgl. RPW 2011/3, 413 Rz 4, *Emmi/Onken*; RPW 2009/3, 232 Rz 47 und 55, *Emmi AG/Nutrifrais SA*, RPW 2006/2, 271 Rz 73, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*, RPW 1999/1, 108 Rz 38, *Toni/Säntis*. In *Emmi/Fromalp* hat die WEKO den Markt für Joghurt und denjenigen für Dessertprodukte als national oder EU- plus schweizweit abgegrenzt (RPW 2010/3, 574 Tabelle 2, *Emmi/Fromalp*).

[39] RPW 2006/2, 271 Rz 73, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*.

[40] RPW 1999/1, 108 Rz 38, *Toni/Säntis*.

[41] RPW 2009/3, 230 Rz 39 und 232 Rz 47, *Emmi AG/Nutrifrais SA*.

[42] RPW 2010/3, 575 Tabelle 3, *Emmi/Fromalp*.

schweizweit sind. Schliesslich kann die genaue räumliche Marktabgrenzung bezüglich dieser Märkte aber offengelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

44. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

45. Nachfolgende Tabelle 1 enthält erstens Märkte, in welchen es durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben zu einem betroffenen Markt mit Marktanteilsaddition gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU kommt oder für welche Anhaltspunkte bestehen, dass es zu einem solchen Markt kommt. Es sind dies der schweizweite Markt für Ziegen- und Schafkonsummilch, dessen Segmentierung in Ziegen- und in Schafkonsummilch sowie der schweizweite Markt für Bio-Ziegen- und Bio-Schafkonsummilch und dessen Segmentierung in Bio-Schafkonsummilch. Zweitens enthält Tabelle 1 Märkte, in welchen Emmi einen Marktanteil von mindestens 30 % aufweist (betroffene Märkte ohne Marktanteilsaddition gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU) und in welchen Leeb im gleichen sachlichen Markt ausserhalb der Schweiz tätig ist, sowie Märkte, für welche Anhaltspunkte bestehen, dass es zu einem solchen betroffenen Markt kommt. Es sind dies der schweizweite Markt für Frischmilchprodukte aus Ziegen- und Schafmilch, dessen Segmentierung in Ziegen- und in Schaffrischmilchprodukte, der schweizweite Markt für Ziegen- und Schafmilchjoghurt sowie der schweizweite Markt für Ziegen- und Schafmilchquark.

Tabelle 1: Marktanteile der Zusammenschlussparteien in verschiedenen Märkten, 2018

Sachlicher Markt	**räumliche Abgrenzung**	**Marktanteil [%]**			**Markt-volumen**
		Emmi	**Leeb/ Hale**	**kumuliert**	
Märkte mit Marktanteilsaddition, welche betroffene Märkte sind oder für welche Anhaltspunkte hierfür bestehen					
Ziegen- und Schafkonsummilch	Schweiz	Anhaltspunkte für betroffenen Markt[43]			
davon					
- Ziegenkonsummilch	Schweiz	Anhaltspunkte für betroffenen Markt[44]			
- Schafkonsummilch	Schweiz	[40–50]	[0–10]	[40–50]	1'392 t[45]
Bio-Ziegen- und Bio-Schafkonsummilch	Schweiz	[20–30]	[0–10]	[20–30]	2'129 t[46]
davon Bio-Schafkonsummilch	Schweiz	[50–60]	[0–10]	[50–60]	1'034 t[47]

[43] Die Gesamtmarktschätzung Emmis hierzu von 5'410 t scheint deutlich zu hoch zu sein und die auf dieser Basis geschätzten diesbezüglichen Marktanteile Emmis von [10–20] % und Leebs von [0–10] % deutlich zu tief, vgl. hierzu Rz 51 f. Für die Gesamtmarktschätzung für das Jahr 2018 bezüglich Ziegen- und Schafkonsummilch hat Emmi die am Markt 2018 abgesetzte Menge an Ziegen- resp. Schafmilch gemäss Agristat genommen und hiervon die zu Käse verarbeitete Menge (berechnet ausgehend von den ausgezahlten Käsezulagen resp. TSM-Daten) abgezogen. Die übriggebliebenen Mengen hat Emmi gestützt auf Angaben von The Nielsen Company in Milch für Trinkmilch und Milch für Frischmilchprodukte unterteilt, zudem hat sie berücksichtigt, dass Ziegenmilch für Frischmilchprodukte aufkonzentriert wird und hierfür einen Faktor von 0,7 angenommen.

[44] Die Gesamtmarktschätzung Emmis hierzu von 4'018 t scheint deutlich zu hoch zu sein und die auf dieser Basis geschätzten diesbezüglichen Marktanteile Emmis von [0–10] % und Leebs von [0–10] % deutlich zu tief, vgl. hierzu Rz 51 f. Ziegenkonsummilch: (15'000 t – 10'100 t) * 0,82 = 4'018 t; vgl. auch Fn 43.

[45] Schafkonsummilch: (5'000 t – 2'100 t) * 0,48 = 1'392 t; vgl. auch Fn 43.

[46] Berechnungen des Sekretariats der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) basierend auf der Hypothese Emmis zur Berechnung dieses Marktes, wonach der Anteil an Bio-Ziegenkonsummilch an Ziegenkonsummilch dem Anteil von nach Bio-Standards produzierenden Milchziegen entspricht und der Anteil an Bio-Schafkonsummilch an Schafkonsummilch dem Anteil von nach Bio-Standards produzierenden Milchschafen, mit Daten des BFS als Grundlage. Bezüglich Ziegen beträgt dieser Anteil rund 27,23 %, bezüglich Milchschafe 74,32 %.

[47] Für die Berechnung vgl. Fn 46.

Sachlicher Markt	räumliche Abgrenzung	Marktanteil [%]			Markt-volumen
		Emmi	Leeb/ Hale	kumu-liert	
Märkte ohne Marktanteilsaddition, welche betroffene Märkte sind oder für welche Anhaltspunkte hierfür bestehen, und in welchen Leeb im Ausland tätig ist					
Frischmilchprodukte aus Ziegen- und Schafmilch	Schweiz	Anhaltspunkte für betroffenen Markt[48]			
davon					
- Ziegenfrischmilchprodukte	Schweiz	Anhaltspunkte für betroffenen Markt[49]			
- Schaffrischmilchprodukte	Schweiz	[30–40]	0	[30–40]	1'508 t[50]
Ziegen- und Schafmilchjoghurt	Schweiz	Anhaltspunkte für betroffenen Markt[51]			
Ziegen- und Schafmilchquark	Schweiz	[30–40]	0	[30–40]	216 t[52]

Bemerkungen: Sämtliche Marktanteile gestützt auf Angaben von Emmi berechnet.

46. Weiter sind gemäss Angaben von Emmi für das Jahr 2018 folgende Märkte betroffen, in welchen lediglich Emmi tätig ist, wobei sämtliche dieser Märkte schweizweit abgegrenzt werden: die Beschaffung von Milch- und Sirtenrahm, die Beschaffung von Käse für die Schmelzkäseproduktion (Randstück, deklassierter Sortenkäse, Kontraktware etc.) sowie absatzseitig Konsummilch, Konsumrahm, Butter, Magermilchpulver, Quark sowie Fondue fixfertig (d.h. Fondue aus Schmelzkäse).

47. Anzumerken ist, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben bei einer Reihe weiterer Märkte ebenfalls zu Marktanteilsadditionen führt, ohne dass betroffene Märkte vorliegen, so beim Vertrieb von Frischkäse im Allgemeinen und beim Vertrieb von Frischkäse aus Ziegen- und/oder Schafmilch bei jeweils EWR- und schweizweiter räumlicher Abgrenzung[53] sowie im Markt für pflanzenbasierte Milchersatzprodukte und in jenem für pflanzenbasierte Alternativen zu Molkerei-Frischprodukten, jeweils bei einer räumlichen Abgrenzung, welche die Schweiz und neun EU-Länder[54] einbezieht.[55]

B.5.2.1 Ziegen- und Schafkonsummilch

48. Im Jahr 2018 erzielten sowohl Emmi als auch Leeb in der Schweiz Umsätze mit Ziegenkonsummilch als auch mit Schafkonsummilch. Gemäss Emmis Gesamtmarktschätzung resp. Berechnungen des Sekretariats basierend auf Schätzungen und Hypothesen Emmis sind folgende Märkte betroffene Märkte mit Marktanteilsaddition: der schweizweite Markt für Schafkonsummilch (Gesamtmarktschätzung: 1'392 Tonnen) mit einem Marktanteil Emmis von rund [40–50] % und einem solchen von Leeb von rund [0–10] %, der schweizweite Markt für Bio-Ziegen- und Bio-Schafkonsummilch (Gesamtmarktschätzung: 2'129 Tonnen) mit einem Marktanteil Emmis von rund [20–30] % und einem solchen von Leeb von rund [0–10] % sowie der schweizweite Markt für Bio-Schafkonsummilch (Gesamtmarktschätzung: 1'034 Tonnen) mit einem Marktanteil Emmis von rund [50–60] % und einem solchen von Leeb von rund [0–10] % (vgl. Tabelle 1).

49. Im schweizweiten Markt für Schafkonsummilch ist Emmi mit Abstand die Nummer 1. Zu den schweizerischen Wettbewerbern der Zusammenschlussparteien in diesem Markt gehören die Biomilk AG (BE), die Emscha GmbH (LU), die Fläcke-Chäsi GmbH (LU), die Fromagerie Moléson SA (FR), Le Sapalet S.à r.l. und die Käserei Stofel AG (SG). Ihren gesamten Umsatz im schweizerischen Markt für Schafkonsummilch als auch denjenigen im schweizerischen Markt für Ziegenkonsummilch erzielte Leeb im Jahr 2018 gemäss Angaben von Emmi im Rahmen einer zeitlich befristeten Sonderaktion der Aldi Suisse AG betreffend UHT-Ziegenmilch resp. UHT-Schafmilch.

[48] Die Gesamtmarktschätzung Emmis hierzu von 2'125 t scheint deutlich zu hoch zu sein und der auf dieser Basis geschätzte diesbezügliche Marktanteil Emmis von [20–30] % deutlich zu tief, vgl. hierzu Rz 57.

[49] Die Gesamtmarktschätzung Emmis hierzu von 617 t scheint deutlich zu hoch zu sein und der auf dieser Basis geschätzte diesbezügliche Marktanteil Emmis von [0–10] % deutlich zu tief, vgl. hierzu Rz 57. Ziegenfrischmilchprodukte: (15'000 t – 10'100 t) * 0,18 * 0,7 = 617 t; vgl. auch Fn 43.

[50] Schaffrischmilchprodukte: (5'000 t – 2'100 t) * 0,52 = 1'508 t; vgl. auch Fn 43.

[51] Die Gesamtmarktschätzung Emmis hierzu von 1'909 t scheint deutlich zu hoch zu sein und der auf dieser Basis geschätzte diesbezügliche Marktanteil Emmis von [20–30] % deutlich zu tief, vgl. hierzu Rz 57.

[52] Schätzung von Emmi.

[53] Dabei wurde der Gesamtmarkt des EWR- und schweizweiten Vertriebs von Frischkäse im Allgemeinen von Emmi auf 4 Mio. t geschätzt, derjenige des EWR- und schweizweiten Vertriebs von Frischkäse aus Ziegen- und/oder Schafmilch auf 74'320 t.

[54] Es sind dies Belgien, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Italien, Niederlande, Österreich, Spanien, Schweden.

[55] Der derart räumlich abgegrenzte Gesamtmarkt für pflanzenbasierte Milchersatzprodukte wurde dabei von Emmi auf EUR Mio. 1'803,1 geschätzt, derjenige für pflanzenbasierte Alternativen zu Molkerei-Frischprodukten auf EUR Mio. 518,6.

50. Aufgrund der bestehenden aktuellen Konkurrenz in der Schweiz und des geringen Gesamtmarktvolumens bestehen keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG bezüglich des schweizerischen Marktes für Schafkonsummilch und des schweizerischen Marktes Bio-Schafkonsummilch. Anzumerken ist zudem, dass Importe von Schafkonsummilch in UHT-Qualität durch Konkurrenten der Zusammenschlussparteien allenfalls eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die vorgenannten Märkte haben (vgl. Rz 39).[56]

51. Gemäss Emmis Gesamtmarktschätzung[57] betrug ihr Marktanteil im schweizerischen Markt für Ziegenkonsummilch im Jahr 2018 lediglich rund [0–10] % und derjenige von Leeb rund [0–10] %, was eine Marktanteilsaddition auf rund [0–10] % ergibt. Wie bereits erwähnt (vgl. Rz 49), erzielte Leeb ihren gesamten Umsatz im Rahmen einer zeitlich befristeten Sonderaktion.[58] Ein derart tiefer, schweizweiter Marktanteil von Emmi bezüglich Ziegenkonsummilch für das Jahr 2018 scheint wenig plausibel zu sein. So vertreibt Emmi Ziegenmilchprodukte ihrer Marke «le petit chevrier» bei Coop, Migros, Manor, Spar und vielen weiteren lokalen Partnern.[59] Dabei ist Ziegenkonsummilch der Marke «le petit chevrier» zumindest in gewissen Läden von Coop, Migros und Manor zu finden. Zudem wird Ziegenkonsummilch von «le petit chevrier» über die Online-Supermärkte coop@home und LeShop.ch vertrieben. Des Weiteren ist zu beachten, dass der Marktanteil der Fromagerie Bettex S.A., dessen Vermögenswerte des Geschäftsbereichs Ziegenmilchprodukte Emmi übernommen hat, bezüglich Ziegenkonsummilch im Jahr 2009 gemäss dem Entscheid *Emmi/Ziegenmilchsparte Bettex* noch [70–80] % betrug.[60] Anzumerken ist, dass eine v.a. bei Konkurrenten Emmis bezüglich Schaf- und Ziegenkonsummilch durchgeführte Befragung seitens des Sekretariats wenig Aufschluss über die tatsächliche Grösse resp. über die richtige Grössenordnung des schweizerischen Marktes für Ziegenkonsummilch ergab.

52. Auch ein Blick auf die Konkurrenzsituation lässt vermuten, dass Emmis Schätzung des gesamtschweizerischen Absatzmarktes für Ziegenkonsummilch im Jahr 2018 deutlich zu hoch und der von ihr geschätzte, eigene Marktanteil damit deutlich zu tief ausgefallen ist. Als ihre grössten Konkurrenten bei Ziegenkonsummilch in der Schweiz im Jahr 2018 nennt Emmi die Appenzeller Ziegenprodukte AG (AI), die Fromagerie Moléson SA und die Fläcke-Chäsi GmbH. Als Milch produzierenden Nachfrager von Ziegenmilch hat Emmi zudem nebst der Fromagerie Moléson SA und der Fläcke-Chäsi GmbH die Käserei Stofel AG und den Ziegenhof Elfingen (AG) angegeben. So ergibt sich aus der Befragung dieser Konkurrenten durch das Sekretariat, dass deren aufsummierte Produktion an Ziegenkonsummilch nur einen Bruchteil des gemäss Emmi geschätzten Gesamtmarkts an Ziegenkonsummilch erklären kann. Gesamthaft betrachtet bestehen somit Anhaltspunkte, dass es sich beim schweizweiten Markt für Ziegenkonsummilch um einen betroffenen Markt handelt.

53. Bildet man aus den schweizweiten Umsätzen der Zusammenschlussparteien sowie den schweizweiten Umsätzen der befragten Konkurrenten bezüglich Ziegenkonsummilch für das Jahr 2018 einen Gesamtmarkt, so beträgt der Marktanteil von Emmi in diesem Markt rund […] %, derjenige von Leeb rund […] % und der gemeinsame Marktanteil rund […] %. Da dieser Gesamtmarkt die Untergrenze bezüglich des schweizweiten Markts für Ziegenkonsummilch darstellt, handelt es sich bei den vorgenannten Marktanteilen der Zusammenschlussparteien um maximal mögliche Marktanteile. Daraus ergibt sich, dass bezüglich des schweizweiten Markts für Ziegenkonsummilch keine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG vorliegt.

54. Im schweizweiten Markt für Ziegen- und Schafkonsummilch betrug Emmis Marktanteil gemäss Schätzungen Emmis im Jahr 2018 rund [10–20] % und derjenige von Leeb rund [0–10] %. Gestützt auf die vorgenannten Vorbehalte hinsichtlich Emmis Schätzung des schweizweiten Marktes für Ziegenkonsummilch für das Jahr 2018, welcher einen Teil der Schätzung des schweizweiten Marktes für Ziegen- und Schafkonsummilch ausmacht, bestehen auch für diesen Markt Anhaltspunkte, dass es sich um einen betroffenen Markt handelt.

55. In einem schweizweiten Markt für Ziegen- und Schafkonsummilch kann analog zu den getrennten Märkten für Ziegen- und Schafkonsummilch davon ausgegangen werden, dass keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG begründet oder verstärkt wird.

B.5.2.2 Frischmilchprodukte aus Ziegen- und Schafmilch

56. Sowohl Emmi als auch Leeb sind Hersteller von Frischmilchprodukten aus Ziegen- und Schafmilch. Im Jahr 2018 erzielte von den Zusammenschlussparteien lediglich Emmi in der Schweiz Umsätze bezüglich Frischmilchprodukte aus Ziegen- und Schafmilch. Betroffene Märkte im Bereich Frischmilchprodukte aus Ziegen- und Schafmilch sind, wie aus Tabelle 1 hervorgeht, basierend auf dem Jahr 2018 der schweizweite Markt für Schaffrischmilchprodukte mit einem Marktanteil Emmis von rund [30–40] % und der schweizweite Markt für Ziegen- und Schafmilchquark mit einem Marktanteil Emmis von rund [30–40] %.

[56] Gemäss Emmi gibt es eine Reihe potentieller, europäischer Anbieter von Schaf- oder Ziegenkonsummilch in UHT-Qualität, so Sodiaal (candia, F), die Lactalis-Gruppe (Lactel, F), die Laiterie de Verneuil (F), die Andechser Molkerei Scheitz GmbH (D), die Granarolo Spa (IT), COVAP (ES), die Delamere Dairy (GB) und die Agro-Danmis Gramowscy Sp.J. (PL).

[57] Emmi verweist auf die Komplexität der Berechnung der Marktanteile bezüglich Ziegen- und Schafkonsummilch und das vorliegende Datenmaterial, welches nur bedingt aussagekräftig ist. Für die Berechnungen vgl. Fn 43 f.

[58] Aktuell ist mit der haltbaren (UHT) Alnatura-Ziegenmilch ein von Leeb stammendes Ziegenmilchprodukt in UHT-Qualität in der Schweiz erhältlich. Vgl. <www.alnatura.ch/de/produkte/alnatura-ziegenmilch.html> (24.9.2019).

[59] Vgl. <www.le-petit-chevrier.ch/produkte/> (20.9.2019). Dabei umfasst die Produktpalette von «le petit chevrier» Käse, Konsummilch und Joghurt. Anzumerken ist, dass die Appenzeller Ziegenprodukte AG das Nachfolgerunternehmen des nicht eingetragenen Einzelunternehmens Matthias Koch, in Gonten, ist (vgl. Handelsregister des Kantons Appenzell Innerrhoden).

[60] RPW 2011/1, 203 Rz 4, *Emmi/Ziegenmilchsparte Bettex*.

57. Gemäss der Gesamtmarktschätzung Emmis betrug deren Marktanteil im Jahr 2018 im schweizweiten Markt für Ziegenfrischmilchprodukte rund [0–10] %. Wie weiter vorne aufgezeigt, bestehen Anhaltspunkte, dass der schweizweite Gesamtmarkt für Ziegenkonsummilch von Emmi deutlich zu hoch geschätzt wurde (vgl. Rz 51 f.). Da Emmi den schweizweiten Gesamtmarkt für Ziegenfrischmilchprodukte auf den gleichen Grundlagen berechnet hat wie denjenigen für Ziegenkonsummilch (vgl. Fn 43), ist davon auszugehen, dass Emmi auch den schweizweiten Gesamtmarkt für Ziegenfrischmilchprodukte deutlich zu hoch geschätzt hat und somit ihren diesbezüglichen Marktanteil deutlich zu tief. Da diese vorgenannten Grundlagen auch in die Berechnung des schweizweiten Markts für Frischmilchprodukte aus Ziegen- und Schafmilch sowie denjenigen für Ziegen- und Schafmilchjoghurt eingeflossen sind, dürften auch diese Gesamtmärkte zu hoch und der jeweilige diesbezügliche Marktanteil Emmis von rund [20–30] % resp. von rund [20–30] % zu tief geschätzt worden sein. So gibt es Anhaltspunkte, dass sowohl der schweizweite Markt für Ziegenmilchprodukte als auch der schweizweite Markt für Frischmilchprodukte aus Ziegen- und Schafmilch sowie derjenige für Ziegen- und Schafmilchjoghurt vorliegend betroffene Märkte ohne Marktanteilsaddition sind.

58. Sowohl im Bereich Ziegenfrischmilchprodukte als auch im Bereich Schaffrischmilchprodukte sind nebst Emmi weitere Wettbewerber im schweizerischen Markt aktiv. Zudem ist anzumerken, dass eine Reihe weiterer Produzenten in der Schweiz Frischmilchprodukte aus Kuhmilch herstellen und es so denkbar ist, dass diese bei genügender Nachfrage und bei Erhältlichkeit von Ziegen- resp. Schafmilch die Produktion von Frischmilchprodukten aus Ziegen- und/oder Schafmilch aufnehmen könnten.

59. In Anbetracht der bestehenden aktuellen Konkurrenz und der potentiellen Konkurrenz, die aufgrund der relativ geringen Gesamtmarktvolumina in den schweizweiten Märkten für Frischmilchprodukte aus Ziegen- und Schafmilch als relativ gross eingeschätzt wird, bestehen keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG bezüglich der schweizweiten Märkte im Bereich Frischmilchprodukte aus Ziegen- und Schafmilch.

B.5.3 Ergebnis

60. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den oben genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den betroffenen Märkten eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	**6. Emmi AG/Pasticceria Quadrifoglio S.r.l.**

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 14. Oktober 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 15. Oktober 2019

1. Am 1. Oktober 2019 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Emmi AG (nachfolgend: Emmi), mit Sitz in Luzern, Schweiz, die Übernahme sämtlicher Anteile an der Pasticceria Quadrifoglio S.r.l. (nachfolgend: PQ), mit Sitz in Castelfranco Emilia, Modena, Italien.

2. Emmi ist die Holding-Gesellschaft der Emmi-Gruppe, der grössten Schweizer Milchverarbeiterin. Emmi ist in sämtlichen traditionellen Bereichen der Milchverarbeitung tätig, befasst sich also insbesondere mit der Herstellung und dem Vertrieb von Molkereiprodukten (Konsummilch, Konsumrahm, Butter etc.), Molkerei-Frischprodukten (Joghurt, Quark etc.), Dessertprodukten, Glace, Milchpulver und Käse.

3. PQ produziert resp. vertreibt Glaceprodukte aller Art, frische Patisseriedesserts, gefrorene Patisserie und gebrauchsfertige Creme-/Puddingprodukte. Bisher hat sie einzig Glaceprodukte in die Schweiz exportiert, insbesondere Eiskonfekt und Eistorten. Mit dem Kauf der PQ übernimmt Emmi gleichzeitig die Kontrolle über deren Tochtergesellschaften Immobiliare 5 S.r.l. und Gelostar S.r.l. (nachfolgend: Gelostar), welche Dessert- und Glaceprodukte herstellt resp. vertreibt. Die vorliegende Akquisition erfolgt im Rahmen von Emmis Nischenstrategie bezüglich italienische Dessertspezialitäten.

4. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG[1] und Art. 1 VKU[2]. Die WEKO hat rechtskräftig festgestellt, dass die Emmi-Gruppe in den Märkten für Konsummilch und Konsumrahm sowie für Butter eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG erlangt hat.[3] Die von Emmi zu übernehmende PQ resp. deren Tochtergesellschaft Gelostar sind in Märkten tätig, welche zumindest teilweise zu den Märkten benachbart sind, in welchen Emmi eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG innehat.[4] Somit handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG.

5. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf die Tätigkeiten der Zusammenschlussparteien in den Bereichen Dessertprodukte und Glaceprodukte.

6. Gemäss der Praxis der WEKO ist der Markt für Frischmilchprodukte in die Teilmärkte Joghurt, Quark, Dessertprodukte und Ice-Cream zu unterteilen.[5] Gemäss dem WEKO-Entscheid *Emmi AG/Nutrifrais SA* sind unter dem Begriff Dessertprodukte alle auf Milchbasis hergestellten Süssspeisen zu subsumieren, die in Becher abgefüllt werden, auf eine gekühlte Logistikkette angewiesen sind und unter dieser Voraussetzung 30 Tage haltbar sind.[6] In jenem Entscheid wurde offengelassen, ob der Markt für Dessertprodukte weiter abzugrenzen wäre, indem auch Produkte erfasst würden, die keine Frischmilchprodukte darstellen.[7] Im gleichen Entscheid grenzte die WEKO schliesslich einen relevanten Markt für Ice-Cream ab.[8] Räumlich grenzte die WEKO den Markt für Dessertprodukte und denjenigen für Ice-Cream in ihrem Entscheid *Toni/Säntis* national ab.[9] Auch in weiteren Entscheiden hat die WEKO den Markt für Dessertprodukte seither zumeist national abgegrenzt.[10]

7. In mehreren Entscheiden erwog die Europäische Kommission eine Unterscheidung von Speiseeis-Produkten in industriell hergestelltes Speiseeis und handwerklich hergestelltes Speiseeis.[11] Des Weiteren unterteilte sie industriell hergestelltes Speiseeis in die Produktmärkte Haushaltseis (Speiseeis für den Heimkonsum), Impulseis und Gastronomie- oder Grossverbrauchereis.[12]

---

[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] RPW 2006/2, 278 ff. Rz 110, 113 und 157 sowie 290 Ziff. 1 des Dispositivs, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*.
[4] RPW 2006/4, 623 Rz 10, *Meldepflicht der Emmi AG gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG*.
[5] RPW 1999/1, 103 Rz 21, *Toni/Säntis*.
[6] RPW 2009/3, 229 Rz 30, *Emmi AG/Nutrifrais SA*.
[7] RPW 2009/3, 229 Rz 31, *Emmi AG/Nutrifrais SA*.
[8] RPW 1999/1, 106 Tabelle nach Rz 34, *Toni/Säntis*.
[9] RPW 1999/1, 108 Rz 38 und 110 Tabelle nach Rz 51, *Toni/Säntis*.
[10] RPW 2009/3, 234 Rz 55, *Emmi AG/Nutrifrais SA*. In *Emmi/Fromalp* grenzte die WEKO den Markt für Dessertprodukte national oder EU-plus schweizweit ab (RPW 2010/3, 574 Tabelle 2, *Emmi/Fromalp*). In ihrem Entscheid *Emmi AG/Leeb Biomilch GmbH und Hale GmbH* ging die WEKO für die Märkte bezüglich Frischmilchprodukte, zu welchen u.a. Dessertprodukte und Glace gehören, von einer nationalen Marktabgrenzung aus, liess schliesslich aber offen, ob diese Märkte schweizweit oder weiter abzugrenzen sind. Zudem wies sie darauf hin, dass Ausweichmöglichkeiten auf Importe von Produkten des gleichen sachlichen Marktes zu berücksichtigen sind (Beschluss der WEKO vom 30.9.2019 i.S. *Emmi AG/Leeb Biomilch GmbH und Hale GmbH*, Rz 26 und 41 [zur Publikation vorgesehen]).
[11] Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 14.7.2016, COMP/M.7946, Rz 15 ff., *PAI/Nestlé/Froneri*; mit weiteren Verweisen in Fn 9. Gemäss diesem Entscheid können handwerkliche Speiseeishersteller definiert werden als Strassenverkäufer oder Bäcker, welche ihr Speiseeis selbst herstellen sowie Eisdielen und kleine Unternehmen mit üblicherweise weniger als zehn Angestellten, welche ihre Speiseeisprodukte lokal anbieten.
[12] Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 14.7.2016, COMP/M.7946, Rz 21 ff., *PAI/Nestlé/Froneri*; mit weiteren Verweisen in Fn 15.

8. Die genaue sachliche Marktabgrenzung bezüglich Dessertprodukte kann vorliegend offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe ist. Des Weiteren wird von einem sachlich relevanten Markt für industriell hergestellte Glace (Ice-Cream, Speiseeis) ausgegangen. Die Frage, wie dieser Markt genau abzugrenzen wäre und ob er allenfalls weiter zu segmentieren wäre, z.B. nach unterschiedlichen Absatzkanälen, kann aber offengelassen werden, weil das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe ist. Zudem kann nachfolgend offengelassen werden, ob die Märkte bezüglich Dessertprodukte und industriell hergestellter Glace national oder weiter, z.B. die Europäische Union (nachfolgend: EU) und die Schweiz umfassend, abgegrenzt werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen sachlichen Marktabgrenzung dasselbe ist.

9. Werden die Märkte bezüglich Dessertprodukte und industriell hergestellter Glace schweizweit abgegrenzt, so ergibt sich durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben basierend auf den Markanteilsschätzungen für das Jahr 2018 eine Marktanteilsaddition im Markt für industriell hergestellte Glace (Marktanteil von Emmi: [10–20] %, Marktanteil von PQ: [0–10] %), allerdings handelt es sich dabei nicht um einen betroffenen Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Dagegen kommt es im schweizweiten Markt für (milchbasierte) Dessertprodukte nicht zu einer Marktanteilsaddition (vgl. auch Rz 3). Werden diese Märkte als die EU und die Schweiz umfassend abgegrenzt, so kommt es jeweils zu Marktanteilsadditionen, nicht aber zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben kommt es somit zu keinen betroffenen Märkten mit Marktanteilsaddition.

10. 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.

B 2.3	**7. Medbase/Zur Rose**

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 1. Dezember 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 9. Dezember 2019

A Sachverhalt

1. Am 12. November 2019 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Medbase AG und die Zur Rose Suisse AG die gemeinsame Kontrolle über zwei Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) zu begründen. Das eine GU wird die Medbase Zur Rose Apotheken AG sein, beim anderen GU handelt es sich um die neu zu gründende Zur Rose Medbase eCom AG.

2. Die **Medbase AG** (nachfolgend: Medbase) gehört zur Migros-Gruppe[1] und erbringt Dienstleistungen im medizinischen und therapeutischen Bereich. Medbase bietet Patienten insb. ein Behandlungsangebot im Bereich der ambulanten Grundversorgung und Spezialarztmedizin an. Zudem ist Medbase u.a. in den Bereichen der medizinischen Massage und der Komplementärmedizin tätig. Medbase hat kürzlich die Kontrolle über die Topwell-Apotheken[2] erlangt und ist eine Kooperation mit dem Luzerner Kantonsspital[3] im Apothekenbereich und im Bereich der ambulanten medizinischen Dienstleistungen sowie mit der Spital STS AG[4] im Bereich der ambulanten medizinischen Dienstleistungen eingegangen.

3. Die Migros-Gruppe ist hauptsächlich im Detailhandel (Food / Near Food / NonFood) tätig. Mit den Migros-Industrien verfügt die Migros-Gruppe zudem über eigene Produktionsbetriebe. Daneben ist die Migros-Gruppe u.a. auch im Grosshandel, in der Gastronomie, im Treibstoffgeschäft, im Reisemarkt und mit Medbase im Gesundheitswesen tätig.

4. **Zur Rose Suisse AG** (nachfolgend: ZRS) ist eine Tochtergesellschaft der Zur Rose Group AG (Sitz in Steckborn). Diese ist in der Schweiz und in weiteren europäischen Ländern tätig. Das schweizerische Geschäft der Zur Rose Gruppe wird u.a.[5] von ZRS betrieben und umfasst im Wesentlichen den Bereich Pharmagrosshandel (insb. für Selbstdispensations-Ärzte), eine Versandapotheke für rezeptpflichtige Arzneimittel, einen Webshop für apothekennahe, freiverkäufliche Produkte (insb. im Bereich Patienten- und Körperpflege und besondere Ernährung) sowie zwei «klassische» Apotheken[6] und drei sogenannte «Shop-in-Shop» Apotheken[7] in Migros-Verkaufsstellen. ZRS beliefert bereits heute die Medbase-Gesundheitszentren und Medbase-Apotheken mit entsprechenden Produkten.

5. Die **Zur Rose Shop-in-Shop Apotheken AG** (nachfolgend: SiS) ist heute eine 100%-Tochtergesellschaft von ZRS und bezweckt die Bereitstellung von Infrastruktur und Logistik für den Betrieb von Apotheken in Migros-Verkaufsstellen. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens soll Medbase 50.1 % der Aktien der SiS von ZRS erwerben. SiS soll sodann in **Medbase Zur Rose Apotheken AG** (nachfolgend: MZRA) umfirmiert werden. MZRA soll künftig unter der Marke «Zur Rose» insbesondere in geeigneten Migros-Verkaufsstellen Publikumsapotheken betreiben. Der Zweck der MZRA schliesst den Betrieb von Publikumsapotheken an anderen Standorten aber nicht aus.

6. Schliesslich soll im Rahmen der vorliegenden Transaktion die **Zur Rose Medbase eCom AG** (nachfolgend: eCom) durch ZRS gegründet werden, wobei Medbase anschliessend 50.1 % der Aktien an eCom erwerben wird. eCom soll künftig einen Online-Marktplatz betreiben, auf dem Dritte (sog. «Sellers») apothekennahe, freiverkäufliche Produkte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung direkt an Endkunden verkaufen können. Zu diesen Produkten gehören solche aus den Bereichen «Beauty & Personal Care» (nachfolgend: BPC), freiverkäufliche Gesundheitsprodukte und – sobald regulatorisch zulässig – freiverkäufliche Arzneimittel (OTC). Auf dem Marktplatz werden somit lediglich Produkte und Dienstleistungen im Gesundheitsbereich angeboten.[8] Es ist zu betonen, dass eCom lediglich als Betreiberin des genannten Online-Marktplatzes agieren wird und somit nicht selbst Produkte über den Online-Marktplatz handeln bzw. erwerben wird.[9] Gleichzeitig hat eCom keinen Einfluss auf die Sortimentsgestaltung der Sellers, diese bleiben darin eigenständig.[10] eCom wird von den Sellern eine Provision als Entschädigung für die Vermittlungsdienstleistung erhalten.

[1] Medbase ist eine 100%-Tochtergesellschaft der Migros Vita AG. Die Anteile der Migros Vita AG werden wiederum zu 100 % von MBG und verschiedenen Migros-Genossenschaften gehalten.
[2] Verfahren […].
[3] Verfahren […].
[4] Verfahren […].
[5] Auch andere Tochtergesellschaften der Zur Rose Group AG sind in der Schweiz tätig. Deren Geschäftsbereiche sind nicht Teil der vorliegenden Transaktion.
[6] Diese Apotheken befinden sich in Steckborn und Bern.
[7] Bei diesen Apotheken handelt es sich um Pilot-Projekte in Bern, Basel und Zürich, die der Erprobung eines von ZRS entwickelten Konzepts dienen. Die Apotheken befinden sich innerhalb von Migros-Verkaufsstellen.
[8] Denkbar ist dabei bspw. das Angebot weiterer Medizinalprodukte und Dienstleistungen (bspw. Ernährungsberatung).
[9] Dies im Gegensatz zu anderen Marktplätzen wie Amazon.
[10] Hierzu Erleichterte Meldung Medbase/Zur Rose/Medbase Zur Rose JVs vom 11. November 2019 (nachfolgend: Definitive Meldung), Rz 51.

7. eCom wird gestützt auf einen […] den Online-Marktplatz unter der Marke «Zur Rose» betreiben und dazu […]. Da diese Technologie noch nicht multisellerfähig[11] ist, wird in dieser Phase nur ZRS als Seller seine Produkte auf dem Online-Marktplatz anbieten können. In einer zweiten Phase […]. Ab dieser zweiten Phase wird die Technologie multisellerfähig sein, das heisst mehrere Händler werden ihre Produkte auf dem Marktplatz anbieten können. Dann wird auch der Webshop der Topwell-Apotheken den Online-Marktplatz von eCom für seinen Vertrieb nutzen und auch die von MZRA betriebenen Shop-in-Shop Apotheken werden eine Online-Präsenz auf dem Marktplatz von eCom aufbauen. Langfristig soll der Online-Marktplatz von möglichst vielen Marktteilnehmern bzw. Sellern genutzt werden.

8. Die von ZRS in Steckborn betriebene Apotheke wird nicht in die MZRA eingebracht. Sie ist die regulatorisch notwendige Basis für den Versandhandel von ZRS, der ebenfalls von ZRS selbst weiterbetrieben wird und nicht in das GU eingebracht wird. Auch der ZRS-Webshop wird weiterhin von ZRS betrieben. ZRS wird dabei als eigenständiger Seller seine Produkte auf dem Online-Marktplatz von eCom verkaufen. Ebenfalls nicht Gegenstand des Zusammenschlussvorhabens sind die Bereiche des Pharmagrosshandels sowie die von Topwell betriebenen Apotheken.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

9. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

10. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

11. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

B.1.2.1 Gemeinsame Kontrolle

12. MZRA und eCom werden künftig beide unter gemeinsamer Kontrolle[12] von Medbase und ZRS stehen. Es ist vorgesehen, dass sowohl im Verwaltungsrat von MZRA, als auch im Verwaltungsrat von eCom […] Verwaltungsräte von Medbase und ZRS gestellt werden, wobei dem Verwaltungsratspräsidenten […] und […] vorgesehen sind. Es ist also für alle wichtigen Geschäfte die Zustimmung beider Aktionäre notwendig, womit gemeinsame Kontrolle vorliegt.

B.1.2.2 Vollfunktionalität

13. Die Voraussetzungen an ein Vollfunktionsunternehmen gemäss Praxis der WEKO[13] sind sowohl bei MZRA, als auch bei eCom erfüllt.

B.1.2.3 Einbringen von Geschäftstätigkeiten

14. Vor Vollzug des Aktienkaufvertrags wird ZRS […] in die MZRA einbringen. Zudem werden ZRS und MZRA einen […]-[V]ertrag abschliessen, der MZRA berechtigt, die Apotheken unter der Marke «Zur Rose» […] zu betreiben.

15. ZRS wird […] in eCom einbringen.

16. Die Voraussetzungen an das Einbringen von Geschäftstätigkeiten nach Praxis der WEKO[14] sind damit sowohl bei MZRA als auch bei eCom erfüllt.

B.1.2.4 Fazit zum Unternehmenszusammenschluss

17. Bei der Gründung von eCom und dem Erwerb von Beteiligungen der MZRA handelt es sich um Unternehmenszusammenschlüsse im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

B.2 Meldepflicht

18. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG erfüllt sind. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

[11] Multisellerfähig ist eine Technologie, wenn sie mehreren Sellern ermöglicht, auf dem Online-Marktplatz ihr Produkte zu vertreiben.
[12] Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Kontrolle gemäss Praxis der WEKO vgl. RPW 2018/4, 996 Rz 26, *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*.
[13] Vgl. RPW 2012/1, 149 Rz 38, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.
[14] Vgl. RPW 2017/2, 314 Rz 39, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2018 in Mio. CHF

Beteiligtes Unternehmen	**Umsatz in Mio. CHF weltweit**	**Umsatz in Mio. CHF schweizweit**
Migros-Gruppe	28'453	25'470
Zur Rose-Gruppe	1'207	527
SiS[15]	[…]	[…]
eCom	0	0
Total	[…]	[…]

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

19. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

20. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.3.1 Relevante Märkte

21. MZRA wird im Bereich der Apotheken tätig sein, während eCom im Bereich von Online-Marktplätzen agieren wird. Das Sekretariat prüft vorliegend nur diese Geschäftsbereiche bzw. Märkte. Die übrigen Geschäftsbereiche werden nicht geprüft, da ZRS und Medbase dort weiterhin eigenständig tätig sein werden und daher das Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen auf sie zeitigen wird.

B.3.1.1 Märkte im Bereich der Apotheken

22. In Bezug auf die relevanten Märkte bieten Medbase, ZRS und MZRA auf Produkteebenen ein vielfältiges Sortiment an. Für alle diese Produkte ist im Rahmen der wettbewerblichen Analyse grundsätzlich zwischen den folgenden Märkten zu unterscheiden:

- **Absatzmärkte**, auf denen sich die Detailhändler (vorliegend Apotheken) als Anbieter den Endkonsumenten gegenübersehen;
- **Beschaffungsmärkte**, auf denen sich die Detailhändler (vorliegend Apotheken) als Nachfrager den Herstellern/Importeuren bzw. Grossisten gegenüberstehen.

B.3.1.1.1. Sachlich relevante Märkte

23. 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).

24. Nachfolgend werden zuerst die Absatz- und danach die Beschaffungsmärkte abgegrenzt.

Absatzmärkte

25. Die Wettbewerbsbehörden definieren gemäss der aktuellen Praxis den sachlich relevanten Absatzmarkt aus Sicht der Endkunden als Marktgegenseite nach Produktgruppen.[16] Apotheken vertreiben mehrere Produkte, die unterschiedlichen Produktgruppen zuzuordnen sind. So bieten Apotheken neben dem Verkauf von Arzneimitteln auch andere Produkte des Gesundheitsbereichs an. Ein Teil dieser Produkte können ebenfalls in Lebensmittelgeschäften oder Fachmärkten gekauft werden.

26. Die WEKO hat bezüglich der Aufteilung der relevanten Märkte bzw. Sortimente die folgende Unterteilung vorgenommen[17]:

- Markt für Arzneimittel[18]
- Markt für Körperpflege, Kosmetik, Parfum
- Markt für Ernährung (inkl. Reformhausprodukte, Diätetika, Babynahrung)
- Markt für Patientenpflege (z.B. Verbandsmaterial, medizinische Produkte)

[15] […]: vgl. Definitive Meldung, Beilage 6, S. 4; vgl. Definitive Meldung, Rz 68, Fn 7.
[16] RPW 2009/2, 176 ff. Rz 19 ff., *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG*.
[17] RPW 2009/2, 176 f. Rz 22, *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG*.
[18] Der Markt für Arzneimittel ist in weitere Teilmärkte für Arzneimittel zu unterteilen (vgl. RPW 2009/2, 177 f. Rz 26 ff., *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG*).

Beschaffungsmärkte

27. Auf den Beschaffungsmärkten stehen die Detailhändler als Nachfrager den Herstellern/Importeuren bzw. Pharmagrossisten gegenüber. Der sachlich relevante Markt umfasst aus Sicht der Lieferanten, die vorliegend die Marktgegenseite bilden, demnach verschiedene Vertriebsmöglichkeiten (Absatzkanäle, d.h. Apotheken, Drogerien, SD-Ärzte, Spitäler) für den Absatz ihrer Arzneimittel zum Endkonsumenten. Der sachlich relevante Markt bildet vorliegend u.a. der Vertrieb von Arzneimitteln durch Pharmahersteller/-importeure sowie der Grossisten über die verschiedenen Absatzkanäle (Apotheken, Drogerien, SD-Ärzte, Spitäler), wobei die Absatzkanäle bzw. die einzelnen Arzneimittelabnehmer auf Detailhandelsstufe separate sachlich relevante Märkte bilden. Innerhalb des Arzneimittelhandels kann analog zur bestehenden Praxis die Aufteilung nach Vertriebskanälen vorgenommen werden. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass in einer vertieften Prüfung analog zur vorliegenden Definition der Absatzmärkte nach Produktegruppen zu unterscheiden wäre.[19]

28. Somit ist vorliegend von den folgenden sachlich relevanten Märkten auszugehen:

- Markt für den Vertrieb von Arzneimitteln über den Absatzkanal der Apotheken
- Markt für den Vertrieb von Produkten für Körperpflege, Kosmetik, Parfum
- Markt für den Vertrieb von Ernährungsprodukten (inkl. Reformhausprodukte, Diätetika, Babynahrung)
- Markt für den Vertrieb von Produkten der Patientenpflege

B.3.1.1.2. Räumlich relevante/r Markt/Märkte

29. 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).

Absatzmärkte

30. Im Detailhandelsbereich spielt sich der Wettbewerb in geografischer Hinsicht gemäss schweizerischer sowie europäischer Rechtsprechung auf zwei Ebenen ab[20]: Einerseits auf der lokalen Ebene zwischen den jeweiligen Verkaufspunkten und auf der nationalen Ebene zwischen den verschiedenen Detailhandelsketten andererseits. Diese Ebenen wurden auch für den Arzneimittelhandel abgegrenzt.[21]

31. Die lokale Ebene ergibt sich aus Sicht der Konsumenten beim Einkaufen aufgrund der anfallenden Transaktionskosten; damit hat der räumlich relevante Markt zunächst ein lokales Ausmass. Für die vorliegend angesprochenen Märkte bestehen jedoch – entgegen der Situation im Detailhandel – keine Studien zur Abgrenzung des weiteren Umkreises wie beispielsweise in 10 Autofahrminuten bei kleinen Supermärkten um einen Verkaufspunkt herum.[22] Im Rahmen der vertieften Prüfung des Zusammenschlussvorhabens *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft* ergaben Befragungen allerdings, dass die überwiegende Mehrheit der Kundschaft der befragten Apotheken im St. Galler Rheintal jeweils aus einem Radius von 10–15 Autofahrminuten kommt. Daher wurde damals von einem räumlich relevanten Markt in einem Umkreis von 15 Autofahrminuten um eine Apotheke ausgegangen.[23] Im vorliegenden Fall könnte – trotz des Umstands, dass der vorliegende Zusammenschluss nicht ohne Weiteres vergleichbar ist und ein gewisses Gefälle zwischen städtischen und ländlichen Gebieten bestehen kann[24] – ebenfalls auf diese Marktabgrenzung abgestützt werden.

32. Im Detailhandel und beim Markt für Arzneimittel kann zudem aus Sicht der Nachfrager die wettbewerbsrechtliche Analyse in einem grösseren als nur dem lokalen Zusammenhang beurteilt werden. Ein Element, das dafür spricht, sind die staatlich festgelegten Maximalpreise für Arzneimittel der Spezialitätenlisten.[25]

33. Die Parteien sind der Ansicht, dass es sich rechtfertige, die Analyse der Marktanteile auf die nationalen Märkte zu beschränken.[26] Um zu zeigen, dass der vorliegende Zusammenschluss auch bei engerer Marktabgrenzung unproblematisch ist, grenzen sie den Markt auch lokal ab. Als lokal definieren sie die MS[27]-Regionen 11 (Stadt Bern), 47 (Basel-Stadt) und 1 (Stadt Zürich).[28] Vorliegend besteht kein Anlass, von der praxisgemässen Abgrenzung in einen nationalen und einen lokalen räumlich relevanten Markt abzuweichen. Für die lokale Marktabgrenzung wird auf die von den Parteien genannten MS-Regionen abgestellt.

Beschaffungsmärkte

34. Die Parteien erachten es als richtig, beschaffungsseitig den Markt mindestens national abzugrenzen, wenn nicht gar international. Um aufzuzeigen, dass das Zusammenschlussvorhaben auch bei engster Marktabgrenzung unproblematisch ist, haben sie die Marktanteile für den nationalen Markt angegeben.[29]

35. Die WEKO ging in ihrer bisherigen Praxis von einem nationalen räumlich relevanten Beschaffungsmarkt für Arzneimittel aus.[30] Es gibt keine Anlass, von dieser Marktabgrenzung abzuweichen.

[19] RPW 2009/2, 179 f. Rz 44, *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG*.
[20] Vgl. RPW 2008/4, 605 f. Rz 103, *Coop/Carrefour*; RPW 2018/2, 399 Rz 117 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.
[21] RPW 2009/2, 180 f. Rz 46 ff., *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG*.
[22] Vgl. RPW 2009/2, 180 Rz 50, *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galencia AG*.
[23] RPW 2018/2, 399 f. Rz 117 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.
[24] Vgl. RPW 2009/2, 180 Rz 48, *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galencia AG*; RPW 2005/4, 645 Rz 70, *Galencia SA/Alliance UniChem*.
[25] RPW 2009/2, 180 Rz 52, *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galencia AG*.
[26] Definitive Meldung, Rz 79, 161, 163, 165, 175, 179.
[27] Mobilité spatiale (MS); vgl. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/raum-umwelt/nomenklaturen/msreg.assetdetail.415729.html> (besucht am 20.11.2019).
[28] Definitive Meldung, Rz 80.
[29] Definitive Meldung, Rz 83.
[30] RPW 2009/2, 181 Rz 56, *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG*.

B.3.1.2 Markt für e-Commerce-Plattformen?

36. eCom soll künftig einen Online-Markplatz betreiben, auf dem Dritte (Sellers) Produkte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung direkt an Endkunden verkaufen können. Charakteristisch für diesen Marktplatz wird sein, dass eCom lediglich als Betreiberin des Online-Marktplatzes agieren wird, mithin also nicht als Seller selbst Produkte oder Dienstleistungen auf dem Marktplatz anbieten wird. Die Parteien schlagen vor, einen sachlich relevanten Markt für e-Commerce-Marktplätze abzugrenzen.

37. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis offengelassen, ob es allenfalls einen sachlich relevanten Markt für e-Commerce-Plattformen gibt, auf dem Produkte und Dienstleistungen angeboten werden können, und ob ein solcher Markt allenfalls nach Produktgruppen zu unterscheiden wäre. Sie zog eine solche Abgrenzung lediglich in Betracht und hielt dabei fest, dass ein solcher Markt Online-Plattformen umfassen würde, «über welche Drittanbieter Waren anpreisen und absetzen können, wobei (zumindest) der Vertragsabschluss (Verpflichtungsgeschäft) innerhalb der Plattform zustande kommt».[31]

38. Auch im vorliegenden Fall kann offenbleiben, ob ein sachlich relevanter Markt für e-Commerce-Plattformen abzugrenzen ist, da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eCom eine marktbeherrschende Stellung erlangen könnte.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

39. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

B.3.2.1 Markt für Patientenpflegeprodukte (lokaler Absatzmarkt)

40. Die Parteien weisen für den lokalen Absatzmarkt der MS-Region 11 (Bern) einen Marktanteil der Migros-Gruppe von [15–25 %], für ZRS von [0–10 %] und für MZRA von [0–10 %] aus. Bei Addition dieser Anteile resultiert ein Anteil von [über 20 %], womit ein betroffener Markt vorliegt.

41. Im betroffenen Markt agieren Konkurrenten wie Coop, die Apotheken-Gruppe Galenica und TopPharm & Dr. Bähler. Die Parteien schätzen die Marktanteile der Konkurrenz für 2018 auf [15–25 %] (Coop), [5–15 %] (Galenica) und [0–10 %] (TopPharm & Dr. Bähler). Bei den restlichen konkurrenzierenden Marktteilnehmern handelt es sich um kleinere Akteure. Die Parteien erwähnen auch den steigenden Wettbewerbsdruck durch die zunehmende Bedeutung des Online-Handels. In den vergangenen drei Jahren hat sich der Marktanteil der drei obgenannten Marktteilnehmer (Coop, Galenica-Gruppe, TopPharm & Dr. Bähler) auf nationaler Ebene ausser für Coop (Erhöhung von […] % auf […] %) nicht verändert.[32]

42. Es besteht somit aktueller Wettbewerb im Markt, der sich disziplinierend auf die Zusammenschlussparteien auswirkt. Aus den dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem lokalen Absatzmarkt für Patientenpflegeprodukte eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.3.2.2 Markt für Körperpflege, Kosmetik, Parfum (Absatzmarkt/Beschaffungsmarkt)

Nationaler Absatzmarkt

43. Für die Schweiz verfügt die Migros-Gruppe über einen Marktanteil von [15–25 %], ZRS und MZRA über einen Anteil von je [0–10 %]. Bei Addition dieser Anteile resultiert ein Anteil von [über 20 %], womit ein betroffener Markt vorliegt.

44. Im betroffenen Markt agieren Konkurrenten wie Coop, Aldi, und Manor. Die Parteien schätzen diesbezüglich die Marktanteile der Konkurrenz für 2018 national auf [10–20 %] (Coop), [5–15 %] (Manor) und [0–10 %] (Aldi) ein. Bei den restlichen konkurrenzierenden Marktteilnehmern handelt es sich um kleinere Akteure. Die Parteien erwähnen auch den steigenden Wettbewerbsdruck durch die zunehmende Bedeutung des Online-Handels. In den vergangenen drei Jahren hat sich der Marktanteil der drei obgenannten Marktteilnehmer (Coop, Aldi, Manor) auf nationaler Ebene ausser für Manor (Reduktion von […] % auf […] %) nicht verändert.

45. Es besteht somit aktueller Wettbewerb im Markt, der sich disziplinierend auf die Zusammenschlussparteien auswirkt. Aus den dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem nationalen Absatzmarkt für Körperpflege, Kosmetik und Parfum eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Lokale Absatzmärkte

46. Auf lokaler Ebene verfügen die Parteien über die folgenden Marktanteile:

- MS-Region 11 (Stadt Bern):[34] Migros-Gruppe [25–35 %], ZRS [0–10 %], MZRA [0–10 %]. Bei Addition dieser Anteile resultiert ein Anteil von [25–35 %], womit ein betroffener Markt vorliegt.
- MS-Region 1 (Stadt Zürich):[35] Migros-Gruppe [25–35 %], ZRS [0–10 %], MZRA [0–10 %]. Bei Addition dieser Anteile resultiert ein Anteil von [25–35 %], womit ein betroffener Markt vorliegt.

[31] RPW 2015/3, 475 Rz 65, *Tamedia/ricardo.ch*; vgl. auch RPW 2015/4, 764 Rz 48, *Coop/Swisscom*; RPW 2017/4, 583 Rz 50, *Tamedia/Tradono Switzerland*.
[32] Definitive Meldung, Beilage 18.
[33] Vgl. Definitive Meldung, Beilage 19.
[34] Vgl. Definitive Meldung, Beilage 20.
[35] Vgl. Definitive Meldung, Beilage 21.

47. Auch auf lokaler Ebene liegen somit betroffene Märkte vor.

48. In der MS-Region 11 agieren Konkurrenten wie Coop, die Apotheken-Gruppe Galenica und TopPharm. Die Parteien schätzen diesbezüglich die Marktanteile der Konkurrenz für 2018 lokal auf [10–20 %] (Coop), [0–10 %] (Galenica) und [0–10 %] (TopPharm). Bei den restlichen konkurrenzierenden Marktteilnehmern handelt es sich um kleinere Akteure. In den vergangenen drei Jahren hat sich der Marktanteil der drei obgenannten Marktteilnehmer (Coop, Galenica-Gruppe, TopPharm) ausser für Coop (Erhöhung von […] % auf […] %) nicht verändert.[36]

49. In der MS-Region 1 agieren Konkurrenten wie Coop, Manor und die Rotpunkt Apotheken. Die Parteien schätzen diesbezüglich die Marktanteile der Konkurrenz für 2018 lokal auf [10–20 %] (Coop), [0–10 %] (Manor) und [0–10 %] (Rotpunkt Apotheken). Bei den restlichen konkurrenzierenden Marktteilnehmern handelt es sich um kleinere Akteure. In den vergangenen drei Jahren hat sich der Marktanteil der drei obgenannten Marktteilnehmer (Coop, Manor, Rotpunkt Apotheken) ausser für Coop (Erhöhung von […] % auf […] %) nicht verändert.[37]

50. Es besteht somit aktueller Wettbewerb in den Märkten, der sich disziplinierend auf die Zusammenschlussparteien auswirkt. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den lokalen Absatzmärkten für Körperpflege, Kosmetik und Parfum eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Beschaffungsmarkt

51. Auch beschaffungsseitig verfügt die Migros-Gruppe über einen Marktanteil von [15–25 %] und ZRS und MZRA über einen Anteil von je [0–10 %]. Bei Addition dieser Anteile resultiert ein Anteil von [über 20 %], womit ein betroffener Markt vorliegt.

52. Allerdings kann in Anlehnung an die Ausführungen in Rz 43–45 davon ausgegangen werden, dass genügend aktueller Wettbewerb vorliegt, der sich disziplinierend auf die Parteien auswirkt und damit keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

B.3.2.3 Markt für Ernährung (Absatzmarkt/Beschaffungsmarkt)

Nationaler Absatzmarkt

53. In der Schweiz verfügt die Migros-Gruppe über einen Marktanteil von [20–30 %], ZRS über einen Anteil von [0–10 %] und MZRA über einen Anteil von [0–10 %].[38] Bei Addition dieser Anteile resultiert ein Anteil von [20–30 %], womit ein betroffener Markt vorliegt.

54. Im betroffenen Markt agieren Konkurrenten wie Coop, Aldi und Lidl. Die Parteien schätzen diesbezüglich die Marktanteile der Konkurrenz für 2018 national auf [20–30 %] (Coop), [0–10 %] (Aldi) und [0–10 %] (Lidl) ein. Bei den restlichen konkurrenzierenden Marktteilnehmern handelt es sich um kleinere Akteure. Die Parteien erwähnen auch den steigenden Wettbewerbsdruck durch die zunehmende Bedeutung des Online-Handels. In den vergangenen drei Jahren hat sich der Marktanteil der drei obgenannten Marktteilnehmer (Coop, Aldi, Lidl) auf nationaler Ebene nicht verändert.[39]

55. Es besteht somit aktueller Wettbewerb im Markt, der sich disziplinierend auf die Zusammenschlussparteien auswirkt. Aus den dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem nationalen Absatzmarkt für Ernährung eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Lokale Absatzmärkte

56. Auf lokaler Ebene verfügen die Parteien über die folgenden Marktanteile:

- MS-Region 11 (Stadt Bern):[40] Migros-Gruppe [25–35 %], ZRS [0–10 %], MZRA [0–10 %]. Bei Addition dieser Anteile resultiert ein Anteil von [25–35 %], womit ein betroffener Markt vorliegt.
- MS-Reigon 1 (Stadt Zürich):[41] Migros-Gruppe [30–40 %], ZRS [0–10 %], MZRA [0–10 %]. Bei Addition dieser Anteile resultiert ein Anteil von rund [30–40 %], womit ein betroffener Markt vorliegt.

57. Auch auf lokaler Ebene liegen somit betroffene Märkte vor.

58. In der MS-Region 11 agieren Konkurrenten wie Coop, die Apotheken-Gruppe Galenica und Aldi. Die Parteien schätzen diesbezüglich die Marktanteile der Konkurrenz für 2018 lokal auf [15–25 %] (Coop), [0–10 %] (Galenica) und [0–10 %] (Aldi). Bei den restlichen konkurrenzierenden Marktteilnehmern handelt es sich um kleinere Akteure. In den vergangenen drei Jahren hat sich der Marktanteil der drei obgenannten Marktteilnehmer (Coop, Galenica-Gruppe, Aldi) ausser für Coop (Reduktion von […] % auf […] %) nicht verändert.[42]

59. In der MS-Region 1 agieren Konkurrenten wie Coop, Aldi und die Rotpunkt Apotheken. Die Parteien schätzen diesbezüglich die Marktanteile der Konkurrenz für 2018 lokal auf [20–30 %] (Coop), [0–10 %] (Aldi) und [0–10 %] (Rotpunkt Apotheken). Bei den restlichen konkurrenzierenden Marktteilnehmern handelt es sich um kleinere Akteure. In den vergangenen drei Jahren hat sich der Marktanteil der drei obgenannten Marktteilnehmer (Coop, Aldi, Rotpunkt Apotheken) nicht verändert.[43]

60. Es besteht somit aktueller Wettbewerb im Markt, der sich disziplinierend auf die Zusammenschlussparteien auswirkt. Aus den dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den lokalen Absatzmärkten für Ernährung eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

[36] Vgl. Definitive Meldung, Beilage 20.
[37] Vgl. Definitive Meldung, Beilage 21.
[38] Die Parteien berechnen ihre Anteile vorliegend lediglich für Produkte, die man typischerweise in Apotheken findet, da MZRA ausschliesslich Apotheken und keine Drogerien oder Reformhäuser betreiben wird.
[39] Vgl. Definitive Meldung, Beilage 22.
[40] Vgl. Definitive Meldung, Beilage 23.
[41] Vgl. Definitive Meldung, Beilage 24.
[42] Vgl. Definitive Meldung, Beilage 23.
[43] Vgl. Definitive Meldung, Beilage 24.

Beschaffungsmarkt

61. Auch beschaffungsseitig verfügt die Migros-Gruppe über einen Marktanteil von [20–30 %][44], ZRS über einen Anteil von [0–10 %] und MZRA über einen Anteil von [0–10 %]. Bei Addition dieser Anteile resultiert ein Anteil von rund [20–30 %], womit ein betroffener Markt vorliegt.

62. Allerdings kann in Anlehnung an die Ausführungen in Rz 53–55 davon ausgegangen werden, dass genügend aktueller Wettbewerb vorliegt, der sich disziplinierend auf die Parteien auswirkt und damit keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

B.3.2.4 Zwischenfazit

63. Es kann festgehalten werden, dass zwar verschiedene betroffene Märkte vorliegen, aber in keinem dieser Märkte durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

B.3.3 Nebenabreden

64. Zu prüfen ist weiter, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der Wettbewerbskommission bzw. der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

65. Die Wettbewerbsbehörden prüfen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Nebenabreden nicht von Amtes wegen. Einzeln und explizit in der Meldung ausgewiesene Nebenabreden werden hingegen auf Begehren geprüft. Dabei müssen diese von den meldenden Unternehmen präzise beschrieben werden. Zudem muss für jede zu prüfende Nebenabrede von den meldenden Unternehmen begründet werden, weshalb diese eine mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbundene und notwendige Vereinbarung darstellt.[45]

66. Die Parteien haben in der definitiven Meldung vier Klauseln aufgeführt, die Ihrer Ansicht nach als Nebenabreden zu qualifizieren sind. Dabei handelt es sich [unter anderem um ein Konkurrenzverbot, eine Lizenzvereinbarung und um eine Stillhaltevereinbarung] […].[46]

B.3.3.1 [Konkurrenzverbot und] […-Vereinbarung]

[…]

67. […]. Hierbei handelt es sich um ein *Konkurrenzverbot* bzw. um ein *Wettbewerbsverbot*.[47]

Wettbewerbsverbot

68. Bezüglich Nebenabreden im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich an die entsprechende Bekanntmachung der Europäischen Kommission[48] angelehnt.[49]

69. 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.[50] 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.[51] 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.[52] Falls ein GU gegründet wird, um einen neuen Markt zu erschliessen, wird auf diejenigen Waren, Dienstleistungen und Gebiete Bezug genommen, auf denen das GU nach der Gründungsvereinbarung bzw. Nebenvereinbarung aktiv sein soll.[53]

70. […]. Das Konkurrenzverbot beschränkt sich auf den sachlichen Tätigkeitsbereich des Online-Marktplatzes und ist auf die Dauer des GU begrenzt. Die Zusammenschlussparteien äussern sich nicht resp. nur ungenügend zur räumlichen Dimension des geplanten Wettbewerbsverbots. Es sei deshalb pauschal darauf hingewiesen, dass das geplante Wettbewerbsverbot nur insoweit als Nebenabrede gelten kann, als es sich auf den schweizweiten Markt bezieht. Darüberhinausgehend gilt es als Vereinbarung, die einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen der entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahren nicht entzogen ist.

[…-Vereinbarung]

71. […]. Ob die […-Vereinbarung] darüber hinaus für die gesamte Dauer des GU notwendig ist, kann anlässlich der vorliegenden vorläufigen Prüfung nicht abschliessend beurteilt werden. Daher ist es gerechtfertigt, die […-Vereinbarung] für eine Dauer von drei Jahren als Nebenabrede zu qualifizieren. Darüberhinausgehend gilt sie als Vereinbarung, die einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen der entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahren nicht entzogen ist.

---

[44] Die Parteien berechnen auch hier ihre Anteile lediglich für Produkte, die man typischerweise in Apotheken findet, da MZRA ausschliesslich Apotheken und keine Drogerien oder Reformhäuser betreiben wird.
[45] RPW 2018/4, 1009 Rz 122, *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl.*
[46] Definitive Meldung, Kap. 7.
[47] Dazu sogleich Rz 69 f.
[48] Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56/24 vom 5.3.2005 (nachfolgend: EU-Bekanntmachung Nebenabreden).
[49] RPW 2018/4, 1009 Rz 127 ff., T*NT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*; RPW 2017/1, 119 ff. Rz 53 ff., *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*; RPW 2016/3, 761 Rz 63, *7Days Group/Güll-Gesellschaften*.
[50] EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 48), Rz 36.
[51] EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 48), Rz 37.
[52] EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 48), Rz 36.
[53] EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 48), Rz 39.

B.3.3.2 […]

[…]

72. Nach dem Gesagten ist die vereinbarte […] nicht für die Durchführung des Zusammenschlusses notwendig und kann nicht als Nebenabrede qualifiziert werden. Daher kann diese Klausel keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der WEKO bzw. der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse erfahren. Dies bedeutet nicht, dass die fragliche Klausel kartellrechtlich unzulässig wäre, sondern lediglich, dass die kartellrechtliche Zulässigkeit dieser Klausel nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Sie unterliegt gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

B.3.3.3 Lizenzen und […]

73. ZRS räumt eCom eine […] Markenlizenz für die Wortmarke und Wort-Bildmarke «Zur Rose®» sowie […] ein.[54]

[…]

Lizenzierung

74. Die Vergabe einer Lizenz durch die Gründer an das Gemeinschaftsunternehmen kann als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine ausschliessliche Lizenz handelt und ob die Lizenz befristet oder unbefristet ist. Die Lizenz kann auf einen bestimmten Anwendungsbereich begrenzt werden, welcher der Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens entspricht.[55] Somit kann bezüglich der Einräumung der Markenlizenz für die Wortmarke und Wort-Bildmarke «Zur Rose®» sowie […] festgehalten werden, dass diese eine mit dem Zusammenschluss verbundene und für dessen Durchführung notwendige Nebenabrede darstellt.

[…]

B.3.3.4 Betriebsführung bis zum Vollzug

[…]

75. Bei der genannten Verpflichtung handelt es sich um eine Stillhaltevereinbarung bzw. um eine Vereinbarung über die unveränderte Fortführung der Geschäftstätigkeit. Gemäss Praxis der EU-Kommission ist eine Vereinbarung, wonach bis zur Vollendung eines Zusammenschlusses keine wesentlichen Änderungen am Geschäft des Zielunternehmens vorgenommen werden dürfen, als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig zu erachten.[56] Ohnehin dürfen die Parteien im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach dem Kartellgesetz das Zielunternehmen während der Dauer des Verfahrens nicht verändern. Somit ist die vorgenannte Vereinbarung für die Durchführung des Zusammenschlusses notwendig und mit dem Zusammenschluss verbunden und somit als Nebenabrede zu qualifizieren.

B.3.4 Ergebnis

76. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den 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. Nicht alle von den Parteien vorgebrachten Abreden konnten als Nebenabreden qualifiziert werden. Die Vereinbarungen (oder die Teile davon), die nicht als Nebenabreden qualifiziert wurden unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

[54] Definitive Meldung, Rz 250 ff. und Beilage 14 Ziff. 2.1 f.
[55] EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 48), Rz 42.
[56] RPW 2015/4, 800 Rz 55, *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*; EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 48), Rz 14; RPW 2013/3, 351 Rz 18, *Tamedia AG/PPN AG*; vgl. FELIX PRÜMMER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 10 N 213.

B 2.3	**8. Daimler/Geely/smart Automobile**

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 14. Dezember 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 17. Dezember 2019

Kurzbegründung

1. Am 29. November 2019 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die gemeinsame Kontrolle über die Firma smart Automobile in China (nachfolgend: GU oder Gemeinschaftsunternehmen) – indirekt mittels Mercedes-Benz AG – durch die Daimler AG (nachfolgend: Daimler) und durch die Zheijiang Geely Holding Group Co., Ltd. (nachfolgend: Geely).

2. Daimler ist eine in Deutschland ansässige, börsenkotierte Gesellschaft mit Sitz in Stuttgart und entwickelt, produziert und vertreibt weltweit Automobilprodukte, darunter hauptsächlich Personenwagen, Lastwagen, Transporter und Busse. Die Mercedes-Benz AG mit Sitz in Deutschland ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von Daimler.

3. Geely ist ein Automobilhersteller mit Hauptsitz in Hangzhou (China), welcher weltweit Personenwagen herstellt und verkauft und dabei die gesamte Wertschöpfungskette (Forschung, Entwicklung, Design, Produktion, Vertrieb und Service) abdeckt. In der Schweiz ist Geely mit ihrer Tochtergesellschaft, Volvo Car Switzerland AG, hauptsächlich in der Herstellung und dem Vertrieb von Personenwagen der Marke Volvo tätig.

4. Das Gemeinschaftsunternehmen wird sich zunächst […] auf die Entwicklung, Herstellung und Lieferung von drei batterieelektrischen Fahrzeuge (battery electric vehicles, nachfolgend: BEV) konzentrieren. Der europäische Vertrieb von Fahrzeugen des GU wird auf der Grosshandels- und Retailstufe über eine hundertprozentige Tochtergesellschaft des GU in der Europäischen Union abgewickelt werden.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecken die Parteien, über ihr Gemeinschaftsunternehmen […].

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 8. November 2019 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.[1]

7. Die Parteien beabsichtigen, dass Daimler (über die Mercedes-Benz AG) und Geely […] eine Beteiligung von […] % über ein neu gegründetes GU in China erwerben. Hierzu tragen Daimler und Geely […] zum Aktienkapital bei. Dabei erfolgt Geelys Beitrag […]. Der Verwaltungsrat werde paritätisch besetzt sein. Daimler und Geely werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

8. Das GU hat eine eigene Marktpräsenz, d.h. es wird als unabhängiger Nachfrager und Anbieter auf dem Markt auftreten. Das GU wird über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als unabhängiger Marktteilnehmer tätig zu sein. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.[2]

9. Erlangen zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen, welches sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, so stellt dies einen Unternehmenszusammenschluss dar, sofern das GU auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (vgl. Art. 2 VKU). Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU der Parteien einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt.

10. Daimler und Geely erzielten im Geschäftsjahr 2018 insgesamt einen Umsatz von über CHF […] und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

11. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Bereiche, in welchen das GU künftige Aktivitäten in der Schweiz plant und daher die Wettbewerbssituation ändern könnte sowie die entsprechenden Aktivitäten der Parteien in diesen Bereichen. Konkret handelt es sich um die Bereiche Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen und deren Vertrieb auf der Gross- und Retailstufe.

12. In Bezug auf den Bereich für den Vertrieb von Fahrzeugen hat die Europäische Kommission in ihrer bisherigen Praxis unterschieden zwischen dem Markt für den Grosshandel von Fahrzeugen und dem Markt für den Retailvertrieb von Fahrzeugen.[3] Auch die WEKO ist in der bisherigen Praxis für den Vertrieb von Fahrzeugen von einem separaten Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe und von einem separaten Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der

[1] Case COMP M.9360 *Daimler/Geely / JV*.

[2] Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

[3] Siehe z.B. Case COMP M.2832, Rz 17 *General Motors/Daewoo*; Case COMP M.7747, Rz 11 ff., PGA/MSA; Case COMP M.6718, Rz 11, TTC/CFAO; Case COMP M.1825, Rz 9, *Suzuki Motor/Suzuki KG/FAFIN*; Case COMP M.182, Rz 8, *Inchape/TKM*; Case COMP M.1452, Rz 10, *Ford/Volvo*, Case COMP M.5709, Rz 10 *Volkswagen/Mahag*.

Retailstufe ausgegangen.[4] Zudem ist die WEKO in ihrer bisherigen Praxis von einem Markt für die Herstellung und Lieferung von Personenwagen und Nutzfahrzeugen unterteilt in Segmente ausgegangen, lies aber eine genaue sachliche Abgrenzung, ob weitere Segmente hinzukommen oder Segmente zusammenzufassen sind, offen.[5]

13. Entsprechend ihrer bisherigen Praxis geht die WEKO vorliegend von einem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe unterteilt in die Segmente: Kleinstwagen, Kleinwagen, Mittelklasse, Obere Mittelklasse, Oberklasse, Luxusklasse oder Sportwagen, Mehrzweckwagen, SUV/Geländewagen und weiterhin leichte Nutzfahrzeuge (NFZ) unterteilt in Trsp A, Trsp B und Trsp C aus.[6] Die genaue sachliche Abgrenzung, ob Segmente zusammenzufassen sind, kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

14. In ihrem jüngsten Zusammenschlussentscheid im Fall Emil Frey AG/Peugeot (Suisse) SA/Citroën (Suisse) SA/Opel Suisse SA (RPW 2019/4, 1189 Rz 22 ff.) ist die WEKO aufgrund des Nachfrageverhaltens der Händler auf der Retailstufe, welche grundsätzlich Fahrzeuge aller Segmente beim Händler auf der Grosshandelsstufe nachfragen, davon ausgegangen, dass von einem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe (ohne eine Unterteilung in einzelne Segmente) auszugehen ist. Für diesen fasste die WEKO alle in Rz 13 erwähnten Segmente für Personenwagen und leichte Nutzfahrzeuge auf der Stufe Grosshandel zusammen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann auch vorliegend offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

15. Aufgrund analoger Überlegungen ist auch in Bezug auf den Markt für die Herstellung und Lieferung von Personenwagen und Nutzfahrzeugen gestützt auf das Nachfrageverhalten der Händler auf der Grosshandelsstufe, welche grundsätzlich auch Fahrzeuge aller Segmente (jedoch ihrer Marktstufe entsprechend) beim Hersteller nachfragen, von einem Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen (ohne eine Unterteilung in einzelne Segmente) auszugehen. Dieser Markt umfasst dementsprechend die in Rz 13 erwähnten Segmente für Personenwagen und leichte Nutzfahrzeuge auf der Stufe Herstellung und Lieferung. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

16. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO ist für den sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe und den sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt auszugehen.[7] Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

17. Für den sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen ist die WEKO bisher von nationalen Märkten ausgegangen, liess eine genaue räumliche Abgrenzung aber letztlich offen.[8] Es erscheint plausibel, dass die Nachfrager von Fahrzeugen der Hersteller, also die Importeure (für Länder oder Regionen), grundsätzlich in verschiedenen Ländern (oder Regionen) ansässig (bzw. für diese verantwortlich) sind und entsprechend für diese Gebiete Fahrzeuge nachfragen. Für den sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen ist daher in räumlicher Hinsicht von mindestens EWR+CH weiten Märkten auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse, auch bei einer engeren nationalen Abgrenzung, nicht verändert.

18. Sowohl Daimler als auch Geely sind in der Schweiz auf dem Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen, dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe und dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe in diversen Segmenten tätig.

19. Das GU plant, unter der Marke «smart» […] herzustellen und zu vertreiben. Die genannten Fahrzeuge würden, gemäss Angaben der Parteien, so positioniert, dass diese den beiden Segmenten Kleinstwagen und Kleinwagen zuzuordnen sind.

20. Der nachfolgenden Tabelle 1 sind die Marktanteile der Parteien auf dem Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen zu entnehmen.

Tabelle 1: Marktanteile Stufe Herstellung und Lieferung – EWR+CH

Marktanteile bei der Herstellung und Lieferung (2018, EWR+CH)			
	Daimler	**Geely**	**Daimler & Geely**
Personenwagen und leichte NFZ	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %

Bemerkung: NFZ=Nutzfahrzeuge; Quelle: Angaben und Schätzungen der Parteien.

[4] Vgl. u.a. RPW 2019/1, 148 Rz 12 und Rz 15, *AMAG Import AG/ ASAG-Betriebsaktivitäten*.
[5] RPW 2017/4, 568 Rz 13, *Peugeot SA/Opel*.
[6] RPW 2019/1, 148 Rz 12, A*MAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten* und RPW 2019/4, 1189 Rz 21, *Emil Frey AG/Peugeot (Suisse) SA/ Citroën (Suisse) SA/Opel Suisse SA*.
[7] Vgl. RPW 2019/1, 149 Rz 22, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*; RPW 2017/4, 570 Rz 31, *Peugeot SA/Opel*.
[8] RPW 2017/4, 569 Rz 27, *Peugeot SA/Opel*.

21. Der nachfolgenden Tabelle 2 sind die Marktanteile der Parteien auf dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe zu entnehmen.

Tabelle 2: Marktanteile Vertrieb Grosshandelsstufe - Schweiz

Marktanteile im Vertrieb Grosshandelsstufe (2018, Schweiz)			
	Daimler	**Geely**	**Daimler & Geely**
Personenwagen und leichte NFZ	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %

Bemerkung: NFZ=Nutzfahrzeuge; Quelle: Angaben und Schätzungen der Parteien.

22. Der nachfolgenden Tabelle 3 sind die Marktanteile der Parteien auf dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe in den beiden Segmenten Kleinstwagen und Kleinwagen zu entnehmen, wobei im Segment Kleinwagen die Parteien aktuell nicht tätig sind. Das GU plant jedoch in diesem Markt tätig zu werden (vgl. Rz 19).

23. Tabelle 3: Marktanteile Vertrieb Retailstufe (nach Segmenten) - Schweiz

Marktanteile im Vertrieb Retailstufe (2018, Schweiz, segmentbezogen)			
Segment	**Daimler**	**Geely**	**Daimler & Geely**
Kleinstwagen	[10–20] %	[0–10] %	[10–20] %
Kleinwagen	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %

Bemerkung: NFZ=Nutzfahrzeuge; Quelle: Angaben und Schätzungen der Parteien.

24. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

25. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den 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.

B 2.3	**9. Capvis V L.P./Tertianum Gruppe AG**

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 6. Februar 2020

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 12. Februar 2020

1. Am 15. Januar 2020 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Capvis V L.P. (nachfolgend: Capvis V) den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Tertianum Gruppe AG (nachfolgend: Tertianum Gruppe).

2. **Capvis V** ist als eine unabhängige Investmentmanagement-Unternehmung tätig. Dabei handelt es sich um einen Investmentfond mit grösstenteils institutionellen Investoren. Der General Partner von Capvis V, Capvis General Partner V Ltd. mit Sitz in Jersey, USA wird von der Capvis AG mit Sitz in Baar, Schweiz (nachfolgend: CEP) beraten. Zudem berät CEP die General Partner der Fonds Capvis Equity III L.P. (nachfolgend: Capvis III) und Capvis Equity IV L.P. (nachfolgend: Capvis IV). Nachfolgend werden Capvis III, Capvis IV und Capvis V unter Einschluss aller Portfoliogesellschaften, die diese Fonds kontrollieren, sowie deren General Partner, als **Capvis** bezeichnet.[1]

3. Die **Tertianum Gruppe**[2] bietet Dienstleistungen in den Bereichen «Betreutes Wohnen» und «Pflegedienstleistungen» an und wird derzeit von der SPS Beteiligungen Alpha AG, einer Tochtergesellschaft der Swiss Prime Site AG, gehalten.

4. Hintergrund der vorliegenden Transaktion ist einerseits der Umstand, dass sich die Swiss Prime Site AG «stärker auf das Kerngeschäft Immobilien ausrichtet»[3]. Andererseits stellt die Transaktion für Capvis eine Investitionsmöglichkeit dar, welche im Einklang mit der Strategie von Capvis steht, in Unternehmen zu investieren und so im Hinblick auf einen möglichen Verkauf von Wertsteigerungen zu profitieren.[4]

5. Die Tertianum Gruppe wird zurzeit ausschliesslich durch die Swiss Prime Site AG – über die SPS Beteiligungen Alpha AG – kontrolliert. Capvis V beabsichtigt, im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens 100 % der Anteile der Tertianum Gruppe von der Swiss Prime Site AG zu übernehmen.[5]

6. Der Erwerb soll über eine Reihe von zwischengeschalteten Limited Partnerships sowie über eine oder mehrere Holdinggesellschaften erfolgen. In den Limited Partnerships sind entweder der General Partner von Capvis V (Capvis General Partner V Ltd.), bzw. eine von ihm kontrollierte Einheit der General Partner. Demnach übt Capvis V über alle General Partner (somit auch gegenüber den Limited Partnerships) die Kontrolle aus. Zudem ist vorgesehen, dass sich verschiedene Co-Investoren als Limited Partner an der Investition beteiligen. Durch das Konstrukt haben weder die Limited Partners noch die Co-Investoren die Möglichkeit, in strategische Entscheide der Tertianum Gruppe zu intervenieren.[6]

7. Die Akquisitionsstruktur wird anhand der folgenden Grafik ersichtlich:

[…]

Abbildung 1: Akquisitionsstruktur (Quelle: Definitive Meldung, Beilage 5)

8. Capvis V erlangt demnach die vollständige Kontrolle über die Tertianum Gruppe, womit das Vorhaben als Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG[7] zu qualifizieren ist.

9. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG). Gemäss Parteiangaben erzielten die beiden beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2018 einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt [> CHF 500 Mio.] und weltweit einen Umsatz von insgesamt [CHF … Mio.] In der Schweiz erzielte Capvis im Jahr 2018 einen Umsatz von [> CHF 100 Mio.]. Die Tertianum Gruppe erzielte 2018 einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von [> CHF 100 Mio.]. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Jahr 2018 in der Schweiz insgesamt einem Umsatz von über CHF 500 Mio. und einzeln jeweils mehr als CHF 100 Mio.,[8] womit die Grenzwerte gemäss Artikel 9 Absatz 1 überschritten sind. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

[1] Zu den Tätigkeiten dieser Unternehmen vgl. Definitive Meldung vom 15. Januar 2020 (nachfolgend: Definitive Meldung), Rz 5 ff.
[2] Zu den Tochtergesellschaften vgl. Definitive Meldung, Beilage 3.
[3] Vgl. Medienmitteilung der Swiss Prime Site AG vom 13. Dezember 2019, <https://sps.swiss/de/medien/medienmitteilungen/medienmitteilung-detail/swiss-prime-site-verkauft-die-tertianum-gruppe-an-capvis> (27. Januar 2020).
[4] Vgl. Definitive Meldung, Rz 27.
[5] Vgl. Definitive Meldung, Rz 23.
[6] Vgl. Definitive Meldung, Rz 24.
[7] Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[8] Vgl. Definitive Meldung, Rz 29.

10. Betreffend der von der meldenden Partei vorgenommene Marktabgrenzung der relevanten Märkte der Tertianum Gruppe kann wie beim früheren Zusammenschluss *Swiss Prime Site/Tertianum* offengelassen werden, da durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.[9] Indes kann folgendes festgehalten werden:

- Im Hinblick auf die Marktstellung der Tertianum Gruppe im Bereich des betreuten Wohnens sind keine verlässliche, aktuelle und öffentlich abrufbare Daten verfügbar. Nach Angaben der Partei hält die Tertianum Gruppe einen Marktanteil von […] [0–10] % des entsprechenden Bereichs für realistisch. Hinsichtlich der zahlreichen Mitbewerber im genannten Segment ist diese Parteiangabe nachvollziehbar.[10]
- Im Segment der Pflegedienstleistungen schätzt die meldende Partei den Marktanteil der Tertianum Gruppe auf […] [0–10] % des Marktes. Auch bei einer Aufteilung des Pflegesegments in ambulante[11] und stationäre[12] Pflege würde der Anteil der Tertianum Gruppe nicht mehr als […] [0–10] % betragen. Vor dem Hintergrund der angegebenen Umsätze erscheint der aufgeführte Marktanteil der Tertianum Gruppe plausibel.

11. Nach Angaben der meldenden Partei ist keine der von Capvis kontrollierten Portfoliogesellschaften im Bereich der Tertanium Gruppe (Betreutes Wohnen und Pflegedienstleistungen in der Schweiz[13]) tätig.[14] Demnach führt das Zusammenschlussvorhaben zu keiner horizontalen Überschneidung der Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen. Ebenfalls ergeben sich für die Schweiz keine vertikalen Überschneidungen der Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen. Daher wurde dem Antrag der Zusammenschlussparteien auf erleichterte Meldung im Sinne von Art. 12 VKU[15] stattgegeben und es mussten keine Angaben zu nicht betroffenen Märkten oder zu Geschäftstätigkeiten, die vom Zusammenschluss nicht betroffen sind, gemacht werden.

12. Nach dem Gesagten könnte ein vom Zusammenschluss betroffener Markt lediglich dann vorliegen, wenn die Tertianum Gruppe in einem relevanten Markt über einen Anteil von 30 % oder mehr verfügen würde (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Gemäss den Oben gemachten Ausführungen ist dies nicht der Fall.

13. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den 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.

[9] Vgl. RPW 2013/3, 331 Rz 43 sowie 332 Rz 46, *Swiss Prime Site/Tertianum*.
[10] Vgl. Definitive Meldung, Rz 41.
[11] Der Branchenumsatz beträgt jährlich ca. CHF 3 Mia., wobei die Tertianum Gruppe einen Umsatz von CHF […] Mio. erwirtschaftet. Dies entspricht einem Marktanteil von […] [0–10] % (vgl. Definitive Meldung,
Rz 52).
[12] Der Branchenumsatz beträgt jährlich ca. CHF 10 Mia., der von der Tertianum Gruppe erzielte Umsatz betrug im Jahr 2018 CHF […] Mio. Dementsprechend beträgt der Marktanteil der Tertianum Gruppe […] [0–10] % (vgl. Definitive Meldung, Rz 51).
[13] Die räumliche Dimension der Tätigkeiten der Tertianum Gruppe ist – wegen den einheitlichen Wettbewerbsbedingungen, der schweizweiten Tätigkeit der Tertianum Gruppe sowie der Mitbewerber – national (vgl. RPW 2013/3, 331 Rz 42 sowie 332 Rz 45, *Swiss Prime Site/Tertianum*).
[14] Vgl. Definitive Meldung, Rz 31 f.
[15] Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

B 2	**7. Stellungnahmen** Préavis Preavvisi
B 2.7	**1. Stellungnahme der WEKO in der Vernehmlassung zum Gasversorgungsgesetz (GasVG)**

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. Februar 2020 zuhanden des Bundesamts für Energie in Sachen: Gasversorgungsgesetz – Vernehmlassung

Einleitende Bemerkungen

Ihren gesetzesmässigen Auftrag wahrnehmend[1] beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass nicht kommentierte Gesetzesbestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

Bei der Änderung von Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen orientiert sich die WEKO an der Prämisse, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass regulatorische Eingriffe nicht ohne zwingende Erfordernisse Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer begünstigen oder benachteiligen sollten. Der Gesetzesentwurf enthält diverse Bestimmungen, die aus wettbewerblicher Sicht von zentraler Bedeutung sind, etwa der Umfang der beabsichtigten regulatorischen Marktöffnungen in den Bereichen der Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden sowie des Messwesens, die Netzbewertung sowie die Vorgaben zur Entflechtung des Netzbetriebs und weiterer monopolisierter Tätigkeiten eines Gasversorgungsunternehmens (GVU) von den übrigen Geschäftsbereichen.

Wichtigste Anliegen aus wettbewerblicher Sicht

Die WEKO vertritt den Standpunkt, dass im Gasbereich **keine neuen rechtlichen Monopole** eingeführt werden sollen, die sich aus ökonomischer Sicht nicht begründen lassen und die zu volkswirtschaftlich und sozial schädigenden Marktabschottungen führen.

Die WEKO vertritt die Auffassung, dass eine **vollständige und diskriminierungsfreie Marktöffnung** im Bereich der **Erdgaslieferung** an Endkundinnen und Endkunden möglich und für die Entwicklung eines funktionstüchtigen Wettbewerbs von wesentlicher Bedeutung ist. Die im Erläuternden Bericht aufgeführten Argumente, die gegen eine «vollständige Marktöffnung» sprechen sollen, erscheinen aus wettbewerblicher Sicht nicht stichhaltig und sind empirisch nicht belegt.

Zudem spricht sich die WEKO dafür aus, dass **sämtliche** Endkundinnen und Endkunden sowie die Produzenten und Speicherbetreiber ihren **Dienstleister** im Bereich der **Verrechnungsmessung frei wählen** können. Eine rechtliche Monopolisierung des Messwesens im Gasbereich wäre für die WEKO insbesondere vor dem Hintergrund, dass neuerdings im Strombereich die Vollliberalisierung angedacht ist, nicht nachvollziehbar, da Messstellenbetreiber und Messdienstleistungsanbieter sowohl im Strom- als auch im Gasbereich parallel tätig sind. Daher befürwortet die WEKO auch im Gasbereich die «vollständige Marktöffnung» und die freie Anbieterwahl.

Weiter ist es der WEKO ein Anliegen, dass die Marktöffnung durch den Gesetzgeber nicht ohne Not hinausgezögert wird. Daher beantragt die WEKO, dass in den Übergangsbestimmungen auf eine **zusätzliche Frist** zur Entwicklung von **Standardlastprofilen** (SLP) verzichtet wird. Eine solche Frist erscheint aufgrund der konkreten Umstände nicht geboten und würde das Recht auf freie Anbieterwahl der Endkundinnen und Endkunden im Bereich der Erdgaslieferung ohne technische Rechtfertigungsgründe um ein weiteres Jahr hinausschieben sowie Anreize setzen, dass die Gasnetzbetreiber als angestammte Erdgaslieferanten die geforderten SLP nicht zeitnah ausarbeiten, um den Markteintritt von Konkurrenten zu behindern.

Betreffend die **Netzbewertung** vertreten wir den Standpunkt, dass aufgrund der Erfahrungen im Strombereich mittels der Regulierung sicherzustellen ist, dass **keine übermässigen Monopolgewinne** erzielt werden können, welche die vertikal integrierten Netzbetreiber potentiell in benachbarten Dienstleistungsmärkten einsetzen könnten, um die eigene Position zu verbessern und Konkurrenten zu behindern. Eine solche **Quersubventionierung** ist zu **verhindern**.

Flexibilitäten sollten nur dann dem Markt entzogen werden, wenn dies zur Aufrechterhaltung des stabilen Netzbetriebs und damit aus Gründen der Versorgungssicherheit erforderlich ist und gleichzeitig der diskriminierungsfreie Netzzugang gewährleistet werden kann.

Dass im GasVG auf konkrete Vorgaben zur **rechtlichen und funktionellen Entflechtung** des Netzbetriebs verzichtet werden soll, ist aus wettbewerblicher Sicht unbefriedigend, da dadurch für die Gasnetzbetreiber als angestammte Versorger Anreize zu Wettbewerbsverfälschungen, um sich einen Vorteil in anderen Märkten zu verschaffen, nach wie vor bestehen bleiben. Unter diesen Voraussetzungen ist mittels **Governance-Bestimmungen auf *Gesetzesstufe*** sicherzustellen,

[1] Art. 46 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

dass zentrale nichtstaatliche Akteure wie der Marktgebietsverantwortliche (**MGV**) oder ein allfälliger **Betreiber eines Datahubs** im Gasbereich **unabhängig** sind und deren Eigentümer keine Möglichkeit zur Einflussnahme auf die operationelle Tätigkeit dieser neuen Akteure haben.

Die WEKO begrüsst es ausdrücklich, dass ein **Spezialgesetz mit detaillierten Vorgaben in den Bereichen Netzzugang, Kapazitätsvergabe, Netzbewertung und Bilanzierung** geschaffen werden soll, die von sämtlichen Akteuren in der Schweiz einzuhalten sind. Hingegen ist die Weiterführung des bisherigen Regimes ohne spezialgesetzliche Regelung aus wettbewerblicher Sicht abzulehnen. Damit sich ein funktionierender Wettbewerb im Erdgaslieferbereich entwickeln kann, würde es nicht ausreichen, wenn lediglich in Bezug auf die Voraussetzungen für den Netzzugang mittels einer Überarbeitung von Art. 13 Abs. 2 RLG detailliertere Vorgaben geschaffen würden. Aus wettbewerblicher Sicht ist zentral, dass im Spezialgesetz regulatorische **Schutzbestimmungen zur Gewährleistungen eines diskriminierungsfreien Netzzugangs** sowie ein möglichst **wettbewerbsneutrales Tarifierungs- und Bilanzierungssystem** vorgesehen werden. Nur dadurch kann verhindert werden, dass die Gasnetzbetreiber als angestammte Versorger gegenüber Konkurrenten in den Erdgasliefermärkten aufgrund ihrer Monopolstellung im Netzbereich begünstigt werden. In diesem Zusammenhang ist auch festzustellen, dass die vorgesehene spezialgesetzliche Regelung der Rechtssicherheit besser dient als das Kartellrecht, welches nur den konkreten Einzelfall regeln kann. So führt die WEKO derzeit eine Untersuchung gegen zwei Gasnetzbetreiberinnen wegen möglicherweise unzulässigen Netzzugangsverweigerungen.[2] Ein Entscheid dazu wird zu gegebenem Zeitpunkt bekanntgegeben.

Wir gehen davon aus, dass sich insbesondere durch die Einführung eines **durchgängigen Entry-Exit-Systems (EES) ohne Citygates (Zweivertragsmodell)** und einer **Tagesbilanzierung** ein genügend liquider Markt für alle an das Gasnetz angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden entwickeln wird. Das Missbrauchs- und Diskriminierungspotential der Netzbetreiber als angestammte Versorger gegenüber Drittlieferanten auf dem Markt für Erdgaslieferungen an Endkundinnen und Endkunden könnte dadurch massgeblich eingeschränkt werden. Dies entspricht insbesondere auch den Ergebnissen der vom Bundesamt für Energie (BFE) in Auftrag gegebenen Studien. Weiter wird die Verpflichtung zur **separaten Ausweisung** der Gaslieferkosten, der Netznutzungskosten sowie der übrigen Kosten auf **Rechnungen** für Endkundinnen und Endkunden Transparenz schaffen, was dem Wettbewerb im Erdgaslieferbereich zugute kommt.

***Ad* Art. 1 – Zweck**

Antrag:

Die bisherige Formulierung in Art. 1 GasVG sei zu streichen. Stattdessen sei gesetzlich vorzusehen, dass das GasVG bezweckt, die Voraussetzungen für eine sichere Gasversorgung sowie für einen wettbewerbsorientierten Erdgasliefermarkt zu schaffen.
In den Erläuterungen sei im Kontext mit den neuen gesetzlichen Vorgaben auf den Ausdruck «Rahmenbedingungen» zu verzichten.

Begründung:

Die vorgeschlagene Formulierung der Zweckbestimmung ist an Art. 1 Abs. 1 StromVG[3] angelehnt. Aus Sicht der WEKO kommt dadurch besser zum Ausdruck, dass das GasVG durch die Regelung der Voraussetzungen für die Gewährung des Netzzugangs sowie Markteintrittshürden abbauende verbindliche Vorgaben einen funktionstüchtigen Wettbewerb im Bereich der Erdgaslieferung gewährleisten soll, was gemäss den Ausführungen im Erläuternden Bericht nebst der Sicherstellung der Versorgungssicherheit für den Erlass des Gesetzes wesentlich sein soll.[4]

Hingegen sollte in der Zweckbestimmung des GasVG auf den Ausdruck «Rahmenbedingungen» verzichtet werden, weil dies zu Missverständnissen bei der Rechtsanwendung führen könnte. Das GasVG enthält etwa *detaillierte* rechtsetzende Regelungen zum Netzzugang sowie zu den Netznutzungstarifen und den anrechenbaren Netzkosten. Zudem werden diverse weitere zentrale Aspekte im GasVG umfassend und abschliessend geregelt, etwa die Aufgaben und Zuständigkeiten der involvierten Akteure. Hierbei handelt es sich nicht um blosse «Rahmenbedingungen», welche der Gaswirtschaft grösseren Spielraum bei der Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben belassen würden, sondern um zwingende staatliche Vorschriften, deren Einhaltung die Energiekommission (EnCom) überwachen wird und die nicht mittels Branchendokumenten erweitert oder abgeändert werden können.

***Ad* Art. 5 – Entflechtung**

Antrag:

Es sei in Art. 5 GasVG ein zusätzlicher Absatz einzufügen, wonach die Transportnetzbetreiber zu verpflichten sind, innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten des GasVG den Netzbereich von den übrigen Tätigkeitsbereichen rechtlich und funktionell zu entflechten.

Begründung:

Eine Entflechtung ist nur dann wirksam, wenn dadurch die für vertikal integrierte Unternehmen bestehenden Anreize, Wettbewerber in Bezug auf den Netzzugang und dessen Ausgestaltung zu diskriminieren, beseitigt werden.[5] Netzbetreiber sind zur Gewährleistung von Transparenz (Art. 11 GasVG) sowie zur diskriminierungsfreien Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs verpflichtet (z. B. Art. 12, 13 und 17 GasVG). Der

[2] Vgl. www.weko.admin.ch > Aktuell > Medieninformationen > Medienmitteilungen 2019 > Medienmitteilung vom 31.1.2019, «WEKO eröffnet Untersuchung gegen Gasnetzbetreiber» (11.2.2020).
[3] Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).
[4] Gasversorgungsgesetz, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom September 2019 (zit. Erläuternder Bericht), 31.
[5] Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (ABl. L 211/94 vom 14.8.2009; nachfolgend: Richtlinie 2009/73/EG).

MGV wird in Zukunft insbesondere mit der Kapazitätsvergabe und dem Bilanzmanagement Funktionen übernehmen, die heute von den Transportnetzbetreibern wahrgenommen werden. Die Unabhängigkeit des von der Gaswirtschaft zu gründenden MGV kann ohne Entflechtung der Bereiche Netz und Energieversorgung in der Unternehmensstruktur der Netzbetreiber nicht vollumfänglich gewährleistet werden, sofern die Netzbetreiber den MGV kontrollieren können.[6] Daher sollte die Unabhängigkeit und überprüfbare Eigenständigkeit des Netzbetriebs von den übrigen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sichergestellt werden.

In Art. 5 GasVG ist lediglich die buchhalterische und informationelle Entflechtung des Netzbetriebs und der weiteren monopolisierten Bereiche von den übrigen Geschäftsbereichen vorgesehen. Aus Wettbewerbssicht erscheint es zumindest geboten, dass der Netzbereich der Transportnetzbetreiber auch rechtlich und funktionell von den übrigen Tätigkeitsbereichen entflochten wird, wie dies auch auf EU-Ebene vorgeschrieben und praktiziert wird.[7] Dadurch kann das Potential von vertikal integrierten GVU, ihre starke Marktstellung im Netzbereich – insbesondere bei der Preisgestaltung – zu missbrauchen, um Konkurrenten im Bereich der Erdgaslieferung zu behindern, verringert werden.

Im Rahmen der rechtlichen und funktionellen Entflechtung sollte insbesondere sichergestellt werden, dass vertikal integrierte GVU, welche im Bereich der Produktion, des Handels oder der Versorgung tätig sind, weder direkt noch indirekt Anteile an den Transportnetzbetreibern halten dürfen. Die Transportnetzbetreiber sollen ihrerseits nicht an einem vertikal integrierten GVU beteiligt sein und keine Dividenden oder andere finanziellen Zuwendungen von derartigen Unternehmen erhalten dürfen. Vertikal integrierte GVU sollen die operative Tätigkeit der Transportnetzbetreiber weder direkt noch indirekt beeinflussen können.[8]

Bereits heute, einige Jahre vor dem allfälligen Inkrafttreten des GasVG, ist die rechtliche Entflechtung der Transportnetzebene – im Sinne einer Strukturbereinigung als Grundvoraussetzung für fairen Wettbewerb im Bereich der Erdgaslieferung – in vollem Gange. Als Antwort auf die anstehende Liberalisierung des Erdgasmarktes beschlossen die an das Netz der Erdgas Ostschweiz AG (EGO) angeschlossenen lokalen Netzbetreiber (Aktionäre) die operative und rechtliche Entflechtung von Netzbetrieb und Gasbeschaffung. Die Abteilung Einkauf und Handel der EGO wurde in die Open Energy Platform AG (Open EP) überführt, die am 1. Oktober 2015 den Betrieb aufnahm. Die Gasbeschaffung für die Aktionäre von EGO erfolgt seit der rechtlichen Entflechtung der EGO durch Open EP.[9]

Zudem hat kürzlich die Swissgas AG (Swissgas) angekündigt, dass sie in den «*nächsten wenigen Jahren*» ihre Aktivitäten in den Bereichen Netz und Gasbeschaffung entflechten und sich auf ihre künftige Rolle als Netzgesellschaft von nationaler Bedeutung ausrichten werde.[10] Die Swissgas beabsichtigt, sich bis 2020 von der Erdgasbeschaffung zu entflechten und Anfang 2023, nach Ablauf des letzten noch bestehenden langfristigen Beschaffungsvertrages, nicht mehr in diesem Bereich tätig zu sein. Beschaffungsaufträge der Regionalgesellschaften werden gemäss Swissgas ab 2020 explizit nur noch an SET und OpenEP erteilt. Swissgas werde zudem ab Beginn der Entflechtungsumsetzung die beteiligungsseitige Verflechtung zwischen Swissgas und SET auflösen, wobei zu diesem Zweck sämtliche Aktien von Swissgas an SET von Gasverbund Mittelland AG (GVM), Gaznat SA (Gaznat) und der Erdgas Zentralschweiz AG (EGZ) übernommen würden.[11]

Um die Transportnetzebene rechtlich zu entflechten, wären daher nur noch Umstrukturierungen bei GVM, Gaznat und EGZ erforderlich.

Wir gehen daher davon aus, dass eine Frist von drei Jahren nach Inkrafttreten des GasVG (wohl nicht vor 2023) für die rechtliche und funktionelle Entflechtung der Schweizer Transportnetzbetreiber ausreichend ist.

***Ad* Art. 7 – freie Lieferantenwahl**

Antrag:

Die bisherige Formulierung in Art. 7 GasVG sei zu streichen. Stattdessen sei gesetzlich vorzusehen, dass die Gasnetzbetreiber verpflichtet sind, **sämtlichen** möglichen Netznutzern (Zwischenhändlern, Gasversorgern sowie Endkundinnen und Endkunden) den Netzzugang zu gewähren.

Begründung:

Kein neues rechtliches Monopol schaffen, welches die Entwicklung von Wettbewerb im Erdgaslieferbereich stark verlangsamen würde

Im Gesetzesentwurf ist in Art. 7 GasVG im Bereich der Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden die gesetzliche Verankerung einer so genannten «Teilmarktöffnung» vorgesehen.

Nach heute geltendem Recht bestehen sowohl im Bereich der Erdgaslieferung als auch im Bereich der Nutzung von Erdgasnetzen **keine gesetzlichen Monopole**. Der schweizerische Gasmarkt ist vielmehr bereits seit dem Inkrafttreten des Rohrleitungsgesetzes im Jahr 1964 vollständig geöffnet. Gestützt auf das Rohrleitungsgesetz sind die Netzbetreiber verpflichtet, das Erdgas durchzuleiten, auch wenn dieses nicht beim angestammten Gasversorger – sprich dem lokalen Netzbetreiber – gekauft wird, sofern die Durchleitung technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist, und wenn der Netznutzer eine angemessene Gegenleistung anbietet (vgl. Art. 13 Abs. 2 RLG[12]).

[6] Vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen zu Art. 28 und 29 GasVG.
[7] Vgl. Art. 17-23 der Richtlinie 2009/73/EG.
[8] Vgl. Art. 18 Abs. 3 und 4 der Richtlinie 2009/73/EG.
[9] https://openep.ch/ueber-uns/ > Geschichte; https://erdgasostschweiz.ch/fileadmin/Domain1/Geschaeftsberichte/GB_2014-15.pdf, 3; https://erdgasostschweiz.ch/fileadmin/Domain1/Geschaeftsberichte/GB_2017-18.pdf, 14 (11.2.2020).
[10] Medienmitteilung der Swissgas AG vom 25.6.2019; http://www.swissgas.ch/fileadmin/user_upload/swissgas/News/Medienmitteilung_Swissgas_Unbundling_25._Juni_2019_DE.pdf (11.2.2020).
[11] http://www.swissgas.ch/ > Downloads > Geschäftsbericht 2018, 36 (11.2.2020).
[12] Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 4.10.1963 (Rohrleitungsgesetz, RLG; SR 746.1).

Die angedachte gesetzliche Verankerung der so genannten «Teilmarktöffnung» für Endkundinnen und Endkunden mit einem jährlichen Verbrauch von mindestens 100 MWh würde die Entwicklung eines funktionierenden Wettbewerbs im Bereich der Erdgaslieferung im Vergleich zu heute unnötigerweise massiv behindern und wäre ein Rückschritt gegenüber der bestehenden rechtlichen Situation.

Ineffizienzen, überhöhte Monopolgewinne sowie daraus resultierende Wettbewerbsverfälschungen in reinen Dienstleitungsmärkten verhindern

Als Ziel der Marktöffnung wird die **Erhöhung der Effizienz** durch Wettbewerb zugunsten der ganzen Volkswirtschaft angegeben. Die Öffnung der Erdgasliefermärkte für Anbieter und die freie Lieferantenwahl der Endkundinnen und Endkunden sind die zentralen Voraussetzungen, um Wettbewerb und damit grösstmögliche Effizienz der Anbieter im Bereich der Gasversorgung sicherzustellen. Eine vom BFE in Auftrag gegebenen Studie[13] schätzt die Gesamtwohlfahrtseffekte auf einen Nettobarwert über 20 Jahre von rund 420 Millionen Franken, wobei für die rund 100 Gasversorgungsunternehmen (GVU) einmalige Umstellungskosten von 7 bis 16 Millionen Franken und für die Endkundinnen und Endkunden Einsparungen mit einem Nettobarwert von knapp 840 Millionen Franken resultieren dürften.[14] Dabei sollten sich die Preise für die Erdgaslieferung (unter Berücksichtigung der Grosshandelspreise) spürbar reduzieren.

Es kann daher nicht Ziel der Marktöffnung sein, lediglich für einzelne Verbrauchergruppen – zum Beispiel Grossabnehmer – günstige Lieferkonditionen für das Erdgas zu ermöglichen. Vielmehr sollte es darum gehen, **gesamtwirtschaftliche** Vorteile zu erzielen und diese durch eine «**vollständige**» **und diskriminierungsfreie** Öffnung des Monopolbereichs sämtlichen Verbrauchergruppen zukommen zu lassen.

Bei Einführung der vorgeschlagenen «Teilmarktöffnung» ist zu befürchten, dass in Bezug auf die gebundenen kleineren Gewerbe- und Haushaltskunden die heutigen hohen Margen im Bereich der Erdgaslieferung weiterhin in Rechnung gestellt würden, was **für die Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz jährliche Mehrbelastungen im mittleren zweistelligen Millionenbereich** verursachen würde. Die angedachte «Teilmarktöffnung» würde zudem zu einer **Ungleichbehandlung zwischen den freien und den gebundenen Endkundinnen und Endkunden** führen, die auf denselben Märkten tätig sind, was Wettbewerbsverzerrungen zur Folge hätte. Nach Auffassung der WEKO erscheint eine «vollständige Marktöffnung» aus Sicht des Wettbewerbs, wie diese im umliegenden Ausland bereits seit mehr als einem Jahrzehnt praktiziert wird, daher unumgänglich.

Je nach Ausgestaltung der regulatorischen Anforderungen in einem teilliberalisierten System hinsichtlich der Monopolpreise für gebundene Endkundinnen und Endkunden sowie der Kontrollmöglichkeiten des Spezialregulators – etwa geringfügige Sanktionsmöglichkeiten bei Gesetzesverstössen – bestehen für die Netzbetreiber erhöhte Anreize, übermässige Preise für Erdgaslieferungen in der regulierten Versorgung zu verlangen. Der dadurch erzielte Gewinn könnte etwa dafür eingesetzt werden, den im freien Markt belieferten Endkundinnen und Endkunden günstigere Konditionen für die Erdgaslieferung anzubieten, um den Kundenstamm zu erweitern, was eine Diskriminierung und Wettbewerbsverzerrung darstellen würde. Derartige negative Entwicklungen waren im Strombereich zu beobachten, wo die gesetzlich verankerte «Teilmarktöffnung» zu stetig zunehmenden Wettbewerbsverzerrungen führte.[15] Seit dem Inkrafttreten der Stromversorgungsgesetzgebung im Jahr 2009 lagen die Kleinkundentarife deutlich über dem saisonbereinigten Börsenpreis, zu dem Grosskunden Strom einkaufen können. Hätten die gebundenen Kleinkunden ebenfalls zu Marktpreisen einkaufen können, wären sie bis heute mit über vier Milliarden Franken weniger belastet worden.[16] Im Bereich der Gasversorgung könnten Unternehmen mit einem jährlichen Verbrauch knapp unterhalb der Schwelle von 100 MWh zu teureren Konditionen versorgt werden als Unternehmen mit einem Recht auf Netzzugang, die teilweise «back-to-back» zu den Konditionen im freien Markt beliefert werden. Diese durch die gesetzliche Ausgestaltung geschaffene Ungleichbehandlung würde in Märkten, in denen Unternehmen aus diesen beiden Kundengruppen tätig sind, zu **gesetzlich *legitimierten*** Wettbewerbsverzerrungen führen.

Markteintrittshürden für neue Anbieter durch künstliche Beschränkung der Nachfrageseite vermeiden

Ein funktionierender wirksamer Wettbewerb im Bereich der Gasversorgung setzt **hinreichende aktuelle und potentielle Konkurrenz** voraus, um Endkundinnen und Endkunden gute Leistungen zu fairen Preisen bereit zu stellen. Bei genügendem Konkurrenzdruck auf die Erdgaslieferpreise wären die lokalen Gasnetzbetreiber sowie die ihnen vorgelagerten Weiterverkäufer gezwun-

[13] Frontier Economics/INFRAS, Studie betreffend möglicher Vorgehensweisen bei einer Öffnung des Schweizer Gasmarktes, Bericht für das BFE vom Dezember 2015 (zit. Studie Frontier Economics/INFRAS), 74 f.

[14] Ein Teil der Einsparungen sind Verschiebungen von der Produzentenrente hin zur Konsumentenrente. Die Studie geht von einem «reinen» Wohlfahrtseffekt von 50 % der eingesparten CHF 840 Mio. aus. In Bezug auf die Konsumentenrente (nach Abzug der durch die Gasmarktöffnung bei den Gasunternehmen induzierten Kosten) wird in der Studie davon ausgegangen, dass sich (in Abhängigkeit der Wechselraten) in den ersten fünf Jahren nach dem Inkrafttreten der «vollständigen Marktöffnung» rund CHF 40 Mio. pro Jahr einsparen liessen. Zehn Jahre nach der Öffnung wird von einem Einsparpotential von rund CHF 70 Mio. pro Jahr ausgegangen; vgl. Studie Frontier Economics/INFRAS (Fn 13), 54 ff. In Bezug auf die gegenwärtige Produzentenrente kann festgestellt werden, dass aufgrund der von diversen Gasnetzbetreibern in ihren Geschäftsberichten ausgewiesenen Gewinne und operativen Geldflüsse («Cashflow») die Margen im Bereich der Erdgaslieferung an heute gebundene Endkundinnen und Endkunden von deutlich über 30 % keine Seltenheit zu sein scheinen.

[15] Im Bereich der Stromversorgung zeigte sich dies etwa wie folgt: Spätestens ab dem Jahr 2014, als die Grosshandelspreise unter die Gestehungskosten der inländischen Energieerzeugungsanlagen fielen, wiesen diverse Verteilnetzbetreiber entgegen den bis Ende Mai 2019 geltenden Vorgaben in Art. 6 Abs. 5 StromVG die Kosten der Eigenproduktion primär der Grundversorgung zu, wodurch einzig die freien Kunden von den auf dem Markt erzielten Preisvorteilen und somit günstigeren Strompreisen profitieren konnten; vgl. Newsletter 6/2016 und 7/2016 der ElCom sowie Mitteilung der ElCom vom 22.12.2016; www.elcom.admin.ch > Dokumentation (11.2.2020).

[16] Zu diesem Ergebnis kommt eine Analyse von Enerprice im Auftrag der Handelszeitung; vgl. MICHAEL HEIM, Leuthards teure Verspätung, in: Handelszeitung vom 8.11.2018, 3.

gen, ihr Beschaffungs- und Vertriebssystem effizienter auszugestalten, was aus volkswirtschaftlicher Sicht sehr zu begrüssen wäre.

Damit ein wirksamer Wettbewerb entstehen kann, ist unter anderem eine genügende Anzahl von potentiellen Endkundinnen und Endkunden (Marktgegenseite) erforderlich. Dies wäre im Gasbereich nur unter der Voraussetzung gewährleistet, dass **sämtliche** an ein Rohrleitungsnetz angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden ihren Erdgaslieferanten frei wählen können. Aufgrund der Abwicklung des Netzzugangs unter den Voraussetzungen der Verbändevereinbarung sind nur 0,1 % der Endkunden, die 9 % des Verbrauchs ausmachen, netzzugangsberechtigt. Mit einem Schwellenwert von 100 MWh wären in der Schweiz gemäss BFE rund 10 % der an ein Rohrleitungsnetz angeschlossenen Verbrauchsstätten netzzugangsberechtigt. In absoluten Zahlen betrachtet handelt es sich um ca. 40 000 Verbrauchsstätten. Die an die übrigen 360 000 Verbrauchsstätten angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden hätten hingegen keine Möglichkeit, ihren Erdgaslieferanten frei zu wählen und würden dem Versorgungsmonopol des für sie zuständigen Gasnetzbetreibers unterstehen.[17]

Ein Drittlieferant ohne eigenes Gasnetznetz ist darauf angewiesen, eine gewisse Anzahl an Endkundinnen und Endkunden pro Bilanzzone in seinem Portfolio zu haben, um gegenüber den Netzbetreibern konkurrenzfähig zu sein. Bei Abweichungen des effektiven Verbrauchs gegenüber dem prognostizierten Verbrauch schulden die Endkundinnen und Endkunden respektive deren Drittlieferanten als Teilnehmer einer Bilanzgruppe dem Bilanzgruppenverantwortlichen ein Entgelt. Je grösser und vielschichtiger das Endkundenportfolio eines Lieferanten ist, desto geringer ist sein Risiko, bei Abweichungen eine Entschädigung zahlen zu müssen. Wenn diverse kleinere Endkundinnen und Endkunden eines Lieferanten teilweise etwas mehr und andere etwas weniger Gas verbrauchen, als dem Bilanzzonenverantwortlichen am Vortag gemeldet wurde, heben sich diese Abweichungen innerhalb einer Bilanzgruppe auf. Diesbezüglich wird von «**Verschachtelungseffekten**» gesprochen. Heute ist es so, dass allergrösstenteils die Netzbetreiber als angestammte Lieferanten von solchen Verschachtelungseffekten profitieren können; dies insbesondere auch aufgrund der Tatsache, dass gemäss der Verbändevereinbarung lediglich grosse Industriekunden netzzugangsberechtigt sind und grosse Wärmekunden, KMU und Haushalte sich nicht von einem Drittanbieter beliefern lassen können. Mit zunehmender Anzahl Endkundinnen und Endkunden im Portfolio könnten auch Drittlieferanten in grösserem Ausmass von solchen Verschachtelungseffekten profitieren.

Eine «Teilmarktöffnung» würde die Entwicklung eines funktionierenden Wettbewerbs im Erdgaslieferbereich unter diesen Gesichtspunkten *stark verlangsamen*. Auch aufgrund der erfahrungsgemäss eher tiefen Wechselraten in den ersten Jahren nach Inkrafttreten der neuen regulatorischen Vorgaben ist für die WEKO eine «vollständige Marktöffnung» mittels eines Spezialgesetzes unabdingbar.

Auch Erfahrungen im grenznahen Ausland haben gezeigt, dass eine «vollständige Marktöffnung» nach etwas Vorlaufzeit die *Zahl der Anbieter im Bereich der Gasversorgung vervielfachen* würde. So hat sich etwa in Österreich gemäss der Aufsichtsbehörde E-Control nach der regulatorischen Einführung der «vollständigen Marktöffnung» die Anzahl der Anbieter innerhalb von 15 Jahren verdreifacht und die Wechselrate ist von 1 % auf 5 % gestiegen.[18] Auch in Deutschland hat sich seit der Schaffung einer entsprechenden Rechtsgrundlage die Anzahl der im Markt aktiven Gaslieferanten in den verschiedenen Netzgebieten stetig positiv entwickelt, wodurch Druck auf die Höhe des Entgelts für die Gaslieferung der Netzbetreiber und angestammten Versorger ausgeübt wird.[19]

Zu den Argumenten im Erläuternden Bericht gegen eine «vollständige Marktöffnung»

Im Erläuternden Bericht wird ausgeführt, dass seitens des BFE keine «vollständige Marktöffnung» vorgeschlagen werde, hänge insbesondere mit der in Zukunft abnehmenden Bedeutung des Energieträgers Erdgas im Wärmebereich zusammen. Zudem sei es vorstellbar, dass Wettbewerb im Bereich der Erdgaslieferung die Arbeiten der Gasnetzrückbauten, für welche eine langjährige Planung erforderlich sei, erschweren würde. Vor dem Hintergrund, dass die Gasversorger überwiegend im Eigentum der öffentlichen Hand stünden, welche den Umbau der Wärmeversorgung planen und finanzieren müsse, biete eine «Teilmarktöffnung» für die Kommunen zwei Vorteile: Einerseits könnten die Kommunen vorgeben, dass den gebundenen Endkundinnen und Endkunden zu einem gewissen Anteil erneuerbares Erdgas geliefert werden müsse. Andererseits hätten die Kommunen im Falle einer «Teilmarktöffnung» mit dem Netzbetreiber lediglich einen zentralen Ansprechpartner.[20]

[17] Erläuternder Bericht (Fn 4), 18.

[18] https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20171005_OTS0082/e-control-15-jahre-gasmarktoeffnung-mehr-anbieter-mehr-auswahl-bild (11.2.2020). Insgesamt 40 Erdgaslieferanten, fast die Hälfte davon sind Drittanbieter ohne eigenes Gasnetz, beliefern 1,3 Millionen Haushalts- und Kleinkunden in Österreich. Im Marktgebiet Ost können Haushalte zwischen mehr als 65 Angeboten von 25 und mehr Anbietern wählen. Im Marktgebiet West Tirol/Vorarlberg hat sich seit der Einführung des neuen Marktmodells und der Öffnung des Retailmarktes im Oktober 2013 das Angebot kontinuierlich erweitert. Während es noch im Jahr 2012 mit goldgas nur einen alternativen Anbieter gab, bekamen Kleinkunden im Jahr 2017 bis zu 47 Angebote von 19 unterschiedlichen Anbietern; vgl. Marktbericht der Energy-Control Austria 2017, 50; https://www.e-control.at/publikationen/marktberichte (11.2.2020).

[19] In 93 % der Netzgebiete waren 2017 mehr als 50 Gaslieferanten tätig. In über 56 % der Netzgebiete standen den Endkundinnen und Endkunden mehr als 100 Erdgaslieferanten zur Auswahl. Bei gesonderter Betrachtung des Bereichs der Haushaltskunden ist die Entwicklung ähnlich positiv: In rund 87 % der Netzgebiete standen den Haushaltskunden 50 oder mehr Erdgaslieferanten zur Auswahl. In 40 % der Netzgebiete waren mehr als 100 Erdgaslieferanten aktiv tätig. Im bundesweiten Durchschnitt kann eine Endkundin oder ein Endkunde in dem Netzgebiet, in welchem sie resp. er an das Gasnetz angeschlossen ist, zwischen 116 verschiedenen Erdgaslieferanten wählen, im Bereich der Haushaltskunden liegt dieser Durchschnitt bei 98 Erdgaslieferanten; vgl. Bundesnetzagentur, Monitoringbericht 2018, 335; https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Mediathek/Monitoringberichte/Monitoringbericht2018.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (11.2.2020).

[20] Erläuternder Bericht (Fn 4), 12.

Die zur Begründung der «Teilmarktöffnung» vorgebrachten Gründe überzeugen nicht. Aus Sicht der WEKO besteht aus volkswirtschaftlicher Sicht kein plausibler Grund, weshalb der Erdgasliefermarkt in der Schweiz regulatorisch begrenzt werden sollte. Die Schweiz ist bereits heute an die internationalen Handelsplätze in Deutschland und Frankreich angebunden. Wird das System diskriminierungsfrei ausgestaltet und erhalten Dritte für die Belieferung sämtlicher Endkundinnen und Endkunden Netzzugang, bestehen keine Hürden für die Entwicklung eines funktionierenden schweizweiten Wettbewerbs. Mittels der Beschränkung der freien Lieferantenwahl durch die neu angedachten regulatorischen Vorgaben wird der Markt für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden hingegen *künstlich* verkleinert und für Drittanbieter unattraktiv gemacht. Drittanbieter sind nicht nur mengen-, sondern auch anzahlmässig auf hinreichende Nachfrage angewiesen, um überhaupt in den Markt eintreten zu können.

Nur weil die Bedeutung der Gasversorgung in fernerer Zukunft möglicherweise abnehmen könnte, ist dies aus wettbewerblicher Sicht keine Legitimation dafür, insbesondere Endkundinnen und Endkunden, die vor Kurzem eine neue Erdgasheizung eingebaut haben und diese noch mehrere Jahrzehnte betreiben werden, das Recht auf Netzzugang zu verweigern und sie zu zwingen, das Gas zu tendenziell überteuerten Konditionen vom Netzbetreiber/Monopolisten abzunehmen. Im Weiteren ist angesichts der unsicheren Verhandlungen zu einem Stromabkommen zwischen der Schweiz und der EU fraglich, ob es ohne Abkommen und ungenügendem Ausbau von erneuerbaren Energien nach 2030 in der Schweiz nicht zu Investitionen in Gaskraftwerke kommen könnte, wie es Forschende der EPFL und der Universität St. Gallen kürzlich aufgezeigt haben.[21] Überdies vertritt auch die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) als zuständige Aufsichtsbehörde im Bereich der Stromversorgungssicherheit seit geraumer Zeit die Auffassung, dass der Bau von Gaskombikraftwerken ernsthaft in Erwägung zu ziehen ist, um die längerfristige Energieversorgung in der Schweiz sicherzustellen.[22]

Wie im Erläuternden Bericht richtig ausgeführt wird, würde eine «vollständige Marktöffnung» dazu führen, dass die heute regelmässig überhöhte Monopolrente der Gasnetzbetreiber für die Erdgaslieferung gegenüber den gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden abgebaut würde, was aus wettbewerblicher Sicht als zwingend geboten erscheint.

Überdies ist davon auszugehen, dass sich nicht nur die Gewinne, sondern auch die *Kosten für die Erdgasbeschaffung* (exkl. den gegebenen Marktpreis) im Falle einer Konkurrenzsituation verringern werden. Die Gasversorger werden bei Verwirklichung der «vollständigen Marktöffnung» *einen verstärkten* Anreiz erhalten, auch für die heute faktisch gebundenen kleineren Gewerbe- und Haushaltskunden möglichst kostengünstig Erdgas einzukaufen und insofern ihre Beschaffungsstrategie zu optimieren (z. B. vermehrt *kurzfristige* Erdgasbeschaffung über internationale Handelsplätze) *und* diesen Vorteil auch an die Endkundinnen und Endkunden weiterzugeben.

Dass sich auch in kleinem Raum Wettbewerb entwickeln kann, zeigt sich beispielsweise in Bezug auf das Fürstentum Liechtenstein. Als EWR-Mitgliedstaat hat Liechtenstein den Gasmarkt vollständig geöffnet. Händler beziehen das Erdgas zur Versorgung von Endkundinnen und Endkunden vom Central European Gas Hub (CEGH) in Österreich. Die gesetzliche Verankerung des Rechts auf Netzzugang zur Belieferung *sämtlicher* Endkundinnen und Endkunden führte dazu, dass die liechtensteinische Gasversorgung (LGV), die angestammte Netzbetreiberin in Liechtenstein, von Oktober 2014 bis September 2018 Preisreduktionen auf den Kosten für die Erdgaslieferung im Umfang von rund 40 % (aufgrund von tieferen Preisen an den Handelsmärkten sowie durch eine effizientere Ausgestaltung des internen Beschaffungsund Vertriebssystems) direkt an ihre Endkundinnen und Endkunden weitergab.[23] Es darf bezweifelt werden, dass die tieferen Bezugskosten unter dem Regime einer «Teilmarktöffnung» ohne Konkurrenzdruck von Drittanbietern in diesem Ausmass an die kleineren Haushalts- und Gewerbekunden weitergegeben worden wären.[24]

Nebst den bereits heute operationell in der Schweiz im Bereich der Gasversorgung tätigen Händlern Enerprice und Axpo würde es eine «vollständige Marktöffnung» auch weiteren EVU wie Alpiq und BKW oder Akteuren aus dem grenznahen Ausland ermöglichen, in den Markt für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden einzutreten, was den Wettbewerb verbessern würde. Beispielsweise wäre wohl auch die in Liechtenstein domizilierte Gashändlerin Athina AG daran interessiert, kleinere Haushalts- und Gewerbekunden in der Schweiz mit einem jährlichen Verbrauch unter 100 MWh mit Erdgas zu beliefern. Der Eintritt weiterer Akteure in den Markt könnte zudem dazu führen, dass die angestammten Versorger der heute faktisch gebundenen Endkun-

[21] http://www.snf.ch/de/fokusForschung/newsroom/Seiten/news-191205-medienmitteilung-die-schweiz-verliert-weiter-an-einfluss-in-der-europaeischen-energiepolitik.aspx (11.2.2020).

[22] Vgl. Laurianne Altweg (Vizepräsidentin ElCom), Referat am ElCom-Forum 2019 vom 15.11.2019 in Basel, 8 f.; www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Veranstaltungen > ElCom-Foren > ElCom-Forum 2019 (11.2.2020). Siehe hierzu auch: Gaskraftwerke müssen enttabuisiert werden, Interview mit dem abtretenden ElCom-Präsidenten Carlo Schmid-Sutter, in: NZZ vom 21.12.2019, 14 f.

[23] Liechtensteiner Vaterland vom 11.9.2018, 3; www.lgv.li/files/attachments/2018-09-11_Vaterland_Erdgaspreiserhoehung_ab_Okt_2018.pdf (11.2.2020).

[24] Beispielsweise weigerten sich die Industriellen Werke Basel (IWB), eine Empfehlung des Preisüberwachers umzusetzen und Preisreduktionen der Vorlieferantin für die Erdgaslieferung in den Jahren 2013 und 2014 an die Endkunden weiterzugeben. Die Nichtweitergabe wurde seitens IWB damit begründet, dass zum Zeitpunkt der rechtlichen Ausgliederung von IWB im Jahr 2012 eine Neubewertung der Gasnetzinfrastruktur stattgefunden habe, wodurch die Preisreduktion bei der Gaslieferung kompensiert worden sei; vgl. MARTIN REGENASS, Preisüberwacher rüffelt IWB. Die Industriellen Werke Basel hätten 2013 und 2014 die Gaspreise senken müssen, in: Basler Zeitung vom 29.1.2016, 21. Da nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Netzbewertung vor der rechtlichen Ausgliederung bei IWB einen Verlust generierte, lässt dies gleichzeitig den Schluss zu, dass die Neubewertung zu erheblichen Mehrbelastungen der Netznutzer führte (aufgrund von Aufwertungen von bereits abgeschriebenen und von den Endkunden bezahlten Anlagerestwerten); vgl. die nachfolgenden Ausführungen zu Art. 19 GasVG.

dinnen und Endkunden aufgrund des zunehmenden Preisdrucks ihr eigenes Vertriebssystem effizienter ausgestalten und an die Wettbewerbssituation anpassen würden.

Im Weiteren ist es nicht nachvollziehbar, inwiefern die Anzahl der im Erdgas*lieferbereich* tätigen Akteure auf dem Gebiet einer bestimmten Stadt oder Gemeinde einen Zusammenhang mit dem Planungsaufwand der Kommunen im Falle von Leitungsstilllegungen haben sollte. Sollte strategisch der Abbruch des Gasnetzes beschlossen werden, bleiben die primären Ansprechpartner der Kommunen auch im Falle einer «vollständigen Marktöffnung» im Erdgaslieferbereich die Netzbetreiber sowie die Endkundinnen und Endkunden, die *vorzeitig* vom Gasnetz getrennt werden sollen, obwohl ihre Gasheizung noch funktionieren würde (Gasheizkessel haben eine Lebensdauer von mind. 15 Jahren). Derartige Stilllegungen sind *langwierige* Prozesse, welche mehrere Jahre im Voraus angekündigt werden müssen. Gaslieferverträge werden aufgrund der Preisvolatilität jedoch kaum über mehr als einen Zeitraum von drei Jahren abgeschlossen. Insofern ergibt sich aus Sicht der WEKO auch potentiell kein zusätzlicher Koordinationsaufwand für die Kommunen, falls in Zukunft Rohrleitungsnetze definitiv stillgelegt werden sollten, wenn nicht sämtliche Endkundinnen und Endkunden auf ihrem Gebiet durch den örtlich zuständigen Gasnetzbetreiber versorgt werden, sondern auch Drittanbieter im betreffenden Erdgasliefermarkt tätig sind.

Überdies ist es seitens der Kantone und Gemeinden nicht nur in Bezug auf Gasheizungen, sondern auch hinsichtlich der noch CO_2-schädlicheren Ölheizungen strategisch angedacht, dass diese mittel- und langfristig durch CO_2-freundliche erneuerbare Energieträger ersetzt werden sollen. Aufgrund der Klimaziele, zu denen sich die Schweiz verpflichtet hat, ist damit zu rechnen, dass nicht nur die Anzahl der Gasheizungen, sondern insbesondere auch die Anzahl der Ölheizungen in der Schweiz in den nächsten Jahrzehnten kontinuierlich abnehmen wird. Soweit ersichtlich wurde es aber hinsichtlich des Verkaufs von Erdöl an Endkundinnen und Endkunden bislang von keiner Seite ernsthaft in Erwägung gezogen, diese Tätigkeit rechtlich zu monopolisieren und exklusiv an staatlich beherrschte Unternehmen zu übertragen. Ebenso wenig ist in diesem Bereich angedacht, die Preise für Öllieferung *über die CO_2-Gesetzgebung hinaus* für die *kleineren* Gewerbe- und Haushaltskunden künstlich zu verteuern und diesen den Bezug von Erdöl zu Wettbewerbskonditionen zu verunmöglichen.

Durch die Einführung eines rechtlichen Monopols für kleinere Haushalts- und Gewerbekunden würde diesen zudem die Möglichkeit genommen, den Lieferanten zu wechseln, um qualitativ hochwertigeres Biogas einzukaufen, welches einen geringeren CO2-Anteil als konventionelles Erdgas aufweist. Nicht alle Netzbetreiber in der Schweiz bieten ihren Endkundinnen und Endkunden Biogas aus einheimischer Produktion an. Unter der «vollständigen Marktöffnung» könnten innovative Angebote im Bereich der einheimischen Biogasproduktion *ohne wettbewerbsverzerrende Subventionen* am Markt angeboten und abgesetzt werden.

Im Weiteren ist das Argument im Erläuternden Bericht, wonach es den Kommunen *einzig* eine gesetzliche «Teilmarktöffnung» ermögliche, ihren lokalen GVU Vorgaben hinsichtlich ihres Energieportfolios zu machen, unzutreffend. Die Städte und Gemeinden haben – *unabhängig* von der Frage des Regulierungsgrades im Bereich der Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden – als Eigentümer der GVU sowohl nach geltendem Recht als auch künftig die *Möglichkeit*, über deren Beschaffungsstrategie zu bestimmen. Bereits heute versorgen diverse Stadtwerke die Endkundinnen und Endkunden aufgrund einer entsprechenden kommunalen Eigentümerstrategie zu einem gewissen Mindestanteil mit Biogas, ohne dass hierzu eine bundesrechtliche Vorgabe bestehen würde.[25] Der diesbezügliche Handlungsspielraum würde bei einer «vollständigen Marktöffnung» in keiner Weise eingeschränkt. Die lokalen Netzbetreiber hätten ohne gebundene Endkundinnen und Endkunden einzig keine *absolute* Garantie, das Biogas zum Einkaufspreis mit zusätzlichem Gewinn verkaufen zu können. Ein solches Privileg würde jedoch zu **Wettbewerbsverzerrungen gegenüber Drittlieferanten ohne eine solche Absatzgarantie** führen und den fairen Wettbewerb im Bereich des (**grösstenteils im *Ausland* produzierten**) Biogases beeinträchtigen.

Zudem liesse sich eine Beschränkung des Erdgasliefermarktes mittels der so genannten «Teilmarktöffnung» auch nicht mit dem Argument legitimieren, dass dadurch der **Umsetzungsaufwand** bei den Netzbetreibern gegenüber der «vollständigen Marktöffnung» geringfügiger wäre. Aus Sicht des WEKO sowie gemäss den Ergebnissen in der vom BFE in Auftrag gegebenen Studie von Frontier Economics und INFRAS würde der mit der «vollständigen Marktöffnung» einhergehende volkswirtschaftliche Nutzen die allfälligen Umstellungskosten überwiegen.[26] Gestützt auf die Verbändevereinbarung sind heute schweizweit rund 400 Endkundinnen und Endkunden netzzugangsberechtigt. Bei Einführung der «Teilmarktöffnung» erhielten die Eigentümer von 40 000 Verbrauchsstätten das Recht auf Netzzugang.[27] Insofern müssten Netzbetreiber, welche ihre Systeme zur Abwicklung des Netzzugangs bislang nicht automatisiert haben, auch bei einer «**Teilmarktöffnung**» **im vergleichbaren Umfang** Umstellungen vornehmen. Die

[25] Vgl. bspw. die Medienmitteilung des Gemeinderats der Stadt Bern und von Energie Wasser Bern (ewb) vom 22.11.2018; https://www.bern.ch/mediencenter/medienmitteilungen/aktuell_ptk/biogasanteil-wird-erhoeht (11.2.2020). Zudem kann etwa auf die geplante Änderung der Eigentümerstrategie der Stadt Frauenfeld im Kontext mit der Beschaffung von Biogas ihres Stadtwerks hingewiesen werden; https://www.tagblatt.ch/ostschweiz/frauenfeld/das-ende-des-erdgas-zeitalters-ist-nah-nun-suchen-die-frauenfelder-werkbetriebe-nach-ersatz-ld.1155001 (11.2.2020).

[26] Die Studie von Frontier Economics und INFRAS (Fn 13, 74) kommt zum Schluss, dass die einmaligen Umstellungskosten für die Gasnetzbetreiber insgesamt ca. CHF 7 bis CHF 16 Mio. betragen dürften. Bei rund 100 Gasnetzbetreibern macht dies durchschnittlich CHF 70 000 bis CHF 160 000 aus. Was die Kosten für neu anzuschaffende Infrastruktur anbelangt, ist davon auszugehen, dass es sich dabei grösstenteils um regulatorisch aktivierbare Anlagewerte handeln wird, bei denen die Abschreibungen in die Netznutzungstarife eingerechnet werden dürfen.

[27] Erläuternder Bericht, 18.

Prozesse zur Abwicklung des Netzzugangs sind also unabhängig vom künftigen Liberalisierungsgrad zu professionalisieren, um die potentielle Nachfrage erfüllen zu können. Dafür sind insbesondere automatisierte Energiedatenmanagementsysteme erforderlich. Solche Systeme, die sowohl für den Strombereich als auch für den Gasbereich parallel eingesetzt werden können, werden seit geraumer Zeit auf dem Markt angeboten.[28] Es sind schlüsselfertige Lösungen im Bereich der intelligenten Messgeräte und der Datenübertragung erhältlich inkl. der gesamten Integration sämtlicher Energieträger (Strom, Gas, Wasser), um die Prozesskosten möglichst tief zu halten. Diese Systeme sind in der Lage, Messdaten automatisiert zu sammeln und auszuwerten.[29] Bei diversen Gasnetzbetreibern sind die Voraussetzungen für die automatische Prozessabwicklung im Falle einer Drittbelieferung bereits heute gegeben.[30] Im Übrigen geht die WEKO im Sinne der Ausführungen im Erläuternden Bericht[31] davon aus, dass Investitionen in solche Systeme auch nach Inkrafttreten des GasVG als Basis bei der Berechnung der anrechenbaren Kapitalkosten berücksichtigt werden könnten, weil sie für den sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetrieb erforderlich sind (vgl. Art. 19 Abs. 1 und 3 GasVG), wodurch sich die allfälligen finanziellen Mehrbelastungen der Netzbetreiber im Kontext mit der Systemumstellung in engen Grenzen halten würden. Weiter ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Gasnetzbetreibern überwiegend um Querverbundunternehmen handelt, die auch im Strombereich tätig sind und von entsprechenden Synergien und Erfahrungen profitieren können.[32]

Im Übrigen ist die mit der gesetzlichen Verankerung einer «Teilmarktöffnung» einhergehende Zementierung des heute *faktischen* Versorgungsmonopols der Netzbetreiber zur Belieferung von kleineren Haushalts- und Gewerbekunden auch rein konzeptionell nicht nachvollziehbar. Gemäss den Erläuternden Bericht seien sämtliche Rechtsbeziehungen zwischen Akteuren der Gaswirtschaft sowie den Endkundinnen und Endkunden **privatrechtlicher** Natur. Dies gelte insbesondere auch für die Erdgaslieferung der Netzbetreiber an Endkunden ohne Netzzugang. Aus der Kontrahierungspflicht der gebundenen Endkundinnen und Endkunden lasse sich nicht folgern, dass es sich beim Netzbetrieb um eine staatliche Aufgabe handle. Die regulierte Versorgung stelle keine Form des Service public dar.[33] Das Gesetz vermittle den Endkundinnen und Endkunden und Erzeugern keinen Anspruch auf Netzanschluss.[34]

Hinreichende Gründe, die den mit einer blossen «Teilmarktöffnung» verbundenen Eingriff des Staates in die rein privatrechtlichen Rechtsverhältnisse zwischen den Endkundinnen und Endkunden sowie den Erdgaslieferanten legitimieren würden, liegen nicht vor. Im Zusammenhang mit der Kontrahierungspflicht der Endkundinnen und Endkunden ohne Netzzugang könnte vielmehr ein **Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit** von bestimmten Endkundinnen und Endkunden sowie insbesondere von dritten Erdgaslieferanten vorliegen, da diese in ihrer Erwerbstätigkeit – dazu gehört auch die freie Wahl der Vertragspartner – eingeschränkt werden.[35] Auch unter Berücksichtigung der Erläuterungen ist aus Sicht der WEKO kein öffentliches Interesse ersichtlich, welches es rechtfertigen würde, bestimmten Endkundinnen und Endkunden **abhängig von ihrem Verbrauch** die Wahl des Erdgaslieferanten auf *unbestimmte resp. unbegrenzte* Zeit zu verbieten.[36] Zudem erscheint die Verhältnismässigkeit eines solchen Eingriffs zweifelhaft. Es gibt mildere Mittel als ein für kleinere Haushalts- und Gewerbekunden geltendes *Verbot* der freien Lieferantenwahl, um *längerfristig* eine nachhaltige und umweltschonende Wärmeversorgung sicherzustellen; etwa finanzielle Anreize für einen Wechsel zu einem erneuerbaren Heizsystem **nach** dem Lebensende des bisherigen Heizsystems oder strengere Vorgaben für **sämtliche** Endkundinnen und Endkunden im Rahmen der CO_2-Gesetzgebung.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass es seitens der EU bis heute zu keinem Zeitpunkt angedacht war, die im Rahmen der «**vollständigen Marktöffnung**»[37] seit über einem Jahrzehnt bestehende Verpflichtung der Netzbetreiber zur Gewährleistung des **diskriminierungsfreien** Netzzugangs im Gasbereich zur Belieferung **sämtlicher** Endkundinnen und Endkunden aufzuheben und den Wettbewerb in den Erdgasliefermärkten zu beschränken[38]; dies, obwohl sich die EU-Mitgliedstaaten wie die Schweiz im Rahmen des Pariser Klimaschutzübereinkommens zur Einhaltung von ambitionierten Zielvorgaben verpflichtet haben und sich auch die EU verbindliche Richtwerte hinsichtlich der Energiewende gesetzt hat[39]. Demnach ist es aus Sicht der EU möglich, die Energiewende zu schaffen, **ohne den Wettbewerb im Bereich der Erdgaslieferung einzudämmen** und potentielle Konkurrenten der Netzbetreiber vom Markt um kleinere Haushalts- und Gewerbekunden auszuschliessen.

[28] https://www.optimatik.ch/loesungen/energiedatenmanagement (11.2.2020).
[29] Z. B. Meter-Data-Management Sagemcom Fröschl GmbH und Smart Metering- und Smart Grid-System GRIDSTREAM AIM Landis+Gyr.
[30] Gasverbund Mittelland AG (GVM), Geschäftsbericht 2017/2018, 15; https://www.gvm-ag.ch/medien-gvm/medien.html (11.2.2020).
[31] Erläuternder Bericht (Fn 4), 63. Demnach soll es sich bei den Umstellungskosten im Kontext mit der Lastgangmessung sowie Einführung von Standardlastprofilen und IT-Systemen um «Kapitalkosten» handeln.
[32] Im Strombereich hatten die Netzbetreiber ab Inkrafttreten des StromVG im Jahr 2008 ihre Systeme an die Anforderungen einer Teilmarktöffnung auszurichten.
[33] Erläuternder Bericht (Fn 4), 29.
[34] Erläuternder Bericht (Fn 4), 31.
[35] Vgl. statt vieler: BGE 143 I 395 E. 4.1.
[36] Insbesondere stellt eine allfällige an das Gemeinwesen abzuliefernde Gewinnmarge aus dem Geschäft der angestammten Netzbetreiber mit Erdgaslieferungen an gebundenen Endkundinnen und Endkunden wohl kein zulässiges öffentliches Interesse für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar, sondern wäre als rein fiskalisch einzuschätzen; vgl. BGE 138 I 378 E. 8.6.
[37] Vgl. Art. 32 der Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 94).
[38] Vgl. bspw. den vierten Bericht der EU-Kommission zur Lage der Energieunion vom 13.5.2019 (COM(2019) 175 final).
[39] Bis 2030: Verringerung der EU-internen Treibhausgasemissionen um mindestens 40 % gegenüber dem Stand von 1990, Steigerung des Anteils erneuerbarer Energien auf mindestens 32 % und Erhöhung der Energieeffizienz um mindestens 32,5 %; vgl. Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (ABl. L 328 vom 21.12.2018, S. 82) sowie Richtlinie (EU) 2018/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 über Energieeffizienz (ABl. L 328 vom 21.12.2018, S. 210).

***Ad* Art. 9 – Regulierte Versorgung**

Antrag:

Art. 9 GasVG sei zu streichen.

Begründung:

Falls der Antrag der WEKO zu Art. 7 GasVG berücksichtigt und gesetzlich die «volle Marktöffnung» verankert wird, ist keine regulatorische Versorgung erforderlich, da die Endkundinnen und Endkunden den Erdgaslieferanten frei wählen können. Gemäss der vorgesehenen Konzeption des GasVG soll es sich bei der regulierten Versorgung nicht um eine Form des Service public handeln. Zudem soll für die Netzbetreiber auch künftig keine bundesrechtlich verankerte Pflicht zum Netzanschluss von Endkundinnen und Endkunden geben.[40] Daher beantragt die WEKO, dass Art. 9 GasVG gestrichen wird.

***Ad* Art. 11 – Rechnungsstellung**

Aus wettbewerblicher Sicht ist es sehr zu begrüssen, dass die Akteure der Gasversorgung in Art. 11 GasVG verpflichtet werden sollen, die Netzkosten, die Kosten für die Erdgaslieferung sowie weitere Kosten auf den Rechnungen an Endkundinnen und Endkunden zu entflechten. Durch das Unbundling der Netzkosten von den Kosten für die Erdgaslieferung in den Rechnungen erhalten die Endkundinnen und Endkunden Transparenz über die Höhe des von ihnen zu entrichtenden Preises für die Erdgaslieferung. Diese **Transparenz** erleichtert es ihnen, im Bereich der Erdgaslieferung mittels Einholung von Offerten bei Konkurrenzunternehmen **Preisvergleiche** für die einzelnen bezogenen Leistungen vorzunehmen, was dem Wettbewerb förderlich sein wird.

***Ad* Art. 12 – Netzzugang**

Antrag:

Art. 12 GasVG sei dahingehend umzuformulieren, dass der diskriminierungsfrei auszugestaltende Netzzugang nur bei ungenügender Qualität des einzuspeisenden Gases verweigert werden darf.

Begründung:

Falls dem Antrag des WEKO zu Art. 7 GasVG entsprochen und eine «vollständige Marktöffnung» eingeführt wird, ist die Formulierung in Art. 12 GasVG konsequenterweise ebenfalls anzupassen, da in diesem Fall keine Einschränkungen hinsichtlich der Lieferantenwahl mehr bestehen.

***Ad* Art. 13 – Ein- und Ausspeiseverträge**

Antrag:

Art. 13 Abs. 2 GasVG sei dahingehend zu ergänzen, dass die EnCom Änderungen der von der Gaswirtschaft ausgearbeiteten Vertragsstandards beantragen kann, falls diese zur Gewährleistung des stabilen Netzbetriebs nicht zwingend erforderlich sind und zu Diskriminierungen von Netznutzern (Händler, Lieferanten sowie Endkundinnen und Endkunden) bei der Abwicklung des Netzzugangs führen können. Die EnCom hat vor einer Änderung die WEKO zu konsultieren.

Begründung:

Entry-Exit-System (EES) ohne Citygates (Zweivertragsmodell)

Die WEKO begrüsst es, dass im Gesetzesentwurf in Art. 13 Abs. 1 ein Entry-/Exit-Tarifsystem ohne Citygates angedacht ist. Hieraus ergibt sich, dass ein Netznutzer lediglich zwei Netznutzungsverträge abschliessen muss, um Gasmengen über einen beliebigen Einspeisepunkt in das Schweizer Marktgebiet zu importieren und bis zum massgeblichen Ausspeisepunkt für die Belieferung seiner Endkundin oder seines Endkunden transportieren zu können.[41] Dieses Modell wird bei Einführung einer «vollständigen Marktöffnung» zu einer grösseren Vielfalt an Anbietern und einer höheren Liquidität im Schweizer Gasmarkt führen. Das Zweivertragsmodell trägt unter diesen Voraussetzungen massgeblich zu einem wirksamen und unverfälschten Wettbewerb bei. Für Netznutzer ist es mit weniger grossem administrativem Aufwand verbunden als das von der Gaswirtschaft bevorzugte EES mit Citygates.

Bei einem EES mit Citygate (*Status quo*) müssen die Netznutzer nebst einer Buchung beim Einspeisepunkt und einer solchen beim Ausspeisepunkt (Citygate) zusätzlich noch einen Vertrag mit dem lokalen Netzbetreiber schliessen (Dreivertragsmodell). Mit einem solchen Modell könnte es zu Diskriminierungen kommen, da Netznutzer (Lieferanten und lokale Netzbetreiber) zusätzlich auch am Citygate Kapazität buchen müssen. Zudem würden hierdurch die Transaktionskosten ohne erkennbaren Mehrwert deutlich steigen. Als integrierte Versorger mit grossem Kundenportfolio profitieren die lokalen Netzbetreiber gegenüber Drittlieferanten von Verschachtelungseffekten aus der vertraglichen Bündelung, so dass sie für die Belieferung einer bestimmten Endkundin oder eines bestimmten Endkunden weniger Kapazität buchen müssen als ein Drittlieferant.[42] Das Zweivertragsmodell stellt daher insbesondere sicher, dass Drittlieferanten gegenüber lokalen Netzbetreibern im Erdgasliefermarkt nicht benachteiligt werden.

Vertragsstandards für Ein- und Ausspeiseverträge (Art. 13 Abs. 1 und 2 GasVG)

In Art. 13 Abs. 2 GasVG ist vorgesehen, dass die Netzbetreiber unter vorgängiger *Konsultation* der «interessierten Kreise» hinsichtlich der Inhalte der Ein- und Ausspeiseverträge einen *für das Marktgebiet einheitlichen* Standard festzusetzen haben. Bereits heute legen die Netzbetreiber als Monopolanbieter für den Transport und die Verteilung von Erdgas über Rohrleitungsnetze die Standardinhalte der Netznutzungsverträge *einseitig* fest.[43]

[40] Erläuternder Bericht (Fn 4), 36.
[41] Erläuternder Bericht (Fn 4), 20.
[42] EVU-Partners, Gasmarkt Schweiz 2017, 13; http://www.evu-partners.ch/evupartners/wp-content/uploads/2017/06/20170623_gasmarkt-schweiz-2017-1.pdf (11.2.2020).
[43] Vgl. Musterverträge auf der Webseite der KSDL; http://www.ksdl-erdgas.ch/downloads/ (11.2.2020).

Da die Netzbetreiber auch künftig die wesentlichen Inhalte der Netznutzungsverträge einseitig nach ihren Vorstellungen werden ausgestalten können, besteht die Gefahr, dass Netznutzer (Händler, Lieferanten sowie Endkundinnen und Endkunden) aufgrund einzelner Vertragsbestimmungen benachteiligt bzw. diskriminiert werden könnten. Es ist nicht auszuschliessen, dass die Netzbetreiber als angestammte Versorger versuchen könnten, aktuelle und potentielle Konkurrenten im Bereich der Erdgaslieferung zu behindern, um gegenüber dem bisherigen Kundenstamm höhere Preise (weiterhin) durchzusetzen. Gemäss dem Gesetzesentwurf müssen die «interessierten Kreise» und die EnCom lediglich **konsultiert** werden, haben aber **kein Mitspracherecht**. Ihre Einwände müssen daher von der Gaswirtschaft bei der Erarbeitung der Vertragsstandards nicht zwingend berücksichtigt werden.

Im GasVG ist zurzeit keine rechtliche und funktionelle Entflechtung des Netzbetriebs eines vertikal integrierten EVU von den übrigen Geschäftsbereichen angedacht (vgl. Art. 5 GasVG). Insofern besteht bei der Ausarbeitung der Vertragsstandards ein gewisses Missbrauchspotential. Dies spricht dafür, dass die künftige Aufsichtsbehörde EnCom die Befugnis erhalten soll, Anpassungen der Standards vorzuschreiben, wenn diese Drittlieferanten im Bereich der Versorgung von Endkundinnen und Endkunden behindern, ohne dass dies zur Aufrechthaltung der Netzstabilität zwingend erforderlich wäre und insofern dazu führen kann, dass der Netzzugang nicht effizient und diskriminierungsfrei ausgestaltet ist.

Vor diesem Hintergrund beantragt die WEKO, dass die EnCom in Art. 13 GasVG befugt werden soll, die einheitlichen Vertragsstandards **abzuändern**, wenn diese zu einer ungerechtfertigten Behinderung von Drittanbietern im Bereich der Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden führen und der Netzzugang dadurch nicht effizient und diskriminierungsfrei ausgestaltet wird. Die EnCom soll vor einer Änderung die WEKO konsultieren, da diese im Kontext mit Wettbewerbsverzerrungen aufgrund von Diskriminierungen über besonderes Fachwissen verfügt.

Ad Art. 14 – Nutzung der Kapazitäten des Transportnetzes

Antrag:

Es sei in Art. 14 GasVG ein neuer Absatz einzufügen, wonach die EnCom befugt ist, die vom MGV zu publizierende Kapazitätsberechnung zu überprüfen und abzuändern, falls sie unter Berücksichtigung der Netzstabilität und des effizienten Netzbetriebs zu tief angesetzt wurde.

Begründung:

Möglichkeit zur Überprüfung der technischen Kapazität an den Grenzübergangspunkten durch die EnCom

Voraussetzung für einen effizienten Wettbewerb im Bereich der Erdgaslieferung ist, dass die in der Schweiz tätigen Händler und Lieferanten die vorhandenen Transportnetze flexibel nutzen können, um Gas entsprechend den Preissignalen zu transportieren. Nur ein gut funktionierender Verbund von Transportnetzen, der gleiche Zugangsbedingungen für alle bietet, ermöglicht einen ungehinderten Gasfluss für den Transit sowie zur Versorgung der Endkundinnen und Endkunden.[44] Ein diskriminierungsfrei ausgestaltetes Kapazitätsvergabeverfahren, worin *sämtliche aus technischer Sicht verfügbare* Netzkapazität versteigert wird, zieht mehr Händler und Lieferanten an, wodurch sich die Liquidität an den Gashandelsplätzen erhöht und ein Beitrag zu effizienten Preisfindungsmechanismen und damit zu fairen Gaspreisen geleistet wird, die auf dem Grundsatz von Angebot und Nachfrage beruhen.

Vor diesem Hintergrund sollte den Transportnetzkunden unter Berücksichtigung der Netzstabilität und des effizienten Netzbetriebs die *maximale* verfügbare Kapazität zur Verfügung gestellt werden. Um sicherzustellen, dass nicht ohne legitime technische Gründe freie Kapazitäten blockiert und dem Wettbewerb entzogen werden, sollte die EnCom die jährlich vom MGV unter Berücksichtigung der Vorgaben in der EU[45] zu berechnende technische Kapazität an den Grenzübergangspunkten überprüfen und bei Bedarf **anpassen** dürfen. Wir beantragen, Art. 14 GasVG in diesem Sinne zu ergänzen. Eine entsprechende Befugnis kommt etwa auch der Bundesnetzagentur in Deutschland zu.[46]

Ad Art. 17 – Netznutzungstarife der Verteilnetze

Antrag:

Im Erläuternden Bericht sei zu Art. 17 GasVG festzuhalten, dass Verschachtelungseffekte auf der Verteilnetzebene über angemessene Leistungstarife diskriminierungsfrei an alle Netznutzer weiterzugeben sind und dass die Leistungskomponente der an die Endkundinnen und Endkunden verrechneten Netznutzungsentgelte nicht auf den gebuchten Kapazitäten zu basieren hat, sondern anhand der effektiv realisierten Leistungsspitzen bestimmt werden soll.

Begründung:

In Art. 12 GasVG ist vorgesehen, dass die Netzbetreiber den Netznutzern *diskriminierungsfrei* Netzzugang zu gewähren haben. Gemäss Art. 16 Abs. 1 GasVG müssen die Tarife für die Nutzung der Verteilnetze distanzunabhängig sein und die *verursachten* Netzkosten wiederspiegeln. Dem Prinzip der Verursachergerechtigkeit, das auch im Erläuternden Bericht hervorgehoben wird,[47] ist im Sinne einer effizienten Kapazitätszuordnung aus ökonomischer Sicht grundsätzlich zuzustimmen.

[44] Verordnung (EU) 2017/459 der EU-Kommission zur Festlegung eines Netzkodex über Mechanismen für die Kapazitätszuweisung in Fernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 984/2013 (ABl. L 72/1 vom 17.3.2017; nachfolgend: Verordnung [EU] 2017/459), E. 4.

[45] Art. 6 Verordnung (EU) 2017/459. Demzufolge haben die Fernleitungsnetzbetreiber in den EU-Mit-gliedstaaten eine gemeinsame Methodik zur Berechnung der technischen Kapazität an den Netzkoppelungspunkten zu entwickeln.

[46] § 9 Abs. 1 i. V. m. § 50 Abs. 1 Ziff. 4 der Verordnung über den Zugang zu Gasversorgungsnetzen vom 3.9.2010 (Gasnetzzugangsverordnung, GasNZV; BGBl. I S. 1261), die zuletzt durch Art. 1 der Verordnung vom 13.6.2019 (BGBl. I S. 786) geändert worden ist.

[47] Erläuternder Bericht (Fn 4), 34.

Dazu möchten wir im Hinblick auf die *Leistungskomponente* des Netznutzungstarifs folgende Feststellungen machen: Der Verteilnetzbetreiber bucht gemäss dem Erläuterndem Bericht die Kapazität, welche für die Belieferung sämtlicher an sein Netz angeschlossener Endkundinnen und Endkunden notwendig ist, über einen Netzkoppelungsvertrag.[48] Da einem einzelnen Verbraucher schon beim Netzanschluss zugesichert wird, dass er im Rahmen der Kapazität seiner Netzanschlussleitung langfristig Erdgas beziehen kann, kann der mittel- bis langfristige Gesamtkapazitätsbedarf aller Endkundinnen und Endkunden in einem Verteilnetz für diese Buchung schon im Rahmen der Netzentwicklungsplanung beim vorgelagerten Netzbetreiber vorgebracht werden (Art. 4 Abs. 1 Bst. c GasVG).

Für die Buchung resultieren aus der **Bündelung der Kapazitäten Verschachtelungseffekte** mit der Folge, dass der Verteilnetzbetreiber nicht zu jedem Zeitpunkt der Tarifperiode die maximale (erwartete) Leistungsspitze für alle Endkundinnen und Endkunden bereithalten muss. Damit kann er auf dem vorgelagerten Netz auch weniger Kapazität buchen als die Summe aller maximalen (erwarteten) Leistungsspitzen, die in der Tarifperiode realisiert werden. Im Sinne der effizienten Nutzung der vorhandenen Kapazitäten und der Verursachergerechtigkeit lassen sich daraus zwei Schlussfolgerungen ziehen: Die Verschachtelungseffekte müssen über angemessene Leistungstarife diskriminierungsfrei an ***alle*** Netznutzer – und damit auch an Drittlieferanten respektive drittbelieferte Endkundinnen und Endkunden – weitergegeben werden und die in Rechnung gestellten Netznutzungsentgelte sollten – bezogen auf die Leitungskomponente – auf den ***tatsächlich realisierten*** Leistungsmaxima der Endkundinnen und Endkunden basieren. Demgegenüber sollen – entgegen der teilweise heute bei der Tarifierung von eigenbelieferten Grosskunden bestehenden Praxis der lokalen Netzbetreiber – die **gebuchten** Kapazitäten für die Berechnung der Netznutzungsentgelte nicht massgeblich sein.

Mit diesen Ausführungen in den Erläuterungen sollen die Grundsätze des diskriminierungsfreien Netzzugangs und der Verursachergerechtigkeit konkretisiert und sichergestellt werden, dass eigenbelieferte Endkundinnen und Endkunden gegenüber drittbelieferten Endkundinnen und Endkunden nicht bevorteilt werden. Ohne Berücksichtigung dieser aus dem Grundsatz der Verursachergerechtigkeit ableitbaren Prinzipien würden Anreize gesetzt, dass die Endkundinnen und Endkunden beim angestammten Gasnetzbetreiber als Lieferanten bleiben, was negative Auswirkungen auf den sich entwickelnden Erdgasliefermarkt hätte.

Ad Art. 19 sowie Art. 41 Abs. 6 – Anrechenbare Netzkosten

Antrag:

Bewertungsmethode

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GasVG, wonach die Kapitalkosten auf der Basis der ursprünglichen Anschaffungs- und Herstellkosten (AHK) zu ermitteln sind, sei zu streichen. Stattdessen sei gesetzlich vorzuschreiben, dass die anrechenbaren Kapitalkosten anhand der Restbuchwerte der Netzinfrastruktur in der Finanzbuchhaltung zu bestimmen sind. Zudem sei auf Gesetzesstufe zu verankern, dass Anlagenaufwertungsgewinne, die in der Vergangenheit getätigt wurden, von den Restbuchwerten abzuziehen sind.

Eventualiter für den Fall, dass das Konzept der Netzbewertung basierend auf den ursprünglichen AHK beibehalten werden sollte: Es sei in Art. 19 GasVG gesetzlich zu verankern, dass in der Vergangenheit in der Finanzbuchhaltung nicht aktivierte oder bereits vollständig abgeschriebene Anlagewerte nicht als Basis zur Bestimmung der anrechenbaren Kapitalkosten berücksichtigt werden dürfen, ausser der Gasnetzbetreiber kann glaubhaft aufzeigen, dass die betreffenden Kosten den Netznutzern zu einem früheren Zeitpunkt nicht über die Betriebskosten in Rechnung gestellt wurden und folglich im betreffenden Umfang unberücksichtigt blieben.

Sollte der Hauptantrag oder der Eventualantrag berücksichtigt werden, sei Art. 41 Abs. 6 GasVG zu streichen.

Synthetische Bewertung

Die Möglichkeit der synthetischen Bewertung sei auf Gesetzesebene auf Ausnahmekonstellationen aufgrund von ausserordentlichen Ereignissen zu beschränken, die der Netzbetreiber nicht selber beeinflussen konnte; beispielsweise Naturkatastrophen, Brände, Sabotageakte Dritter sowie Netzverkäufe, die sich vor mehr als zwanzig Jahren ereignet haben. Das blosse Nichtauffinden der für die historische Bewertung erforderlichen Unterlagen soll hingegen nicht zur synthetischen Bewertung berechtigen. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GasVG sei entsprechend umzuformulieren.

Angemessener Gewinn

Art. 19 Abs. 3 GasVG sei dahingehend umzuformulieren, dass der angemessene Gewinn im Netzbereich der risikolosen Verzinsung von Bundesobligationen mit zehnjähriger Laufzeit zu entsprechen hat. Dabei sei auf die für das vorangehende Kalenderjahr veröffentlichte durchschnittliche Jahresrendite und nicht auf pauschale Werte abzustellen. Zudem sei ein Zuschlag im tiefen einstelligen Prozentbereich zu berücksichtigen, womit die äussert geringen marktbedingten Risiken im Bereich des Netzbetriebs abgegolten werden.

Effektiv angefallene Fremdkapitalzinsen als anrechenbare Kapitalkosten

In Art. 19 Abs. 3 GasVG sei zusätzlich vorzusehen, dass die effektiv angefallenen Fremdkapitalzinsen bei den anrechenbaren Kapitalkosten geltend zu machen sind.

Begründung:

Basis zur Berechnung der anrechenbaren Kapitalkosten

Hauptantrag

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GasVG, wonach die anrechenbaren Kapitalkosten auf Basis der ursprünglichen AHK zur ermitteln sind, entspricht wortwörtlich Art. 15 Abs. 3 Satz 1 StromVG. Insofern scheint der Bundesrat für die Bewertung der Gasnetzinfrastruktur vollumfänglich die

[48] Erläuternder Bericht (Fn 4), 16.

Grundsätze der Stromversorgungsgesetzgebung übernehmen zu wollen. Somit wäre bei der Auslegung dieser Bestimmung wohl auch die Rechtsprechung zu den analogen Vorgaben im StromVG und in der StromVV[49] zu berücksichtigen.

Das im StromVG verankerte Bewertungskonzept führt potentiell zu volkswirtschaftlich schädlichen Mehrfachbelastungen der Endkundinnen und Endkunden respektive übermässigen Erträgen bei den Stromnetzbetreibern, weshalb es aus Sicht der WEKO nicht in das GasVG übernommen werden sollte. Bei übermässigen Erträgen im Netz als Monopolbereich bestünde eine erhöhte Gefahr von wettbewerbsschädigenden Quersubventionen durch die Gasnetzbetreiber, um ihre Position in benachbarten Dienstleistungsmärkten zu verbessern. Unserer Auffassung nach sollte die Gasnetzinfrastruktur stattdessen auf **Basis der Restbuchwerte in der Finanzbuchhaltung** ermittelt werden. Mit diesem Ansatz sind Mehrfachbelastungen der Netznutzer ausgeschlossen, sofern allfällige Aufwertungsgewinne in der Vergangenheit von den Restbuchwerten in Abzug gebracht werden. Eine solche Bewertungsmethode für Infrastruktur im Monopolbereich ist nichts Ungewöhnliches; derartige Vorgaben bestehen etwa im Bereich des Fernmelderechts bei der Netzbewertung im Rahmen der Grundversorgung.[50]

Die Verwendung der ursprünglichen[51] AHK als Basis der Netzbewertung bedeutet im Bereich der Stromversorgung in der Praxis, dass Anlagen **kalkulatorisch** maximal zu den damaligen AHK vermindert um die Abschreibung gemäss den von den Netzbetreibern festgelegten Nutzungsdauern bewertet werden dürfen. Die Situation hinsichtlich der gewählten Rechtsform stellt sich bei den Gasnetzbetreibern heterogen dar: Es gibt privatrechtliche Aktiengesellschaften, öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit sowie unselbständige Verwaltungszweige von Gemeinden (öffentlich-rechtliche Körperschaften). Insofern unterschied sich die Rechnungslegungspraxis beim Bau der Gasnetzinfrastruktur. Somit bestanden etwa hinsichtlich der Frage, welche Vermögenswerte zu aktivieren sind, und wie und über welche Dauer aktivierte Vermögenswerte abzuschreiben sind, unterschiedliche Vorgaben. Diverse Netzbetreiber schrieben aktivierte Gasnetzinfrastruktur in der Vergangenheit nicht linear über die angenommene Nutzungsdauer, sondern rascher ab, oder sie verwendeten eine kürzere Abschreibedauer als die bei Verwirklichung des Gesetzesentwurfs *von der Gaswirtschaft festzusetzenden* einheitlichen Nutzungsdauern. Bei Berücksichtigung des Konzepts AHK anstelle der Buchwerte würde dies je nach Art und Umfang der bisherigen Abschreibungen dazu führen, dass Anlagen *kalkulatorisch aufgewertet* würden und ein zweites Mal abgeschrieben werden dürften. Solche (*nach Inkrafttreten der betreffenden Bestimmungen*) **gesetzlich legitimierten Aufwertungen** hätten zur Konsequenz, dass die betreffende Gasnetzinfrastruktur *im Umfang der Aufwertungen* ein zweites Mal durch die Endkundinnen und Endkunden bezahlt würde.[52] Gemäss Angaben der ElCom wurde die Möglichkeit zur Aufwertung historisch bewerteter Netze im Bereich der Stromversorgungsgesetzgebung zum Zeitpunkt der Einführung des StromVG von rund 90 % der Netzbetreiber genutzt.[53]

Aus volkswirtschaftlicher Sicht noch negativer könnte sich die Tatsache auswirken, dass bei einer Netzbewertung auf Basis der AHK anstelle der Buchwerte in der Vergangenheit **nicht aktivierte** und von den Endkundinnen und Endkunden **bereits *vollständig*** über die Betriebskosten bezahlte Anlagen bei der Berechnung der Kapitalkosten mitberücksichtigt werden dürften. Netzkosten können grundsätzlich entweder über die laufenden Betriebskosten oder mittels Aktivierung und Abschreibung gedeckt werden. Wenn Anlagewerte in der Vergangenheit aufgrund der damaligen Aktivierungspraxis nicht in der Finanzbuchhaltung aktiviert und abgeschrieben wurden, ist davon auszugehen, dass sie stattdessen von den Netznutzern über die laufenden Einnahmen finanziert wurden. Andernfalls hatte ein Netzbetreiber im betreffenden Umfang ungedeckte Ausgaben generiert. Nicht glaubhaft wäre es etwa, wenn ein Netzbetreiber vorbringt, nicht aktivierte Gasnetzinfrastrukturanlagen den Endkundinnen und Endkunden in seinem Netzgebiet noch nicht verrechnet zu haben, wenn das Unternehmen zum Zeitpunkt des Baus der Anlagen nicht auf eine anderweitige Finanzierung zurückgreifen musste und sich die Betriebsrechnung ausgeglichen gestaltete.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Strombereich darf aufgrund der Massgeblichkeit der AKH anstelle der Buchwerte nicht darauf abgestellt werden, ob Anlagewerte in der Vergangenheit aktiviert wurden.[54] Für das Bundesgericht ist demnach der Umstand, dass bestimmte Anlagen vor Inkrafttreten des StromVG bereits vollständig von den Netznutzern bezahlt wurden, kein zum Nachteil der Netzbetreiber zu berücksichtigendes Kriterium bei der Berechnung der anrechenbaren Kapitalkosten. Die Zulässigkeit solcher **Neubewertungen** führt in der Konsequenz dazu, dass die Netznutzer die **Kosten für Gasnetzinfrastruktur im Extremfall *doppelt* zu bezahlen** haben, falls es sich um kürzlich erstellte Anlagen handelt und die Netzbetreiber in der Vergangenheit keine Aktivierungen tätigten, sondern ihre Aufwendungen für die Gasnetzinfrastruktur über die laufende Rechnung bzw. Gewinnrücklagen abwickelten.[55] Aus dem Strombereich ist bekannt, dass insbesondere als Netzbetreiber tätige öffentlich-rechtliche

[49] Stromversorgungsverordnung vom 14.3.2008 (StromVV; SR 734.71).

[50] Vgl. Art. 14 Abs. 1 Bst. b der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9.3.2007 (FDV; SR 784.101.1).

[51] Art. 14 Abs. 4 Satz 1 GasVG entspricht wörtlich Art. 15 Abs. 3 Satz 1 StromVG. Mit Verwendung des Begriffs «ursprüngliche» AHK kommt die Absicht des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass nicht beliebige Anschaffungs- bzw. Herstellkosten zu einem späteren Zeitpunkt als anrechenbar akzeptiert werden sollen, sondern ausschliesslich die *anfänglichen* – d.h. die beim Bau der betreffenden Anlage entstandenen – Kosten.

[52] ANNE D'ARCY/STEFAN BURRI, Das Rechnungswesen von Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) aus regulatorischer Sicht, in: Meyer/Pfaff (Hrsg.), Finanz- und Rechnungswesen Jahrbuch 2009, 126 f.

[53] Jahresbericht ElCom 2018, 5; www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Berichte und Studien > Tätigkeitsberichte (11.2.2020).

[54] BGE 138 II 465 E. 4.6.2 und E. 6.3.2.

[55] ANDRE SPIELMANN, in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I, Bern 2016 (zit. Kommentar Energierecht), Art. 15 StromVG Rz 12-17.

Anstalten und Körperschaften (Stadt- und Gemeindewerke) aufgrund entsprechender Rechnungslegungsvorgaben keine Aktivierungen nach dem Bau von Netzinfrastruktur in der Buchhaltung vornahmen. Stattdessen wurde der angefallene Aufwand wohl in der Regel über die laufende Rechnung bzw. Gewinnrücklagen ausgeglichen. Insofern bestünde, falls das Konzept AHK anlog zum StromVG in das GasVG übernommen würde, insbesondere bei den diversen **Stadt- und Gemeindewerken**, die als lokale Gasnetzbetreiber tätig sind, ein **erhöhtes Potential für volkswirtschaftlich schädigende Mehrfachbelastungen** der Endkundinnen und Endkunden, die durch die vorgesehene gesetzliche Regelung *legitimiert* würden.

Mögliche **Anlagenaufwertungsgewinne** in der Finanzbuchhaltung, die in der Vergangenheit getätigt wurden, sind von den Restbuchwerten **abzuziehen**. Als Basis zur Berechnung der Kapitalkosten sind folglich die Restwerte der Finanzbuchhaltung ohne allenfalls getätigte Aufwertungsgewinne zu verwenden. Aufwertungsgewinne sind rein buchhalterische Werte und basieren nicht auf tatsächlichen Kosten, weshalb die Erstellungskosten der Netze in der Vergangenheit bereits von den Netznutzern bezahlt wurden. Daher sollten Aufwertungsgewinne nicht in die Netznutzungstarife einfliessen dürfen.[56] Solche buchhalterischen Aufwertungsgewinne könnten auch hinsichtlich der Gasnetzinfrastruktur insbesondere während des Gesetzgebungsprozesses, der zum Erlass des *StromVG* geführt hat, sowie im Anschluss daran stattgefunden haben.[57]

Eventualantrag

Ist eine Gasnetzinfrastruktur nicht oder nicht mehr in der Finanzbuchhaltung aktiviert, muss davon ausgegangen werden, dass sie in der Vergangenheit entweder über die laufende Betriebskostenrechnung bezahlt oder bereits vollständig abgeschrieben wurde und daher die Kosten bereits vollumfänglich auf die Endkundinnen und Endkunden überwälzt wurden.

Im Bereich der Stromversorgungsgesetzgebung ist in Art. 13 Abs. 4 StromVV vorgesehen, dass bei der Bestimmung der kalkulatorischen Anlagerestwerte mittels der synthetischen Bewertung bereits in Rechnung gestellte Betriebs- und Kapitalkosten für betriebsnotwendige Vermögenswerte in Abzug zu bringen sind. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist es jedoch auch in Bezug auf die synthetische Bewertungsmethode nicht relevant, ob die Stromnetzbetreiber bestimmte Anlagen in der Vergangenheit nicht aktiviert und daher mutmasslich bereits vorgängig vollständig über die laufende Betriebskostenrechnung finanziert haben.[58] Diese Rechtsprechung ermöglicht Mehrfachbelastungen der Netznutzer zulasten der Konsumentenwohlfahrt.

Um solche kostenmässig nicht begründeten Mehrfachbelastungen zu verhindern, ist auf Gesetzesstufe zu verankern und in den Erläuterungen festzuhalten, dass *in der Vergangenheit* in der Finanzbuchhaltung nicht aktivierte oder bereits vollständig abgeschriebene Anlagewerte nicht als Basis zur Bestimmung der anrechenbaren Kapitalkosten berücksichtigt werden dürfen, ausser der Gasnetzbetreiber kann glaubhaft aufzeigen, dass die betreffenden Kosten den Netznutzern zu einem früheren Zeitpunkt über die Betriebskosten nicht in Rechnung gestellt wurden und folglich im entsprechenden Umfang unberücksichtigt blieben.

Zu Art. 41 Abs. 6 GasVG

In Art. 41 Abs. 6 GasVG ist vorgesehen, dass *Anlagewerte*, die bis zum 30. Oktober 2019 in der Jahresrechnung des Netzbetreibers *nie als Aktiven bilanziert* wurden oder die am 30. Oktober 2019 in der Jahresrechnung *bereits vollständig abgeschrieben* sind, bei der Ermittlung der anrechenbaren Kapitalkosten nicht berücksichtigt werden dürfen, es sei denn, der Netzbetreiber macht glaubhaft, dass die Anschaffungs- und Herstellungskosten der betreffenden Anlage nicht bereits durch das vereinnahmte Netznutzungsentgelt refinanziert wurden.

Das Sekretariat der WEKO hat bereits im Rahmen der Ämterkonsultation ausführlich auf die Problematik möglicher Mehrfachbelastungen und damit einhergehender Wettbewerbsverzerrungen im Kontext mit der Netzbewertung hingewiesen und dieselben Anträge wie vorliegend die WEKO gestellt. Auch weitere Behörden haben das auf den AHK basierende Bewertungskonzept in ihren Stellungnahmen abgelehnt. Es ist davon auszugehen, dass insbesondere aus diesem Grund Art. 41 Abs. 6 GasVG neu in den Vernehmlassungsentwurf integriert wurde. Allerdings vermag diese neue Vorgabe die mit dem vorgesehenen Bewertungskonzept einhergehenden negativen Konsequenzen für den Wettbewerb in benachbarten Dienstleistungsmärkten nur **unwesentlich** zu verringern.

Auch gestützt auf diese neu geschaffene Bestimmung dürfen **Neubewertungen** von bereits vollständig abgeschriebenen Anlagen ***vor*** der Vernehmlassungseröffnung am **30. Oktober 2019** als Basis zur Berechnung der Kapitalkosten berücksichtigt werden. Zudem sind auch im Rahmen von Art. 41 Abs. 6 GasVG **Aufwertungen** von in der Vergangenheit zu schnell abgeschriebenen Anlagen weiterhin ohne Einschränkungen möglich. Lediglich **Neubewertungen** von bereits vollständig abgeschriebenen Anlagen ***nach*** der Vernehmlassungseröffnung sollen unzulässig sein. Aufgrund der konkreten Umstände muss aber davon ausgegangen werden, dass zahlreiche Gasnetzbetreiber ihre Gasnetze bereits **nach dem Inkrafttreten des *Strom*VG oder spätestens nach Publikwerden des BGE 138 II 465** neubewertet und/oder aufgewertet haben;[59] dies erscheint schon nur daher sehr wahrscheinlich, da diverse Gasnetzbetreiber auch als Netzbetreiber im Strombereich tätig sind und

[56] Aus einer Empfehlung des Preisüberwachers an Energie Wasser Bern (ewb) vom 11.9.2006 zum per 1.1.2007 angewendeten Preissystem Elektrizität geht hervor, dass ewb Anfang 2006 im *Strombereich* Aufwertungen im dreistelligen Millionenbereich tätigte. Diese Aufwertungen führten aufgrund der erneuten Abschreibung faktisch zu einer Doppelverrechnung der Anlagekosten. Die Berner Stromkonsumenten bezahlen das von ihnen bereits weitgehend bezahlte Netz teilweise erneut; www.preisueberwacher.admin.ch > Dokumentation > Publikationen > Empfehlungen (11.2.2020).

[57] Vgl. hierzu die nachfolgenden Ausführungen zu Art. 41 Abs. 6 GasVG.

[58] Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2583/2009 vom 7.11.2012 E. 7 und A-5141/2011 vom 29.1.2013, E. 9.2.1.

[59] Vgl. bspw. das Vorgehen der IWB im Jahr 2012; vorne Fn 24.

die Netzbewertung in der Vergangenheit für den Gasbereich in analoger Weise praktizierten. Insofern werden auch mit der Regelung in Art. 41 Abs. 6 GasVG übermässige Netznutzungserträge der Gasnetzbetreiber, die jährlich einen mittleren dreistelligen Millionenbetrag zum Nachteil der Endkundinnen und Endkunden ausmachen dürften und von den Monopolisten in dem Wettbewerb unterliegenden Geschäftsbereichen (u.a. Messwesen[60], Gebäudetechnik [z.B. Installation und Wartung von PV-Anlagen], Energieberatung) zur Stärkung der eigenen Position eingesetzt werden könnten, weiterhin in Kauf genommen.

Falls der Hauptantrag oder der Eventualantrag der WEKO hinsichtlich der Basis zur Bestimmung der anrechenbaren Kapitalkosten berücksichtigt werden sollte, ist Art. 41 Abs. 6 GasVG zu streichen.

Synthetische Bewertung

Die gesetzliche Verankerung einer Methode zur synthetischen Bewertung der Gasnetzinfrastruktur würde zu einer weiteren nicht kostenmässig begründeten Mehrfachbelastung führen. Die synthetische Bewertung führt tendenziell zu überhöhten Anlagerestwerten – faktisch eine Doppelverrechnung von Anlagekosten –, die dann zulasten der Netznutzer abgeschrieben und kalkulatorisch verzinst werden dürften, obwohl sie kostenmässig nicht begründet sind.

Falls im Sinne des Antrags der WEKO die Bewertung der Gasnetzinfrastruktur auf Basis der Restbuchwerte in der Finanzbuchhaltung erfolgen sollte, kann auf die Schaffung von Vorgaben hinsichtlich der ausnahmsweisen Zulässigkeit der synthetischen Bewertung grundsätzlich verzichtet werden. Eine solche käme systembedingt nicht zur Anwendung. Stattdessen könnte zur Bestimmung der Anlagerestwerte auf die **Buchwerte zum Zeitpunkt der Tarifierung** abgestellt werden.

Die Massgeblichkeit der ursprünglichen AHK als Basis zur Bestimmung der anrechenbaren Kapitalkosten setzt voraus, dass die historischen Baukostenabrechnungen oder zumindest Geschäftsberichte und Jahresrechnungen aus dem betreffenden Zeitraum noch vorhanden sind. Ein Netzbetreiber, der synthetisch bewertet, hat «*glaubhaft*» zu machen, dass die für den Nachweis der historischen AHK erforderlichen Unterlagen nicht mehr vorhanden sind. Gemäss der Rechtsprechung im Strombereich werden an das «Glaubhaftmachen», dass keine Unterlagen mehr vorhanden sind, äusserst geringfügige Anforderungen gestellt. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet nahezu jeden von den Stromnetzbetreibern vorgebrachten Grund für die fehlende Dokumentation als zulässig, ausser wenn zur Buchführung verpflichtete Unternehmen vorbringen, nach Ablauf der gesetzlichen Aufbewahrungspflicht von zehn Jahren seien *sämtliche* Dokumentationen über ihre Anlagen vernichtet worden; zumindest wenn es sich um Anlagen handelt, die *unmittelbar* vor dem für die Aufbewahrung relevanten Stichtag gebaut wurden.[61] Lediglich in Bezug auf privatrechtliche Aktiengesellschaften ist eine gesetzliche Aufbewahrungspflicht auf Bundesebene vorgesehen, wonach Geschäftsbücher und Buchhaltungsbelege zehn Jahre lang aufzubewahren sind (Art. 958f Abs. 1 OR). In Bezug auf öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften waren in der Vergangenheit die jeweiligen Vorgaben auf kantonaler oder kommunaler Ebene zur Aufbewahrung und Archivierung zu beachten, sofern solche überhaupt vorhanden waren. Diverse Gasnetzbetreiber haben erst in jüngerer Vergangenheit die Rechtsform einer privatrechtlichen AG angenommen. Insofern galt für diese nach dem Bau von Gasnetzinfrastruktur die privatrechtliche Ausbewahrungspflicht von zehn Jahren nur beschränkt.

Auch der Umstand, dass die Vornahme der synthetischen Bewertungsmethode, wenn die Unterlagen für die Bestimmung der ursprünglichen AHK noch vorhanden sind, unter Strafe gestellt werden soll, wird *kaum präventive Anreize auf das Verhalten der Gasnetzbetreiber* haben. Falls die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 38 Abs. 1 Bst. c GasVG erfüllt wären, könnte gegen im fehlbaren Unternehmen tätige Personen eine Busse von maximal 100 000 Franken verhängt werden. Da Art. 36 Abs. 1 Bst. b GasVG in der Fassung der Ämterkonsultation, der solches Verhalten noch explizit unter Strafe stellte, im Vernehmlassungsentwurf gestrichen wurde, beantragt die WEKO, dass zumindest in den Erläuterungen thematisiert wird, dass ein derartiges Vorgehen eines Netzbetreibers eine *zu sanktionierende* Verletzung der allgemeinen Auskunftspflicht gemäss Art. 34 Abs. 1 GasVG darstellen würde. Grössere Stadtwerke könnten mittels der synthetischen Bewertung ihre Gasnetzinfrastruktur um von den Netzkunden bereits bezahlte Anlagerestwerte im dreistelligen Millionenbereich aufwerten. Da nicht angedacht ist, dass die ElCom befugt sein soll, Hausdurchsuchungen durchzuführen, falls ein Gasnetzbetreiber vorbringt, nicht mehr über Belege zur Bestimmung der ursprünglichen AHK zu verfügen, hat sie kaum die Möglichkeit, effektiv überprüfen zu können, ob tatsächlich keine Unterlagen mehr vorhanden sind oder ob es sich hierbei lediglich um eine Schutzbehauptung handelt, um die in aller Regel zu markant höheren Anlagerestwerten führende synthetische Bewertung anhand von Wiederbeschaffungswerten zur Anwendung zu bringen.

Überdies ist zu berücksichtigen, dass gemäss der in Art. 19 GasVG vorgeschlagenen Konzeption auch aus Aufwertungen oder Neubewertungen resultierende Anlagerestwerte mit dem Weighted Average Cost of Capital (WACC) verzinst werden dürfen.[62] Aufgrund der Erfahrungen im Strombereich ist davon auszugehen, dass allein die Anwendung einer kalkulatorischen WACC-Verzinsung auf **bereits bezahlte** Anlagerestwerten im Gasbereich zu Mehrbelastungen der Netznutzer im mehrstelligen Millionenbereich pro Jahr führen würde.

[60] Vgl. hierzu die nachfolgenden Ausführungen zu Art. 21 und 22 GasVG.
[61] ANDRE SPIELMANN, in: Kommentar zum Energierecht (Fn 55), Art. 15 StromVG Rz 28-33.
[62] Erläuternder Bericht (Fn 4), 37.

Insofern birgt die zurzeit vorgesehene Konzeption zur Bestimmung der anrechenbaren Kapitalkosten basierend auf AHK insbesondere auch aus diesem Grund ein erhebliches Potential von volkswirtschaftlich schädlichen Mehrfachbelastungen zulasten der Netznutzer. Dabei fällt aus wettbewerblicher Sicht negativ ins Gewicht, dass die Gasnetzbetreiber übermässige Erträge aus dem Monopolbereich Netz *aufgrund der synthetischen Bewertung* potentiell dafür verwenden könnten, um ihre Position in Dienstleistungsmärkten zu verbessern, wodurch der Wettbewerb in diesen Märkten verzerrt würde. Zudem besteht die erhöhte Gefahr, dass im Falle der Anwendung der synthetischen Bewertung unangemessene Preise für die Netznutzung gezahlt werden müssten. Deshalb sollte auf die synthetische Bewertungsmethode verzichtet und stattdessen auf die Restbuchwerte in der Finanzbuchhaltung abgestellt werden.

Daher beantragt die WEKO, dass die Möglichkeit zur synthetischen Bewertung nur im Falle von *ausserordentlichen* Ereignissen zulässig sein soll, etwa wenn es in der Vergangenheit zu einem Brand oder einem Datendiebstahl gekommen ist. Zudem soll die synthetische Bewertung zulässig sein, wenn ein Gasnetz vor mehr als zwanzig Jahren verkauft wurde und keine Unterlagen mehr vorhanden sind.[63] Wenn die für die historische Bewertung erforderlichen Unterlagen bei einem Netzbetreiber nicht mehr auffindbar sind, ohne dass solche ausserordentlichen Umstände vorliegen, soll dieser hingegen nicht zur synthetischen Bewertung von nicht belegbaren Anlagewerten berechtigt sein.

Angemessener Gewinn

Zurzeit ist nicht vorgesehen, dass der angemessene Gewinn für die Tätigkeiten im Bereich des Netzbetriebs auf Gesetzesstufe näher definiert werden soll. Gemäss den Erläuterungen beabsichtigt das BFE, die kalkulatorische Verzinsung nach Vorbild des Stromversorgungsrechts zu berechnen. Dabei sollen die Restwerte der AHK mit dem sog. WACC verzinst werden. Die Herleitung des WACC soll in Anlehnung an die StromVV durch den Bundesrat geregelt werden.[64]

Aufgrund der grossen finanziellen Tragweite der kalkulatorischen Verzinsung der Anlagerestwerte – wiederum ist von zusätzlichen jährlichen Belastungen für die Netznutzer im mehrstelligen Millionenbereich auszugehen – würde es die WEKO sehr begrüssen, wenn der angemessene Gewinn sowie die Komponenten, aus denen sich dieser zusammensetzt, **auf Gesetzesstufe** definiert werden (vgl. 164 Abs. 1 BV[65]). Im Strombereich hat sich gezeigt, dass die Vorgaben auf Verordnungsstufe hinsichtlich der WACC-Verzinsung zu hohen Kapitalkostensätzen führen, die weder das heutige Zinsenumfeld noch die Risikolage widerspiegeln.

Bei einer vollständigen Kostendeckung und dem Instrument der Deckungsdifferenzen, das Planungsungenauigkeiten in Folgejahren berücksichtigt, entstehen den Netzbetreibern im Netzbereich *keine ungedeckten Kosten*. Zu berücksichtigen ist weiter, dass es sich beim Gasnetz um ein natürliches Monopol handelt; es bestehen keine Anreize, ein Parallelnetz zu errichten. Somit kann den Netzbetreibern als Monopolisten im Netzbereich keinerlei Konkurrenz erwachsen. Folglich besteht **nur ein äusserst geringes marktbedingtes Risiko**, welches bei der Bestimmung des angemessenen Gewinns zu berücksichtigen ist.[66]

Die WEKO schlägt weiter vor, die kalkulatorische **Eigenkapitalverzinsung** an die für das vorangehende Kalenderjahr veröffentlichte durchschnittliche Jahresrendite für langfristige (risikolose) Bundesobligationen zu koppeln. Dabei ist entgegen dem Ansatz in der StromVV auf die effektiven und **nicht** auf **pauschale Werte** abzustellen. Gemäss dem WACC-Ansatz in der StromVV ist bei einem Wert von unter 3 % mit 2,5 % zu rechnen.[67] Ein pauschaler Wert in dieser Grössenordnung trägt dem heutigen Zinsniveau nicht Rechnung. Eine derartige kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung wäre um ein Mehrfaches höher als das seit Jahren vorherrschende *sehr tiefe* Zinsniveau. Die tagesdurchschnittliche Rendite für zehnjährige Bundesobligationen[68] betrug zwischen dem 4. Januar 2019 und dem 3. Januar 2020 - 0,474 %.[69] In den letzten vier Jahren wurde der höchste Wert dieser Rendite am 15. Februar 2015 mit 0.221 % erreicht.[70] Dieser Wert beträgt nur rund **einen Elftel** des bei solchen Konstellationen heranzuziehenden pauschalen Werts im Strombereich.

Vor diesem Hintergrund beantragt die WEKO, dass bei der Berechnung des angemessenen Gewinns nebst dem Zinssatz für langfristige Bundesobligationen ein Zuschlag im tiefen einstelligen Prozentbereich zu berücksichtigen ist. Damit soll auch das äusserst geringe marktbedingte Risiko im Bereich des Netzbetriebs abgegolten werden. Beispielsweise bei der Vermietung von Wohn- und Geschäftsräumen beträgt die maximale Nettorendite der Liegenschaftseigentümer aktuell 2 % (Referenzzinssatz von aktuell 1.5 % plus 0.5 %).[71] Dieser Zuschlag trägt den Risiko- und Gewinnaspekten umfassend Rechnung. Liegt der Zinssatz für zehnjährige Bundesobligationen länger im negativen Bereich, ist er bei der Festsetzung des angemessenen Gewinns nicht zu berücksichtigen.

[63] Aufgrund der gesetzlichen Vorgaben in Art. 70 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer vom 12.6.2009 (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG; SR 641.20) sind Geschäftsunterlagen, die im Zusammenhang mit der Berechnung der Einlageentsteuerung (Art. 32 Abs. 1 MWSTG) und des Eigenverbrauchs (Art. 31 MWSTG) von unbeweglichen Gegenständen benötigt werden, mindestens zwanzig Jahre aufzubewahren. Daher ist davon auszugehen, dass die erforderlichen Buchhaltungsunter-lagen zum Nachweis der in der Vergangenheit vorgenommenen Aktivierungen beim ehemaligen Netzeigentümer auch zwanzig Jahre nach dem Verkauf noch vorhanden sein werden.

[64] Erläuternder Bericht (Fn 4), 43.

[65] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

[66] Vgl. Anhang 1 zur StromVV, Ziff. 4 und 5.

[67] Vgl. Anhang 1 zur StromVV, Ziff. 3.2.

[68] Bundesanleihen gelten als besonders sichere Anleihen mit entsprechend tiefem Risiko.

[69] https://www.snb.ch > Statistiken > Berichte und Medienmitteilungen > Zinssätze und Devisenkurse (aktuell) > Aktuelle Zinssätze – Übersicht (11.2.2020).

[70] https://www.snb.ch > Statistiken > Datenportal der SNB > Datenportal > Tabellenangebot > Zinssätze, Renditen und Devisenmarkt > Renditen von Obligationen > Kassazinssätze von Eidgenössischen Obligationen für ausgewählte Laufzeiten > 10 Jahre Laufzeit (Excel; Zeitraum ab 1.1.2016) (11.2.2020).

[71] BGE 123 III 171 E. 6a.

Fremdkapitalzinsen als anrechenbare Kapitalkosten

Weiter beantragt die WEKO, dass die in einem Tarifjahr effektiv angefallenen Fremdkapitalzinsen im Netzbereich als anrechenbare Kapitalkosten in die Netznutzungstarife eingerechnet werden dürfen, so dass auch diese Kosten für die Netzbetreiber gedeckt sind. Art. 19 Abs. 3 GasVG ist entsprechend zu ergänzen.

Im Vernehmlassungsentwurf ist in Art. 19 Abs. 3 Satz 2 GasVG neuerdings festgehalten, dass kalkulatorischen *oder die effektiven* Zinsen einen angemessenen Gewinn beinhalten sollen. Aufgrund der Erläuterungen ist unklar, weshalb die zusätzliche Formulierung (kursiv) eingefügt wurde. Sie wird sich wohl auf die Fremdkapitalzinsen beziehen. Gemäss dem Antrag der WEKO sind diesbezüglich die *effektiven* Kosten zu Marktkonditionen als Kapitalkosten zu betrachten. Nicht tatsächlich angefallene (*rein kalkulatorische*) Fremdkapitalzinsen sollen demgegenüber nicht an die Endkundinnen und Endkunden weiterverrechnet werden dürfen. Bei Berücksichtigung unserer Anträge zu Art. 19 Abs. 3 GasVG sollte die zusätzliche Formulierung daher gestrichen werden.

Auf Endkundinnen und Endkunden überwälzbare Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen

In Art. 19 Abs. 2 GasVG ist vorgesehen, dass Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen anrechenbare Betriebskosten darstellen sollen. Im Erläuternden Bericht wird hierzu ausgeführt, dass Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen anrechenbar seien; im Falle eines vertikal integrierten EVU allerdings nur insoweit, als dass sie dem Netzbetrieb und nicht dem Energiebereich zuzurechnen seien.[72]

Die WEKO begrüsst es, dass im Gasbereich lediglich solche Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen als Betriebskosten anrechenbar sein sollen, die direkt mit dem Netzbetrieb zusammenhängen. Im Strombereich stellen Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen keine anrechenbaren Netzkosten dar, sondern werden separat erfasst. Eine Beschränkung auf Abgaben und Leistungen, die dem Netz dienen, besteht im Strombereich nicht. Gemäss der ElCom ist es sogar zulässig, sog. «Gewinnabgaben», die rein fiskalisch ausgestaltet sind und für die der Netzbetreiber vom Gemeinwesen keine Gegenleistung erhält, über die Stromrechnung an die Endkundinnen und Endkunden zu überwälzen.[73] Dies hat in der Praxis dazu geführt, dass sich der Anteil der Abgaben und Leistungen am Strompreis in den letzten Jahren kontinuierlich erhöht hat. Insbesondere in Bezug auf Stadt- und Gemeindewerke, die sich vollständig im Eigentum einer Kommune befinden, könnte die Gewinnausschüttung unter diesen Voraussetzungen einzig in Form der «Gewinnabgabe» erfolgen. In diesem Fall bleibt der ganze tendenziell überhöhte Gewinn aus Monopoltätigkeiten beim integrierten EVU, welches ihn einsetzen könnte, um seine Position in anderen Bereichen, wie beispielsweise in Dienstleistungsmärkten, zu verbessen; etwa durch Firmenkäufe und länger andauernde Preisreduktionen.

Aus wettbewerblicher Sicht führt die inhaltliche Tragweite der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen im Strombereich tendenziell zu Behinderungen von aktuellen und potentiellen Konkurrenten von vertikal integrierten Netzbetreibern auf benachbarten Dienstleistungsmärkten. Nach Auffassung der WEKO sollte die Gewinnausschüttung an das Gemeinwesen aus Erträgen im Netzbereich mit den über die kalkulatorische Verzinsung der Anlagerestwerte erzielten Einnahmen finanziert werden, da darin konzeptionell der angemessene Gewinn enthalten ist. Daher bevorzugen wir die für den Gasbereich angedachte Konzeption.

***Ad* Art. 21 und 22 – Messwesen**

Antrag:

Die WEKO beantragt, in Art. 21 Abs. 1 GasVG gemäss Variante 2 des Vernehmlassungsentwurfs vorzusehen, dass im Bereich der Verrechnungsmessung für sämtliche an das Gasnetz angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden, Produzenten und Speicherbetreiber eine Wahlfreiheit des Messstellenbetreibers respektive Messdienstleisters besteht.

Im Erläuternden Bericht sei festzuhalten, dass der Bundesrat die Vorgaben zum Wechselprozess sowie zu den Aufgaben und Verantwortlichkeiten der involvierten Akteure so auszugestalten hat, dass keine künstlichen Markteintrittshürden für dritte Messstellenbetreiber und Messdienstleister geschaffen werden (insb. kurze Fristen für die Vornahme der erforderlichen Tätigkeiten der Netzbetreiber bei einem Anbietwechsel, Zulässigkeit der Verrechnung der angemessenen resp. effizienten Kosten für diese Tätigkeiten).

Begründung:

Liberalisierung der Verrechnungsmessung

Für das Messwesen gibt der Bundesrat zwei Varianten in die Vernehmlassung (vgl. Art. 21 und 22 GasVG). In der ersten Variante ist der Netzbetreiber für das Messwesen zuständig. In der zweiten Variante können sämtliche Endkundinnen und Endkunden sowie Produzenten und Speicherbetreiber ihren Messstellenbetreiber resp. ihren Messdienstleister frei wählen. Die WEKO spricht sich für **Variante 2** und damit die vollständige gesetzliche Liberalisierung im Bereich der Verrechnungsmessung aus.

Im Erläuternden Bericht wird zugunsten der Variante 1 ausgeführt, dass im Falle einer rechtlichen Monopolisierung der Verrechnungsmessung keine zusätzlichen Schnittstellen zum Netzbetreiber entstehen würden. Es sei davon auszugehen, dass beim Gas - im Gegensatz zum Strombereich, bei welchem ein Smartmeter-Rollout im Gange sei - nur ein geringer Teil der Endkundinnen und Endkunden zwingend mit einer Lastgangmessung ausgestattet werde (gemäss den Erläuterungen ist dies ab einem Verbrauch von 1 GWh angedacht). Es stelle sich die Frage, ob unter diesen Voraussetzungen hinsichtlich der *herkömmlichen* Messgeräte ohne Fernauslesung ein Wettbewerb entstehen werde.[74]

[72] Erläuternder Bericht (Fn 4), 36.
[73] Merkblatt der ElCom vom 17.2.2011 zu Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen, 1; www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Mitteilungen (11.2.2020).
[74] Erläuternder Bericht (Fn 4), 23.

Der diskriminierungsfreie Zugang zu Messdaten zu *wettbewerbsfähigen und fairen Preisen* ist eine Grundvoraussetzung für einen dynamischen und funktionierenden Gasmarkt. Beim Messwesen handelt es sich anders als bei einem Rohrleitungsnetz nicht um ein natürliches Monopol. Zwar hängen der Netzbetrieb und das Messwesen eng zusammen, jedoch ist eine Trennung der beiden Bereiche bzw. die Ausführung der Aufgaben im Messwesen durch einen Dritten technisch problemlos möglich.[75] In einem Urteil vom Sommer 2017 hat das Bundesgericht für den Strombereich entschieden, dass zumindest Produzenten mit einer Anschlussleistung von über 30 kVA den Messdienstleister frei wählen dürfen und der betreffende Bereich liberalisiert ist. Zur Frage, ob auch gebundene und freie Endkundinnen und Endkunden sowie Produzenten mit einer geringeren Anschlussleistung bereits gestützt auf die heutigen gesetzlichen Grundlagen im Strombereich den Messdienstleister frei wählen können, hat sich das Bundesgericht aufgrund der konkreten Umstände des Streitfalls nicht geäussert.[76] Dies ist jedoch nicht auszuschliessen. Da zum Messwesen im **Gasbereich** zurzeit keine regulatorischen Vorgaben bestehen, ist davon auszugehen, dass dieser Bereich gestützt auf das geltende Recht **nicht monopolisiert** ist und allen Dienstleistungsanbietern offenstehen sollte. Faktisch ist Drittanbietern der Markteintritt aufgrund der Zuständigkeit der Netzbetreiber für den Netzbetrieb **ohne deren Einverständnis** jedoch in aller Regel verwehrt.

In der Vernehmlassung zur Revision des StromVG war vorgesehen, dass zumindest für Endkundinnen und Endkunden mit einem jährlichen Verbrauch von mindestens 100 MWh sowie Produzenten mit einer Anschlussleistung von mindestens 30 kVA ein Recht zur Wahl des Anbieters im Bereich der Verrechnungsmessung bestehen soll.[77] Die WEKO hat in ihrer Stellungnahme in der Vernehmlassung gefordert, dass der Markt im Bereich der Verrechnungsmessung regulatorisch vollständig zu öffnen sei.[78] Mittlerweile ist im **Strombereich** die vollständige regulatorische Marktöffnung vorgesehen. Aufgrund der Tatsache, dass dritte Messstellenbetreiber und Messdienstleister sowohl im Strom- als auch im Gasbereich **parallel** tätig sein können, ist nur schon **konzeptionell** nicht nachzuvollziehen, weshalb einerseits das Messwesen im Gasbereich komplett regulatorisch monopolisiert und vom Strombereich getrennt werden sollte, obwohl gerade hierdurch **Synergien** geschaffen werden könnten, und andererseits für den Strombereich eine «vollständige Marktöffnung» vorgeschlagen wird.

Aus Sicht der WEKO könnte sich ein funktionierender Wettbewerb im Bereich des Messwesens entwickeln, wenn sämtliche Endkundinnen und Endkunden sowie sämtliche Produzenten und Speicherbetreiber für die **Messung des Strom- und Gasverbrauchs** sowie die weiteren Dienstleistungen im Rahmen der Verrechnungsmessung den Anbieter selber wählen dürften. Aus technischer Sicht sind die diesbezüglichen Tätigkeiten im Strom- und im Gasbereich wohl nahezu identisch. Falls Akteure, die nicht Netzbetreiber sind, in **beiden** Bereichen in Konkurrenz zu den Netzbetreibern Verrechnungsmessungsdienstleistungen anbieten können, sind substanzielle Synergie- und Wettbewerbseffekte, die den Endkundinnen und Endkunden zugute kommen, zu erwarten. So gibt es etwa in Deutschland, wo der Gesetzgeber im Jahr 2008 die rechtlichen Grundlagen für die Liberalisierung des Messwesens im Energiesektor geschaffen hat,[79] diverse Akteure auf dem Markt, die **medienübergreifende** Dienstleistungen für Strom und Gas anbieten.[80] Insofern vermag das im Erläuternden Bericht gegen die Liberalisierung vorgebrachte Argument, wonach der Markt für Dienstleistungen im Bereich des Messwesens mangels einer Verpflichtung zum Smartmeter-Rollout deutlich kleiner sei als im Strombereich, nur schon aus diesem Grund nicht zu überzeugen. Im Gegenteil würde die *Vergrösserung der Nachfrage* den Wettbewerb unter den Anbietern im Bereich des Messwesens verbessern. Dies kann neben Kostensenkungen auch zu diversen innovativen Dienstleistungen im Markt führen. Im Falle einer Liberalisierung des Messwesens im Gasbereich könnten die heute im Strombereich tätigen Dienstleister auch solche Tätigkeiten ohne Markteintrittshürden übernehmen. Zudem könnten diverse neue Akteure in den Markt eintreten. Denkbar wäre auch, dass künftig Dienstleister aus dem grenznahen Ausland (insb. Deutschland) in der Schweiz tätig werden könnten.

Insofern wäre es folgerichtig, wenn auch hinsichtlich der Verrechnungsmessung im Gasbereich der Markt regulatorisch vollständig geöffnet würde. Dadurch würden die nötigen Anreize geschaffen, um Geschäftsmodelle entsprechend neu zu gestalten und innovativ auf dem Markt tätig zu werden. Durch die Wahlmöglichkeiten sämtlicher Endkundinnen und Endkunden werden neue Geschäftsmodelle erst ermöglicht, die durch das Optimieren der leitungsgebundenen Energieträger entstehen. Sowohl etablierte als auch neue Anbieter könnten im Bereich des Messwesens künftig **medienübergreifende und/oder mit der Energiebeschaffung kombinierte Angebote für Strom, Gas und Wärme** anbieten, was zu innovativeren Produkten führen würde.[81] Insbesondere im Bereich Internet of things könnten sich im Rahmen der Energieversorgung starke Innovationen herausbilden.[82] Im Übrigen haben insbesondere Grossverbraucher mit diversen Standorten in der Schweiz (sog. «Multi-Site-Kunden») ein Interesse, **einen** einzigen Anbieter

[75] In Bezug auf den Strombereich: Urteil 2C_1142/2016 des Bundesgerichts vom 14.7.2017, E. 5.1.3; Verfügung 233-00056 der ElCom vom 15.10.2015, Rz 43; www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Verfügungen > Verfügungen 2015 (11.2.2020).

[76] Urteil 2C_1142/2016 des Bundesgerichts vom 14.7.2017.

[77] Art. 17a E-StromVG in der Fassung der Vernehmlassungsvorlage der «Revision StromVG» vom Oktober 2018.

[78] Stellungnahme der WEKO vom 29.1.2019 in der Vernehmlassung zur «Revision StromVG» zu Art. 17a StromVG, 13 ff.

[79] § 21b des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 7.7.2005 (Energiewirtschaftsgesetz, EnWG; BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes vom 13.5.2019 (BGBl. I S. 706) geändert worden ist.

[80] https://www.enometrik.de/messdienstleistungsunternehmen-energie wirtschaft; https://www.eha.net/leistungen.html; https://www.mvv.de /partner/effizienz/messdienstleistungen; https://energieja.de/dienstleistungen/messstellenbetrieb-und-messdienstleistungen (11.2.2020).

[81] Bspw. ein detailliertes Verbrauchsmonitoring basierend auf den gebündelten Messdaten für Strom, Gas und Wärme kombiniert mit Beratungsdienstleitungen in den Bereichen Energieeffizienz und Nachhaltigkeit.

[82] Siehe bspw. die Produkte der tiko Energy Solutions AG im Bereich der Smart Grid-Technologies, welche Smart Meter als Steuergeräte anbietet; https://tiko.energy/oneplatform/ (11.2.2020).

für Dienstleistungen im Bereich des Messwesens zu verpflichten, der ihre Anforderungen an die Qualität und Kosteneffizienz über sämtliche Bereiche der Energieversorgung hinweg erfüllt.[83]

Hinzu kommt, dass die Netzbetreiber, welche diese Tätigkeiten aufgrund des Monopolcharakters des von ihnen betriebenen Rohrleitungsnetzes bislang ausüben, ohne eine «vollständige Marktöffnung» im Bereich der Verrechnungsmessung keine Anreize haben, ihre Dienstleistungen effizienter und innovativer auszugestalten sowie zu günstigeren Preisen anzubieten, da die heute faktisch gebundenen Endkundinnen und Endkunden auch künftig keine Ausweichmöglichkeit hätten. Auch um den Anreiz der Netzbetreiber, effiziente und kostengünstige Dienstleistungen anzubieten, zu verstärken, sollte die Nachfrage auf sämtliche Endkundinnen und Endkunden im Gasbereich ausgedehnt werden. Die durch die «vollständige Marktöffnung» induzierte Wettbewerbssituation würde bei Netzbetreibern mit überdurchschnittlich hohen Messkosten und/oder Gewinnmargen den Anreiz setzen, ihre Erträge aus dem Messstellenbetrieb und den Messdienstleitungen zu reduzieren, um konkurrenzfähig zu bleiben. Falls die Verrechnungsmessung auf Gesetzesstufe vollständig liberalisiert wird und kein rechtliches Monopol eingeführt wird, kann zudem auf eine relativ aufwändige Regulierung der verglichen mit der Höhe der Netzkosten eher vernachlässigbaren Messkosten verzichtet werden.

Zu beachten ist, dass sich im Markt im Bereich der Verrechnungsmessung auch unter der Prämisse einer «vollständigen Marktöffnung» nur dann ein funktionierender wirksamer Wettbewerb entwickeln kann, wenn gleichzeitig regulatorisch sichergestellt wird, dass die Netzbetreiber als bisherige Messdienstleister und Messstellenbetreiber im Rahmen ihrer *Monopoltätigkeiten nicht übermässige* Erträge generieren können. Netzbetreiber könnten solche Erträge beispielsweise dafür einsetzen, um ihren bisherigen Kundinnen und Kunden zu tief angesetzte und nicht marktkonforme Angebote für Dienstleitungen im Rahmen der Verrechnungsmessung zu unterbreiten, welche ihre effektiven Kosten nur unzureichend berücksichtigen; dies mit dem strategischen Ziel, Drittanbieter von einem Markteintritt abzuhalten und ihre eigene sehr starke Position zu bewahren.[84] Auch aus diesem Grund erscheint es geboten, dass die angedachten Vorgaben zur Netzbewertung im Sinne der Anträge der WEKO überarbeitet werden, um zu verhindern, dass Kosten für den Bau von Netzinfrastruktur von den Netzbetreibern *mehrfach* eintarifiert werden können.[85]

Aufgaben und Verantwortlichkeiten der Akteure im Bereich des Messwesens

Von entscheidender Bedeutung für das Funktionieren des Marktes im Bereich des Messwesens ist die Gewährleistung der Zusammenarbeit der beteiligten Akteure. Bei einer «vollständigen Marktöffnung» sind generell-abstrakte Vorgaben zu den Aufgaben und Verantwortlichkeiten der Verteilnetzbetreiber und der dritten Dienstleistungsanbieter unverzichtbar. Der Bundesrat beabsichtigt, sämtliche diesbezüglichen regulatorischen Vorgaben im Falle der «vollständigen Marktöffnung» auf Verordnungsstufe zu regeln und diesbezüglich eine Delegationsnorm zu schaffen (vgl. Variante 2: Art. 21 Abs. 2 GasVG).

Die WEKO würde es vor diesem Hintergrund begrüssen, wenn zumindest in den Erläuterungen festgehalten werden könnte, dass der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen so ausgestalten wird, dass keine künstlichen Markteintrittshürden für dritte Messstellenbetreiber und Messdienstleister geschaffen werden. Zudem schlagen wir vor, in den Erläuterungen explizit festzuhalten, dass den involvierten Akteuren eine möglichst kurze Frist für die Vornahme der Wechselprozesse und den Abschluss der hierfür erforderlichen Verträge zu gewähren ist. Weiter sollte aus unserer Sicht in den Erläuterungen thematisiert werden, dass die Netzbetreiber durch geeignete Vorgaben die Vornahme der Wechselprozesse effizient auszugestalten haben und dafür entsprechend kostenbasierte und diskriminierungsfreie Gebühren erheben dürfen.

***Ad* Art. 23 – Bilanzgruppen**

Antrag:

Falls gemäss dem Antrag der WEKO zu Art. 7 GasVG die «vollständige Marktöffnung» im Bereich der Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden gesetzlich verankert werden sollte und Art. 8 GasVG antragsgemäss gestrichen wird, sei auch Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GasVG zu streichen.

Begründung:

In Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GasVG ist vorgesehen, dass für die regulierte Versorgung separate Bilanzgruppen zu bilden sind. Diese Regelung beruht konzeptionell auf den Prämissen, dass in Art. 7 GasVG für den Bereich der Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden lediglich eine «Teilliberalisierung» verankert wird und die gebundenen Endkundinnen und Endkunden zu den Konditionen der regulierten Versorgung gemäss Art. 8 GasVG beliefert werden. Beides lehnt die WEKO vorliegend ab. Sollte den Anträgen der WEKO entsprochen werden, ist konsequenterweise auch Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GasVG zu streichen.

[83] Für den Strombereich: WIK Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste GmbH, Kosten-Wirksamkeits-Analyse von Organisationsmodellen des Messwesens in Stromverteilnetzen in der Schweiz, Studie im Auftrag des BFE von 12.8.2015, 1; https://pubdb.bfe.admin.ch/de/publication/download/8039 (11.2.2020). Nach Auffassung der WEKO gilt dies dementsprechend auch für Grosskunden, die sowohl mit Strom als auch mit Gas beliefert werden.

[84] Indizien für derartige Vorgänge waren bspw. nach der Liberalisierung des Messwesens in Deutschland erkennbar; vgl. STEPHAN SCHMITT/MATTHIAS WISSNER, Die Liberalisierung des Messwesens – Verhindert das Abrechnungsentgelt freien Wettbewerb? Zeitschrift für Energiewirtschaft 2015, 171-188; https://link.springer.com/article/10.1007/s12398-015-0158-z#citeas > politische Implikationen und Handlungsempfehlungen (11.2.2020).

[85] Vgl. hierzu die Ausführungen der WEKO zu Art. 19 GasVG; oben, 18 ff.

Unter dem Regime einer «Teilmarktöffnung» mit regulierter Versorgung würde die WEKO die in Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GasVG vorgesehene Regelung allerdings sehr begrüssen. Dadurch würde sichergestellt, dass die Netzbetreiber als angestammte Versorger der an ihre Rohrleitungsnetze angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden aufgrund ihres grossen Kundenportfolios nicht von übermässigen Verschachtelungseffekten profitieren würden. Dies würde einen wichtigen Betrag dazu leisten, dass reine Händler und Lieferanten ohne eigenes Netz auf dem Markt für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden nicht behindert werden.

***Ad* Art. 24 – Bilanzmanagement**

Antrag:

Die Formulierung im Erläuternden Bericht, wonach der MGV vor dem Einsatz von Regelenergie das Flexibilitätsangebot der Netzpufferung sowie der Röhren- und Kugelspeicher nutzen soll, sei zu streichen.

Begründung:

Tagesbilanzierung als zentrales Kriterium für die Entwicklung wirksamen Wettbewerbs im Erdgaslieferbereich

In einer vom BFE in Auftrag gegebenen Studie der KEMA Consulting GmbH wird festgestellt, dass die Durchführbarkeit einer reinen Tagesbilanzierung in der Bilanzzone Schweiz technisch machbar sei. Die Netzbetreiber würden im Grundsatz über genügend Speicherkapazität verfügen, um eine Tagesbilanzierung zu ermöglichen.[86] Vor diesem Hintergrund begrüsst es die WEKO ausdrücklich, dass in Art. 24 Abs. 2 GasVG eine Tagesbilanzierung vorgesehen werden soll.

Die Einführung einer Tagesbilanzierung für **sämtliche** Endkundinnen und Endkunden ist eine der grundlegendsten Voraussetzungen, damit sich wirksamer Wettbewerb im Erdgaslieferbereich entwickeln kann. Für die nicht von den Netzbetreibern als integrierte Versorger belieferten Endkundinnen und Endkunden sowie deren Lieferanten ginge eine Tagesbilanzierung mit erheblichen administrativen Vereinfachungen und geringeren Risiken einher. Im Falle einer Tagesbilanzierung muss kein stündliches Lastprofil eingehalten werden, sondern die Ein- und Ausspeisemenge muss während der 24-stündigen Bilanzierungsperiode gleich sein. Andernfalls wird die Differenz in Form von Ausgleichsenergie abgerechnet. Die heute gemäss den Vorgaben der Gaswirtschaft bei Drittbelieferungen für grosse Prozessgaskunden zu praktizierende Stundenbilanzierung[87] wäre insbesondere für Wärmekunden kaum zu bewältigen und würde diese aufgrund der drohenden Pönalen bei länger andauernden Toleranzbandabweichungen von einem Lieferantenwechsel abhalten.[88]

Anpassungsvorschlag im Erläuternden Bericht

In den Erläuterungen wird ausgeführt, dass der MGV *vor* dem Abruf von Regelenergie das Flexibilitätsangebot der Netzpufferung sowie der Röhren- und Kugelspeicher nutzen solle.[89] Aus wettbewerblicher Sicht sollte der Entscheid des MGV, ob er von seinem vorrangigen Recht gemäss Art. 25 Abs. 2 GasVG zur Nutzung von Speicheranlagen und Netzpufferung Gebrauch macht oder Regelenergie abruft, auf *marktwirtschaftlichen* Mechanismen beruhen und nicht regulatorisch vorgegeben werden. Die WEKO beantragt, dass der erläuternde Bericht entsprechend präzisiert wird.

***Ad* Art. 27 – Speicheranlagen und Netzpufferung**

Antrag:

Art. 27 Abs. 1 Bst. c GasVG sei zu streichen.

Im Erläuternden Bericht sei näher zu begründen, weshalb die bestehenden Kugel- und Röhrenspeicher sowie die Netzpufferung ausschliesslich zu den in Art. 27 Abs. 1 GasVG genannten Zwecken eingesetzt werden dürfen.

Begründung:

Der liberalisierte Markt im Gasbereich sollte einen diskriminierungsfreien und liquiden Zugang für *alle* Marktakteure bieten. Aus wettbewerblicher Sicht sollte eine Regulierung hinsichtlich der Flexibilitäten klare Regeln für eine *diskriminierungsfreie* Nutzung des Netzes enthalten mit dem Ziel, die Flexibilitäten wenn möglich dem Markt zur Verfügung zu stellen. Nur falls es aus zwingenden systembedingten Gründen erforderlich ist, sollte die Zweckverwendung von bestimmten Flexibilitäten regulatorisch eingeschränkt werden.

In Art. 27 Abs. 1 GasVG ist vorgesehen, dass die an das Rohrleitungsnetz angeschlossenen (bestehenden) Kugel- und Röhrenspeicher und die Netzpufferung *ausschliesslich* zu den im Gesetz genannten Zwecken eingesetzt werden dürfen. Der MGV soll *vorrangig* auf die Speicheranlagen des *Transportnetzes* und dessen Netzpufferung zugreifen dürfen (Art. 27 Abs. 2 GasVG). Gemäss dem Erläuternden Bericht *diene* das Zugriffsrecht des MGV der Absicherung des Risikos von unzureichender Flexibilität in der Tagesbilanzierung.[90] Ein solches sei zur Realisierung der Tagesbilanzierung *notwendig*, zumal die Netzstabilität primär über *inländische* Flexibilitätsquellen erhalten werde, Regelenergie also erst sekundär eingesetzt werden solle.[91] Darüber hinaus sollen die Speicheranlagen und die Netzpufferung von den *Netzbetreibern* zur Gewährleistung des stabilen Netzbetriebs sowie zur Bereitstellung von Flexibilität für die regulierte Versorgung im Rahmen der Bilanzierung untertägiger Restriktionen eingesetzt werden (Art. 27 Abs. 1 Bst. a und c GasVG). Hingegen sollen die bestehenden Speicheranlagen und die Netzpufferung nicht für den Gashandel eingesetzt werden dürfen.[92]

[86] KEMA Consulting GmbH, Grundsatzfragen zum zukünftigen Gasbilanzierungsmodell in der Schweiz (2. Phase), Endbericht für das BFE vom 26.8.2016.

[87] Verbändevereinbarung, Ziff. 2.5.3 sowie Allgemeine Netznutzungsbedingungen für die schweizerischen Erdgasnetze (ANB), Version 1.5a vom 1. Oktober 2015, Ziff. 6; beide Dokumente sind abrufbar unter http://www.ksdl-erdgas.ch/downloads (11.2.2020).

[88] MICHAEL MERKER, Gasmarktliberalisierung Schweiz, in: Jusletter vom 23.4.2012, 6.

[89] Erläuternder Bericht (Fn 4), 39.

[90] Erläuternder Bericht (Fn 4), 28.

[91] Erläuternder Bericht (Fn 4), 50.

[92] Erläuternder Bericht (Fn 4), 49.

Die WEKO beantragt, dass im Rahmen der «vollständigen Marktöffnung» im Erdgaslieferbereich auf eine regulierte Versorgung zu verzichten ist.[93] Falls diesem Antrag entsprochen werden sollte, ist konsequenterweise auch Art. 27 Abs. 1 Bst. c GasVG zu streichen.

Nach Auffassung der WEKO sollen die Entscheide der Netzbetreiber bei der Wahl von konkreten Massnahmen zur Aufrechterhaltung des Netzbetriebs möglichst auf *marktwirtschaftlichen* Prinzipien beruhen. Speicher sind nur dann einzusetzen, wenn dies im konkreten Fall die effizienteste Lösung zur Zielerreichung ist. Aus wettbewerblicher Sicht besteht kein Grund, *inländischen Speichern* bei den netzstabilisierenden Massnahmen einen Vorrang einzuräumen, wenn *alternative Flexibilitäten kostengünstiger* zum gleichen Ergebnis führen würden. Nach wie vor wird in den Erläuterungen nicht dargelegt, weshalb die Zweckbeschränkung aus *technischer* Sicht effektiv *notwendig* ist und die Aufrechterhaltung der Netzstabilität und die Durchführung der Tagesbilanzierung *zwingend* hiervon abhängt. Für die WEKO ist basierend auf den momentanen Ausführungen in den Erläuterungen nicht schlüssig nachvollziehbar, weshalb die Beschränkung des Einsatzzwecks *vollumfänglich* für sämtliche bestehenden Speicheranlagen der Netzbetreiber gelten soll. Insofern überzeugen die neuerdings für die Zweckbeschränkung der Speicheranlagen und der Netzpuffer vorgebrachten Gründe nicht. Insbesondere ersuchen wir Sie, detailliertere Ausführungen im Erläuternden Bericht dazu zu machen, ob aus systembedingten Gründen die *vorrangige* Zweckverwendung der an das Gasnetz angeschlossenen Speicheranlagen und der Netzpufferung durch den MGV gemäss Art. 25 Abs. 2 GasVG – unter Berücksichtigung aller potentiell zur Verfügung stehender Flexibilitäten – effektiv notwendig ist, damit die Bilanzierung mittels einer Tagesbilanz abgewickelt werden kann. In diesem Falle wäre die Beschränkung hinsichtlich des Verwendungszwecks dieser Flexibilitäten aus unserer Sicht zu rechtfertigen. Unter diesen Umständen würde der Speichereinsatz einen wichtigen Beitrag zur Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs im Erdgaslieferbereich leisten.

_Ad_ Art. 28 und 29 – Konstituierung sowie Organisation und Finanzierung des Marktgebietsverantwortlichen

Antrag:

Art. 29 Abs. 1 GasVG sei dahingehend umzuformulieren, dass die Anteilseigner des MGV nicht im Erdgaslieferbereich tätig sein dürfen. Der MGV muss rechtlich und funktionell (personell, organisatorisch, informatorisch und hinsichtlich der Ressourcenausstattung) von den übrigen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung entflochten sein.

Eventualiter sei Art. 29 Abs. 1 GasVG dahingehend zu präzisieren, dass die Anteile am MGV zwischen den Gasnetzbetreibern sowie den Händlern ohne eigenes Netz und den Organisationen der Endkundinnen und Endkunden paritätisch aufgeteilt werden müssen, so dass keine Interessengruppe allein in der Lage ist, den MGV zu kontrollieren. Kann unter diesen Voraussetzungen kein MGV gegründet werden, sind dessen Aufgaben an eine von diesen Interessengruppen unabhängige Stelle zu übertragen, die erforderlichenfalls vom Bund zu schaffen ist.

Begründung:

Der Marktgebietsverantwortliche (MGV) übt sehr wichtige Funktionen für die Gewährleistung des Wettbewerbs im Bereich der Erdgaslieferung aus; insbesondere die Bewirtschaftung der Kapazitätsprodukte, die Engpassbewirtschaftung und die Festsetzung der Entry-Exit-Tarife. Zudem ist der MGV für das Bilanzmanagement und die Koordination von Lieferantenwechseln verantwortlich. Somit kommt der MGV aufgrund seiner Aufgaben mit einer Vielzahl von wirtschaftlich sensiblen Informationen in Kontakt. Er kennt sämtliche Ein- und Ausspeisemengen der Bilanzgruppen in der Bilanzzone Schweiz sowie die Handelsmengen am virtuellen Ausspeisepunkt (VAP) und weiss somit, wer mit wem zu welchen Konditionen handelt. Zudem erhält er diverse Informationen aufgrund seiner Funktion im Kontext mit Lieferantenwechseln. Wenn wie im Vernehmlassungsentwurf vorgeschlagen auf eine Verpflichtung der Netzbetreiber zur rechtlichen und funktionellen Entflechtung des Netzbetriebs von den übrigen Geschäftsbereichen verzichtet wird, kann die Unabhängigkeit des MGV von der Gaswirtschaft ohne weitergehende regulatorische Absicherungen auf Gesetzesebene nicht vollumfänglich gewährleistet werden.

Gemäss den angedachten Vorgaben soll der MGV von Unternehmen der Gaswirtschaft und Organisationen der Endkundinnen und Endkunden in Form einer privatrechtlichen Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft gegründet werden, wobei die Gründungskosten den Endkundinnen und Endkunden über das Netznutzungsentgelt in Rechnung gestellt werden sollen (Art. 28 Abs. 1 GasVG). Falls dies nicht geschehen sollte, überträgt der Bundesrat die Aufgaben des MGV einer bestehenden oder von ihm gegründeten Stelle (Art. 28 Abs. 3 GasVG). Die Statuten des MGV sind vom UVEK zu genehmigen (Art. 28 Abs. 2 GasVG). Gemäss Art. 29 Abs. 1 GasVG muss der MGV von der Gaswirtschaft *unabhängig* und *personell* vollständig von dieser entflochten sein. Der Bundesrat *kann* weitere Anforderungen an die Unabhängigkeit im Verordnungsrecht regeln. Hinsichtlich der Anforderungen an die personelle Entflechtung wird im Erläuternden Bericht ausgeführt, es solle keinem Anteilseigner möglich sein, über eine *Mehrheitsbeteiligung* einen bestimmenden Einfluss auf den MGV zu nehmen. Die Entflechtung von den wettbewerblich tätigen Unternehmen der Gaswirtschaft müsse mindestens so scharf ausfallen, wie dies bei der nationalen Netzgesellschaft gemäss den Vorgaben des StromVG der Fall sei.[94] Nach Auffassung der WEKO vermögen die angedachten Entflechtungsvorgaben die Unabhängigkeit des MGV nicht vollumfänglich sicherzustellen.

[93] Vgl. die voranstehenden Ausführungen zu Art. 7 und 9 GasVG.
[94] Erläuternder Bericht (Fn 4), 51.

Die Unabhängigkeit des MGV wird durch die Tatsache in Frage gestellt, dass seine Anteilseigner aller Voraussicht nach Unternehmen der Gaswirtschaft (regionale und/oder lokale Netzbetreiber) sein werden. Hinzu kommt, dass der MGV zwar als privatrechtliche Gesellschaft konzipiert werden soll, jedoch gemäss den vorgesehen regulatorischen Vorgaben keinen Gewinn erzielen darf.[95] Unter diesen Voraussetzungen kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Gaswirtschaft auf die operationellen Tätigkeiten des MGV Einfluss zu nehmen versuchen könnte. Die Wahl des strategischen Organs der Gesellschaft würde den Anteilseignern obliegen. Im Bereich der Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden bestehen bei den Netzbetreibern **gleichgerichtete Interessen**. Diese könnten etwa bestrebt sein, durch entsprechend ausgestaltete Kapazitätsprodukte sowie die Berechnung der Grenzkapazität reine Händler im Bereich der Erdgaslieferung zu behindern. Insofern hätte eine regulatorische Vorgabe, wonach kein Unternehmen der Gaswirtschaft mehrheitlich am MGV beteiligt sein darf, allein keinen Mehrwert, solange auf eine rechtliche und funktionelle Entflechtung des Netzbetriebs von den übrigen Geschäftsbereichen der GVU verzichtet wird.

Es braucht für den MGV daher weitergehende Entflechtungsvorgaben, welche die potentiellen Möglichkeiten der Gaswirtschaft zur operativen Einflussnahme zu beschränken vermögen. Die WEKO schlägt als zusätzliche Massnahme vor, auf Gesetzesstufe explizit festzuhalten, dass der MGV **rechtlich und funktionell** (**personell, organisatorisch, informatorisch und hinsichtlich der Ressourcenausstattung**) **vollständig entflochten** und daher im Erdgaslieferbereich nicht tätig ist.

Falls dieser Antrag nicht berücksichtigt wird, sollte auf **Gesetzesstufe** zumindest festgehalten werden, dass die Anteile **aller** am MGV beteiligten Netzbetreiber **in der Summe** nicht so hoch sein dürfen, dass diese den MGV beherrschen können. Zurzeit ist in Art. 28 Abs. 1 GasVG lediglich vorgesehen, dass es grundsätzlich auch für Organisationen der Endkundinnen und Endkunden *möglich* sein soll, Anteile am MGV zu erwerben. Im Erläuternden Bericht wird explizit darauf hingewiesen, dass *insbesondere* die Transport- und Verteilnetzbetreiber von dieser Möglichkeit Gebrauch machen könnten.[96] Um die Unabhängigkeit des MVG bei seinen Entscheidungen besser zu gewährleisten, sollten zumindest die Anteile an der neu zu gründenden Stelle zwischen den verschiedenen Interessengruppen **paritätisch aufgeteilt** werden, so dass keine Interessengruppe in der Lage ist, den MGV zu kontrollieren.

Kann unter diesen Voraussetzungen kein MVG gegründet werden, hat der Bundesrat die betreffenden Aufgaben an eine bestehende oder neu zu schaffende *unabhängige* Stelle zu übertragen, an welcher *keine der involvierten Interessengruppen beteiligt* ist.

Ad Art. 30 – Energiekommission

Antrag:

Der Passus in Art. 30 Abs. 2 Bst. b GasVG, wonach die EnCom für die Tarifprüfung im Bereich der regulierten Versorgung zuständig ist, sei zu streichen.

Es sei in Art. 30 GasVG ein neuer Absatz einzufügen, wonach die EnCom befugt ist, Anpassungen an den von der Gaswirtschaft entwickelten einheitlichen Vertragsstandards (Art. 13 Abs. 1 und 2 GasVG) vorzunehmen, falls diese zur Gewährleistung der Netzstabilität nicht zwingend erforderlich sind, wenn dadurch der diskriminierungsfreie und effiziente Netzzugang sichergestellt werden kann.

Zudem beantragt die WEKO, dass die EnCom zuständig sein soll, die technische Kapazität an den Grenzübergangspunkten zu überprüfen und abzuändern, falls diese unter Berücksichtigung der Netzstabilität und des effizienten Netzbetriebs zu tief angesetzt wurde.

Begründung:

Zuständigkeit der EnCom über die Einhaltung des GasVG

Die WEKO begrüsst es, dass die Aufsicht über die Einhaltung des GasVG künftig von der EnCom als Sektorregulator im Energiebereich übernommen werden soll. Aufgrund der Tätigkeiten der heutigen ElCom im Strombereich wird die EnCom ab Inkrafttreten des GasVG über besonderes Fachwissen verfügen. Durch die Zuständigkeit der EnCom in den Bereichen der Strom- und Gasversorgungsgesetzgebung werden Synergien geschaffen. Zudem ist die Zuständigkeit der EnCom im Gasbereich wünschenswert, da sie mit den erforderlichen personellen Ressourcen (insb. Physikerinnen und Physiker, Ingenieurinnen und Ingenieure, Volkswirtinnen und Volkswirte, Betriebsökonominnen und Betriebsökonomen sowie Juristinnen und Juristen) ausgestattet ist, um die rund 100 Gasnetzbetreiber sowie den MGV hinsichtlich der Einhaltung der diversen Vorgaben im Spezialgesetz effektiv beaufsichtigen zu können.

Regulierte Versorgung (Art. 8 GasVG)

Bei Berücksichtigung der Anträge der WEKO zu den Art. 7 und 8 GasVG besteht die regulierte Versorgung nicht mehr. In diesem Fall ist konsequenterweise auch Art. 30 Abs. 2 Bst. b GasVG zu streichen.

Vertragsstandards für Ein- und Ausspeiseverträge (Art. 13 Abs. 1 und 2 GasVG)

Falls dem Antrag der WEKO zu Art. 13 GasVG entsprochen wird und die EnCom berechtigt werden sollte, die einseitig von der Gaswirtschaft zu entwickelnden Vertragsstandards für Ein- und Ausspeiseverträge abzuändern, ist in Art. 30 GasVG eine entsprechend lautende Bestimmung zur Zuständigkeit der EnCom zu schaffen.

Technische Kapazität an den Grenzübergangspunkten (Art. 14 GasVG)

Die WEKO beantragt, dass die EnCom in Art. 14 GasVG befugt werden soll, die vom MGV berechnete technische Kapazität an den Grenzübergangspunkten abzuändern, falls diese unter Berücksichtigung der Netzstabilität und des effizienten Netzbetriebs zu tief angesetzt wurde. Bei Berücksichtigung dieses Antrags ist in Art. 30 GasVG eine entsprechende Zuständigkeit der EnCom zu schaffen.

[95] Art. 29 Abs. 2 Satz 2 GasVG; Erläuternder Bericht (Fn 4), 27 und 51.
[96] Erläuternder Bericht (Fn 4), 50.

***Ad* Errichtung und Betrieb eines Datahubs**

Antrag:

Es sei in Koordination mit dem Gesetzgebungsverfahren «Revision StromVG» eine formalgesetzliche Grundlage für die Errichtung und den Betrieb eines Datahubs für den Datenaustausch im Strom- und Gasbereich zu schaffen, die spätestens ab dem Inkrafttreten des GasVG Geltung haben soll. Die Unabhängigkeit des Betreibers des Datahubs sei auf Gesetzesstufe sicherzustellen.

Begründung:

In den Erläuterungen wird ausgeführt, dass für einen qualitativ hochwertigen und effizienten Datenaustausch eine zentrale, digitale, plattformbasierte Lösung im Sinne eines «Datahubs» vorteilhaft sei. Für Strom und Gas kombinierte Plattformen würden zu Skalenerträgen und Synergien führen, Kosten reduzieren, digitale Dienstleistungen unterstützen sowie Konsumenten vermehrt befähigen, am Strom- und Gasmarkt teilzunehmen. Letztlich werde die Koordination der Akteure vereinfacht. Eine eigenständige Lösung für den Bereich der Gasversorgung erscheint volkswirtschaftlich nicht sinnvoll. Sollte «*dereinst*» für den Strommarkt eine solche Lösung geschaffen werden, sei darauf zu achten, dass dieser auch für den Gasmarkt genutzt werden könnte. Nach der vorgesehenen Konzeption soll es demnach zumindest vorläufig der Gaswirtschaft überlassen bleiben, *ob* ein Datahub errichtet wird und *wie* dieser im Detail ausgestaltet wird. Wann gesetzliche Grundlagen für die Errichtung eines unabhängigen Datahubs im StromVG geschaffen werden und Geltung erlangen sollen, ist zurzeit ungewiss.

Ein diskriminierungsfreier und effizient organisierter Zugang zu – mitunter wirtschaftlich hochsensiblen – Daten und Informationen spielt eine entscheidende Rolle für die Entwicklung wirksamen Wettbewerbs. Aus Sicht der WEKO erscheint die Schaffung einer formalgesetzlichen Grundlage **unumgänglich**, damit die Neutralität des Datahubs gewährleistet und dieser ohne Diskriminierungspotential betrieben werden kann. Die Eigentümerstruktur des Betreibers des Datahubs sowie weitere Governance-Aspekte sollten auf Gesetzesstufe verankert werden. Die Eigentümer des Datahub-Betreibers könnten über den Verwaltungsrat unter anderem Einfluss auf die Umsetzung und Durchsetzung von Marktregeln zu nehmen versuchen. Zudem könnten sich die Eigentümer über den Datahub potentiell Zugriff auf Kundenbeziehungen und andere Geschäftsgeheimnisse von Konkurrenten verschaffen. Dies könnte zu Wettbewerbsverzerrungen führen[97] und birgt ein Potential für wettbewerbswidrige Abreden. Bei einer nichtstaatlichen Lösung müsste daher mittels geeigneter Schutzbestimmungen und aufsichtsrechtlicher Instrumente möglichst ausgeschlossen werden können, dass sich die Eigentümer aufgrund der Funktionen des Datahubs Vorteile im Markt verschaffen könnten.

Im Strombereich besteht bereits eine Branchenlösung. Die Swisseldex AG entwickelt und betreibt eine zentrale Datenaustauschplattform, die zurzeit 33 % aller Messpunkte des schweizerischen Stromnetzes abdeckt. Der Datahub übernimmt die Datenverteilung und ist eine Routing Plattform. Aktionäre der Swisseldex AG sind die Verteilnetzbetreiber AEW, BKW, CKW, ewz und AEM, die jeweils einen Sitz im Verwaltungsrat des Gemeinschaftsunternehmens haben.[98] Diese Verteilnetzbetreiber sind auch im Bereich der Stromversorgung sowie in diversen weiteren Dienstleistungsmärkten tätig. Mit dieser von der Strombranche entwickelten Governance-Lösung werden die Anforderungen an die Neutralität des Datahubs **nicht** gewährleistet.

Eine gemeinsame Lösung für Strom und Gas erscheint aus Gründen der Kosteneffizienz sinnvoll. Daher empfehlen wir, die Thematik Datahub im Gasbereich mit dem Gesetzgebungsverfahren «Revision StromVG» zu *koordinieren*. Die neue Rechtsgrundlage sollte **spätestens** ab dem Inkrafttreten des GasVG Geltung erlangen und könnte daher auch im Rahmen des vorliegenden Gesetzgebungsprojektes erlassen werden, falls dieses vor der «Revision StromVG» abgeschlossen werden sollte. Damit wird gewährleistet, dass nach dem Inkrafttreten des GasVG hierzu Vorgaben bestehen und die Unternehmen der Gaswirtschaft keine eigene Lösung entwickeln können, welche den Anforderungen an die Unabhängigkeit nicht genügend Rechnung trägt.

***Ad* Art. 41 – Übergangsbestimmungen**[99]

Antrag:

Art. 41 Abs. 1 und 2 GasVG seien ersatzlos zu streichen.

Begründung:

Verzögerung der Marktöffnung im Erdgaslieferbereich aufgrund der Bilanzierung mittels SLP

Gemäss dem Erläuternden Bericht ist vorgesehen, für Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von voraussichtlich *mindestens 1 GWh* pro Verbrauchsstätte im Verordnungsrecht den Einbau einer Lastgangmessung oder gegebenenfalls eines Mengenumwerters vorzuschreiben.[100] Gemäss Art. 22 Abs. 4 GasVG sollen Kundinnen und Kunden ohne einen solchen intelligenten Zähler mittels Standardlastprofilen (SLP) bilanziert werden. In Art. 38 Abs. 1 GasVG ist angedacht, dass die Netzbetreiber und der MGV **innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten des Gesetzes** SLP zu entwickeln haben. Gemäss Art. 41 Abs. 2 GasVG sollen netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden den Lieferanten erst dann den Erdgaslieferanten frei wählen können, wenn die Messgeräte die technischen Mindestanforderungen erfüllen oder die erforderlichen SLP vorliegen.

[97] THEMA Consulting Group, Datahub Schweiz, Kosten-Nutzen-Analyse und regulatorischer Handlungsbedarf, Bericht für das BFE vom 1.10.2018, 98.

[98] http://www.swisseldex.ch/ueber-uns/ und http://www.swisseldex.ch/dienstleistungen/ (11.2.2020).

[99] Zu Art. 41 Abs. 6 GasVG, welcher die Netzbewertung betrifft, nimmt die WEKO in ihren Ausführungen zu Art. 19 GasVG Stellung. Die WEKO beantragt, dass diese im Vernehmlassungsentwurf neu geschaffene Vorgabe aufgehoben wird, falls der Hauptantrag oder Eventualantrag der WEKO hinsichtlich der Basis zur Berechnung der Kapitalkosten berücksichtigt werden sollte; vgl. oben, 19 ff. und 21.

[100] Erläuternder Bericht (Fn 4), 24 und 45.

Aufgrund der vorgesehenen Übergangsbestimmungen in Art. 41 Abs. 1 und 2 GasVG besteht nach Ansicht der WEKO die erhöhte Gefahr, dass sich die freie Lieferantenwahl für Endkundinnen und Endkunden mit einem jährlichen Verbrauch bis 1 GWh nach dem Inkrafttreten des Gesetzes faktisch weiter auf unabsehbare Zeit hinausschieben würde. Für solche Endkundinnen und Endkunden ist in den Erläuterungen angedacht, dass die Bilanzierung mittels SLP erfolgen soll. Eine *nachvollziehbare* Begründung für die Gewährung einer zusätzlichen einjährigen Frist zur Einführung von SLP zugunsten der heutigen Versorgungsmonopolisten findet sich im Erläuternden Bericht nicht.[101] Ebenso wenig gibt es für die Netzbetreiber einen finanziellen Anreiz, die SLP innerhalb der zusätzlich gewährten einjährigen Frist umzusetzen. Die Nichteinhaltung dieser Vorgaben würde basierend auf dem Vernehmlassungsentwurf für die Netzbetreiber keine Nachteile mit sich ziehen. Insofern hätte die zeitliche Vorgabe im GasVG lediglich den Charakter einer Ordnungsvorschrift.

Es kann erfahrungsgemäss davon ausgegangen werden, dass das GasVG nach der Beschlussfassung in den eidgenössischen Räten mit einer Vorlaufzeit von mindestens einem halben Jahr in Kraft gesetzt werden wird, wie dies vor rund zehn Jahren auch in Bezug auf das StromVG der Fall war. SLP dienen der vereinfachten Abwicklung von Gaslieferungen an Endkundinnen und Endkunden, an deren Entnahmestelle eine registrierende Lastgangmessung aufgrund ihrer relativ geringen Abnahmemenge unverhältnismässig wäre. Netzbetreiber kennen den Verbrauch und die Benutzungsprofile der Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet in aller Regel seit Jahrzehnten. Auch bei der Buchung von Kapazitäten müssen sie die Profile ihrer heute nicht täglich gemessenen Kundinnen und Kunden aufgrund von Erfahrungswerten abschätzen. Die Netzbetreiber sollten daher in der Lage sein, **bereits ab Inkrafttreten des GasVG** die Bilanzierung von kleineren Endkundinnen und Endkunden mittels SLP vorzunehmen. Nur schon aus diesem Grund sind Art. 41 Abs. 1 und 2 GasVG zu streichen.

Bei der Einführung der SLP in Deutschland entwickelte die Technische Universität München insgesamt 13 SLP auf Basis umfangreicher mehrjähriger Messungen im gesamten Gebiet der Bundesrepublik. Den Netzbetreibern stand es aber auch frei, eigene SLP zu entwickeln.[102] Die SLP bei nicht leistungsgemessenen Endkundinnen und Endkunden werden nach ihrem Verbrauchsverhalten unterteilt, wobei zwischen Gewerbe-, Kochgas- und Heizgaskunden unterschieden wird.[103] Auch in Österreich,[104] Frankreich und Italien[105] wurden SLP erarbeitet, die seit geraumer Zeit angewendet werden. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb nicht die im grenznahen Ausland entwickelten SLP von den Netzbetreibern in der Schweiz übernommen und an die lokalen Verhältnisse angepasst werden können. Dies spricht erst recht dafür, dass SLP ab dem Inkrafttreten des GasVG ohne Gewährung einer Übergangsfrist eingesetzt werden können.

In diesem Kontext begrüssen wir es, dass auf Antrag des Sekretariats der WEKO in der Ämterkonsultation mit Art. 41 Abs. 3 GasVG eine neue Übergangsbestimmung geschaffen wurde, welche es den netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden ermöglicht, **auf ihre Kosten** ein den gesetzlichen Vorgaben entsprechendes Messgerät anzuschaffen, falls die SLP in absehbarer Zeit nicht entwickelt werden sollten. Damit wird das Potential von Wettbewerbsbeschränkungen im Erdgasliefermarkt zumindest ein Stück weit eingeschränkt. Ein solches Wahlrecht für netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden ist auch dann notwendig, wenn die Netzbetreiber in Art. 41 Abs. 1 GasVG wie vorgeschlagen keine zusätzliche Frist für die Erarbeitung und Einführung von SLP zugestanden erhalten sollten. Es ist nicht auszuschliessen, dass die Netzbetreiber sich nach dem Inkrafttreten des GasVG mit der Entwicklung von SLP bewusst Zeit lassen könnten, um den Netzzugang von heute faktisch gebundenen Endkundinnen und Endkunden, die künftig im Falle von Drittbelieferungen mit SLP bilanziert werden sollen, hinauszuzögern; vorliegend erscheint dies insbesondere auch deshalb nicht unrealistisch, da im GasVG für den Fall einer Verzögerung über die aus unserer Sicht nicht legitimierte zusätzliche Frist von einem Jahr hinaus keine spürbaren negativen Konsequenzen vorgesehen sind.

Die WEKO bedankt sich für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung dieser Anliegen.

[101] Erläuternder Bericht (Fn 4), 23.

[102] PWC, Regulierung in der deutschen Energiewirtschaft, Praxishandbuch zum Energiewirtschaftsgesetz, Band I, Netzwirtschaft, 4. Aufl. Freiburg 2015, 262 f.

[103] § 24 GasNZV.

[104] https://www.agcs.at/de/clearing/technisches/lastprofile/lastprofile_ab_01.04.2009 (11.2.2020).

[105] E-CUBE Strategy consultants, Suisse Marché du gaz Potentiel des profils de charge standards et des compteurs intelligents pour le marché du gaz, Etude mandatée par l'OFEN, Décembre 2018, p. 19.

B 4 Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 4	**1. Urteil des BVGer vom 25. Juni 2018 – Sanktionsverfügung – Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau (Erne)**

Am 25. Juni 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht vier Urteile zur Untersuchung 22-0385: Strassenbau Aargau (Verfügung vom 16. Dezember 2011) gefällt. Die Urteile enthalten insbesondere detaillierte Ausführungen zur Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung bezüglich einer Vielzahl von Einzelsubmissionsabreden. Ansonsten sind die Urteile weitgehend deckungsgleich. Um Wiederholungen zu vermeiden, ist nachfolgend primär das Urteil Erne c./ WEKO (B-807/2012) abgedruckt, wobei sich die Publikation bezüglich der Sachverhaltswürdigung auf einige repräsentative Beispiele beschränkt. Ergänzend werden aus den Urteilen Cellere c./ WEKO (B-771/2012), Granella c./ WEKO (B-829/2012) und Umbricht c./ WEKO (B-880/2012) spezifische Passagen publiziert, die von allgemeinem Interesse erscheinen und sich im Urteil Erne nicht finden. Die vollständigen Urteile können auf der Website des BVGer abgerufen werden.

Urteil B-807/2012 des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juni 2018 in Sachen

1. ERNE Holding AG Laufenburg, in Laufenburg,
2. ERNE AG Bauunternehmung, in Laufenburg,
3. Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau, Birrhard,

alle vertreten durch […], Beschwerdeführerinnen

gegen

Wettbewerbskommission, WEKO, Vorinstanz.

Gegenstand: Sanktionsverführung – Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau

Sachverhalt

A. Ablauf der Untersuchung

A.a Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) eröffnete am 8. Juni 2009 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) betreffend allfällige Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau gegen die folgenden Gesellschaften (Akten-Nr. 22-0385):

- Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, Döttingen (nachfolgend Birchmeier),
- Cellere AG Aarau Bauunternehmung, Aarau (nachfolgend Cellere, die Gesellschaft wurde auf den 10. August 2016 gelöscht),
- Erne AG Bauunternehmung, Laufenburg (nachfolgend Beschwerdeführerin 2 oder Erne),
- Granella AG, Würenlingen (nachfolgend Granella),
- Implenia Bau AG, Buchs AG (nachfolgend Implenia),
- Knecht Bau AG, Brugg (nachfolgend Knecht),
- Meier und Söhne AG, Schwaderloch (recte: Meier Söhne AG, Bau-unternehmung, nachfolgend Meier Söhne),
- Umbricht AG, Turgi (später Umbricht Bau AG, nachfolgend Umbricht),
- Walo Bertschinger AG, Aarau (nachfolgend Walo Bertschinger).

Dem Sekretariat lägen aufgrund einer Anzeige Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden im Bereich des Strassen- und Tiefbaus im Kanton Aargau vor. Laut den vorliegenden Informationen bestehe der Verdacht, dass sich im Kanton Aargau Vertreter verschiedener Bauunternehmen abgesprochen hätten, insbesondere um bei Ausschreibungen die Eingaben bzw. Eingabesummen zu koordinieren und allenfalls die Bauprojekte bzw. Kunden aufzuteilen. Mit der Untersuchung solle geprüft werden, ob tatsächlich eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 KG vorliegt (vgl. [...] sowie amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt [SHAB] vom 13. Juli 2009, Nr. 132, 57 f. sowie im Bundesblatt vom 14. Juli 2009 [BBl 2009 5173]).

A.b Gleichzeitig mit dieser (vorliegend gegenständlichen) Untersuchung eröffneten die Wettbewerbsbehörden am 8. Juni 2009 aufgrund der vorliegenden Informationen gegen weitere Gesellschaften eine zweite Untersuchung gemäss Art. 27 KG. Im Unterschied zur vorliegenden Untersuchung betraf jene - mit Verfügung vom 22. April 2013 rechtskräftig abgeschlossene - Untersuchung allfällige Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (Akten-Nr. 22-0384).

A.c Am 9. Juni 2009 nahm das Sekretariat gestützt auf Art. 42 Abs. 2 KG gleichzeitig an verschiedenen Standorten in den Kantonen Aargau und Zürich Hausdurchsuchungen vor.

In der den Kanton Aargau betreffenden Untersuchung erfolgte eine Hausdurchsuchung bei Umbricht (abgeschlossen erst am 10. Juni 2009), Granella, Birchmeier, Cellere und Implenia. Bei der Beschwerdeführerin 2, Knecht, Meier Söhne sowie Walo Bertschinger führte das Sekretariat keine Hausdurchsuchung durch. Das Sekretariat überbrachte jedoch auch diesen Gesellschaften (wie den von den Hausdurchsuchungen betroffenen) je ein Schreiben über die Eröffnung der Untersuchung sowie ein Dokument zu den Bestimmungen über die

Bonusregelung. Während den Hausdurchsuchungen beschlagnahmte das Sekretariat diverses Aktenmaterial sowie auch elektronische Geräte und Daten.

A.d In der Folge erklärten sich sechs Untersuchungsadressaten zur Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden bereit und reichten beim Sekretariat Selbstanzeigen gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) ein:

Als Erstes kündigte Birchmeier am 9. Juni 2009 anlässlich der Hausdurchsuchung eine Teilnahme am sog. Bonusprogramm an, dies zunächst telefonisch mit umgehender schriftlicher Bestätigung per Fax (11.34 Uhr). Darauf reichten Knecht und Meier Söhne am 10. Juni 2009 (10.05 Uhr per Fax) sowie Implenia am 11. Juni 2009 (14.34 Uhr per Fax; tags zuvor telefonisch um 16.55 Uhr) Selbstanzeigen ein.

Nach der Ausdehnung der Untersuchung auf weitere Gesellschaften - worunter sich auch die G. Schmid AG, Wittnau befand (vgl. A.e) - reichte am 30. August 2010 auch die G. Schmid AG eine Selbstanzeige ein. Am 9. Dezember 2010 (Posteingang) sicherte schliesslich auch Umbricht den Wettbewerbsbehörden die volle und uneingeschränkte Kooperationsbereitschaft zu. Dies im Rahmen der Eingabe, mit welcher der mittlerweile beigezogene Rechtsvertreter von Umbricht den Fragebogen des Sekretariats vom 25. August 2010 (vgl. A.f) innert erstreckter Frist beantwortete (vgl. [...]).

Im weiteren Verlauf der Untersuchung reichten (...) dem Sekretariat sechs Ergänzungen zur Selbstanzeige vom (...), (...) vier Ergänzungen zur Selbstanzeige vom (...) und (...) zwei Ergänzungen zur Selbstanzeige vom (...) ein.

A.e Nach einer Sichtung bzw. Auswertung der vorliegenden Selbstanzeigen, des beschlagnahmten Aktenmaterials sowie der elektronischen Daten dehnte das Sekretariat die Untersuchung am 19. August 2010 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums auf folgende Gesellschaften aus:

- Ernst Frey AG, Kaiseraugst (nachfolgend Ernst Frey),
- Ziegler AG, Liestal (nachfolgend Ziegler),
- G. Schmid AG, Wittnau (nachfolgend G. Schmid),
- Käppeli Bau AG, Wohlen AG (nachfolgend Käppeli),
- Graf AG, Zufikon (nachfolgend Graf),
- Sustra AG, Schöftland (nachfolgend Sustra),
- Hüppi AG, Aarau (nachfolgend Hüppi),
- Treier AG, Schinznach Dorf (nachfolgend Treier).

Die Ausdehnung der Untersuchung wurde ebenfalls amtlich publiziert (vgl. SHAB vom 31. August 2010, Nr. 168, 33 und BBl 2010 5526).

A.f Am 25. August 2010 stellte das Sekretariat allen 17 Untersuchungsadressaten gestützt auf Art. 40 KG einen Fragebogen zur Beantwortung zu.

Die befragten Gesellschaften wurden "*zwecks Klärung der offenen Fragen*" ersucht, Angaben zu 109 einzeln aufgeführten, möglicherweise abgesprochenen, Projekten zu machen. Die Befragten sollten insbesondere angeben, ob - und gegebenenfalls in welcher Höhe - sie in den jeweiligen Projekten eine Offerte eingereicht haben und wer bei den Projekten den Zuschlag erhielt. Zudem fragte das Sekretariat mit dem Fragebogen vom 25. August 2010 nach den Gesamtumsätzen der Befragten in den Jahren 2006 bis 2009 sowie den jeweils in diesem Zeitraum im Kanton Aargau im Bereich Tiefbau (inkl. Strassenbau) erzielten Umsätzen (vgl. [...]).

Die Beschwerdeführerin 2 beantwortete den Fragebogen vom 25. August 2010 mit Schreiben vom 21. September 2010 (vgl. [...]), während die übrigen Antworten zu den Fragebögen zwischen dem 14. September 2010 und dem 9. Dezember 2010 beim Sekretariat eingingen (vgl. [...]).

A.g Darauf bemängelte das Sekretariat mit Schreiben vom 21. Dezember 2010 an die Beschwerdeführerin 2 und an Umbricht, dass diese in den eingereichten Antworten keinerlei Angaben zu ihren Tochtergesellschaften gemacht hätten. Mit Bezug auf die Beschwerdeführerin 2 nannte das Sekretariat als Tochtergesellschaft ausdrücklich die Gebrüder Meier AG (nachfolgend Beschwerdeführerin 3 oder Gebrüder Meier) und mit Bezug auf Umbricht die Neue Bau AG (nachfolgend Neue Bau).

Das Sekretariat stellte den Fragebogen vom 25. August 2010 der Beschwerdeführerin 2 und Umbricht daher mit dem erwähnten Schreiben vom 21. Dezember 2010 erneut zu mit der Aufforderung, die im Fragebogen gestellten Fragen innert neu angesetzter Frist auch im Hinblick auf sämtliche Tochtergesellschaften im Bereich Strassen- und Tiefbau zu beantworten (vgl. [...]).

In der Folge reichten die Beschwerdeführerin 3 und die Neue Bau dem Sekretariat am 28. Januar 2011 bzw. am 28. Februar 2011 einen im Sinne dieser Aufforderung ausgefüllten Fragebogen ein (vgl. [...]).

A.h Am 1. Februar 2011 liess das Sekretariat allen Untersuchungsadressaten zudem einen Fragebogen mit Fragen zu ihrer Unternehmensstruktur zukommen.

Das Sekretariat bezog sich dabei auf die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts zum kartellrechtlichen Unternehmensbegriff (Art. 2 Abs. 1bis KG) bzw. zu den "*Verfügungsadressaten*" in seinem Urteil in Sachen Publigroupe, welches seit der Eröffnung bzw. Ausdehnung der Untersuchung ergangen war (Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 4). Gleichzeitig stellte das Sekretariat in Aussicht, dass es eine Erweiterung der Untersuchung auf die Muttergesellschaft ins Auge fasse, falls der jeweilige Untersuchungsadressat als Tochterunternehmen in eine Konzernstruktur eingegliedert sei (vgl. [...]; Verfügung, Rz. 35).

A.i Die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 reichten die gewünschten Angaben zu ihrer Unternehmensstruktur am 10. Februar 2011 ein (vgl. [...]). Die Frage, (...) und wiesen darauf hin, (...) (nachfolgend Beschwerdeführerin 1) (...). Zudem bestätigten die Beschwerdeführerinnen 2 und 3, dass die Beschwerdeführerin 1 (...). Von der im Fragebogen zur Unternehmensstruktur im Übrigen vorgesehenen Möglichkeit, geltend zu machen und begründet aufzuzeigen, dass (...).

Die Antworten der übrigen Untersuchungsadressaten zur Unternehmensstruktur, welche auf Rückfrage des Sekretariats teilweise ergänzt wurden, erfolgten zwischen dem 3. Februar 2011 und 19. Mai 2011 (vgl. [...]).

Wie angekündigt zog das Sekretariat in der Folge aufgrund der gemachten Antworten neben den bereits ausdrücklich in die Untersuchung involvierten Tochtergesellschaften namentlich auch die Beschwerdeführerin 1 als konzernmässig verbundene Muttergesellschaft der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 und potentielle Adressatin einer verfahrensabschliessenden Verfügung der Vorinstanz in die weitere Untersuchung mit ein.

A.j Zur Vorbereitung der Akteneinsicht forderte das Sekretariat die Untersuchungsadressaten im Verlauf der Untersuchung je auf, von denjenigen Unterlagen, welche möglicherweise Geschäftsgeheimnisse des jeweiligen Untersuchungsadressaten enthielten, eine bereinigte Version ohne Geschäftsgeheimnisse einzureichen bzw. zu bestätigen, dass die fraglichen Dokumente keine Geschäftsgeheimnisse enthalten. Hierzu stellte das Sekretariat den meisten Untersuchungsadressaten zusammen mit der Aufforderung zur Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse ein individuelles Verzeichnis der möglicherweise zu bereinigenden Dokumente zu (z.B. [...]).

Anfang Juni 2011 schloss das Sekretariat die Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse, teilweise nach mehrfacher Korrespondenz, ab (vgl. Verfügung, Rz. 36).

A.k Am 7. Juni 2011 sandte das Sekretariat den Untersuchungsadressaten - zu welchen das Sekretariat nun aufgrund der erwähnten Abklärungen zur Unternehmensstruktur auch die jeweiligen konzernmässig verbundenen Muttergesellschaften zählte (vgl. A.h) - seinen Verfügungs-antrag zur Stellungnahme zu.

Gleichzeitig überliess es den Untersuchungsadressaten auf USB-Sticks das Aktenverzeichnis sowie einen Grossteil der Untersuchungsakten zwecks Einsichtnahme. Ausgenommen davon waren 21 von insgesamt 265 Untersuchungsakten, nämlich die Selbstanzeigen sowie eine dem Sekretariat bei der Hausdurchsuchung vom 9. Juni 2009 durch die Selbstanzeigerin Birchmeier ausgehändigte tabellarische Aufstellung (nachfolgend Birchmeier-Liste, vgl. dazu im Einzelnen E. 8.6). Diese 21 Aktenstücke waren in den Räumlichkeiten des Sekretariats einsehbar, durften aber nicht kopiert werden (vgl. [...]).

Mit Bezug auf die Beschwerdeführerinnen schlug der Verfügungsantrag des Sekretariats im Dispositiv eine Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 gestützt auf Art. 49a KG mit einem Betrag von Fr. 464'306.- sowie eine Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen 1 und 3 mit einem Betrag von Fr. 107'124.- (je unter solidarischer Haftung) sowie eine anteilmässige Auferlegung von Verfahrenskosten vor.

A.l Nach Gewährung der Einsicht in die Verfahrensakten im erwähnten Umfang äusserten sich die Untersuchungsadressaten zwischen dem 7. Juli 2011 und dem 9. September 2011 zum Verfügungsantrag. Die Beschwerdeführerinnen reichten ihre Stellungnahme zu diesem am 8. September 2011 ein (vgl. [...]).

A.m Zuvor hatten die Beschwerdeführerinnen das Sekretariat mit Eingaben vom 30. Juni 2011 bzw. 8. Juli 2011 darum ersucht, sämtliche Akten gemäss Aktenverzeichnis - d.h. auch die Selbstanzeigen - kopieren zu dürfen und den Erlass einer anfechtbaren Verfügung mit Bezug auf diese Frage verlangt (vgl. [...]).

Das Sekretariat erliess darauf am 10. August 2011 eine Zwischenverfügung und wies mit dieser das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um erweiterte Akteneinsicht im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz unter Auferlegung der Verfahrenskosten ab (vgl. [...]). Zur Begründung führte das Sekretariat im Wesentlichen aus, dass einerseits das öffentliche Interesse an einer funktionsfähigen Bonusregelung, andererseits gewichtige private Interessen der Selbstanzeiger am schonenden Umgang mit den von ihnen offengelegten Informationen und Unterlagen für die getroffene Einschränkung des Akteneinsichtsrechts sprechen würden.

A.n In ihrer Stellungnahme vom 8. September 2011 zum Verfügungsantrag des Sekretariats vom 7. Juni 2011 (vgl. [...]) beantragten die Beschwerdeführerinnen, das Untersuchungsverfahren sei soweit sie betreffend einzustellen. Zudem sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen nicht gegen Art. 5 KG verstossen hätten. Eventualiter sei von einer Sanktion gegen sie abzusehen bzw. eine massive Reduktion derselben vorzunehmen.

Zur Begründung machten die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen geltend, dass die ihnen zur Last gelegten Sachverhalte nicht genügend bewiesen seien. Zwar sei den Beschwerdeführerinnen bekannt, dass entsprechende Abreden im Kanton Aargau stattgefunden hätten, sie seien aber daran nicht beteiligt gewesen. Auch beklagten die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung ihres Anspruchs auf das rechtliche Gehör, da sie nicht sämtliche Verfahrensakten hätten kopieren dürfen (vgl. A.m) und das Sekretariat zudem seiner Pflicht zur Begründung nicht nachkomme.

In dessen Verfügungsantrag fehle weiter eine seriöse Analyse des Aussenwettbewerbs im Einzelfall. Dem Sekretariat gelinge in den einzelnen Fällen der Nachweis nicht, dass die angeblichen Submissionsabsprachen den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigt hätten. Die Beschwerdeführerinnen nahmen auch zu 28 Einzelfällen Stellung, in denen die Beschwerdeführerinnen 2 oder 3 gemäss dem Verfügungsantrag "*Schutz*" genommen oder Stützofferten abgegeben haben sollten. Unter dem Titel der Vorwerfbarkeit sei ferner davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen bezogen auf die Grösse des Unternehmens zweckmässige und auch wirksame Vorkehren zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen getroffen hätten und entsprechend nicht ohne Weiteres ein Organisationsverschulden vorliege. Schliesslich habe das Sekretariat die Sanktion falsch bemessen.

A.o Mit Schreiben des Sekretariats vom 2. September 2011 informierte die Vorinstanz die Untersuchungsadressaten über ihren Beschluss, vor dem Erlass der verfahrensabschliessenden Verfügung eine Anhörung der Verfahrensparteien nach Art. 30 Abs. 2 KG durchzuführen (vgl. [...]). Gleichzeitig wurden die Untersuchungsadressaten unter anderem aufgefordert mitzuteilen, ob sie eine (eigene) Anhörung wünschten und ob sie beabsich-

tigten, (auch) an den Anhörungen der anderen Verfahrensparteien anwesend zu sein.

Darauf informierte die Vorinstanz die Untersuchungsadressaten mit Einladungsschreiben des Sekretariats vom 23. September 2011 insbesondere über den geplanten Gegenstand der Anhörungen und auch den vorgesehenen (zeitlichen) Ablauf derselben. Ebenso gab die Vorinstanz den Untersuchungsadressaten auf diesem Weg die angemeldeten Teilnehmer sowie die Termine bekannt, an welchen sie die Anhörungen der jeweiligen Untersuchungsadressaten geplant hatte (vgl. [...]).

A.p In der Folge fanden entsprechende Anhörungen statt am 17. Oktober 2011 (Walo Bertschinger, Treier, Umbricht, Neue Bau), 24. Oktober 2011 (Beschwerdeführerinnen, Birchmeier, Granella, Käppeli, Knecht, Meier Söhne, G. Schmid, Cellere) sowie am 31. Oktober 2011 (erneute Anhörung von Knecht und Meier Söhne). Ernst Frey, Graf, Hüppi, Implenia, Sustra und Ziegler hatten auf eine eigene Anhörung verzichtet, sich jedoch teilweise eine Teilnahme an den Anhörungen von anderen Untersuchungsadressaten vorbehalten (vgl. [...]).

Für die Beschwerdeführerinnen nahmen an der Anhörung vom 24. Oktober 2011 zwei Rechtsvertreter sowie A._____, B._____ und C._____ teil (vgl. [...]). Zuvor hatten sich die Beschwerdeführerinnen an der Anhörung vom 17. Oktober 2011 von den beiden Rechtsvertretern sowie B._____ vertreten lassen (vgl. [...]). An der Anhörung vom 31. Oktober 2011 waren für die Beschwerdeführerinnen wiederum dieselben Personen wie bereits am 24. Oktober 2011 anwesend (vgl. [...]).

A.q Nach den Anhörungen gab die Vorinstanz den Untersuchungsadressaten Gelegenheit, sich zu den Anhörungen und den - mittels elektronischer Zustellung umfassend zugänglich gemachten - Anhörungsprotokollen vernehmen zu lassen.

Von dieser Möglichkeit machten verschiedene Untersuchungsadressaten Gebrauch, so auch die Beschwerdeführerinnen. Sie äusserten sich ausführlich mit Schreiben vom 11. November 2011, wobei sie an den bereits gestellten Rechtsbegehren festhielten (vgl. [...]). Die Anhörungen bezeichneten die Beschwerdeführerinnen als zu wenig objektiv und als unvollständig. Ebenfalls bemängelten die Beschwerdeführerinnen die Fehlerhaftigkeit des Anhörungsprotokolls in bestimmten Punkten.

Wie bereits in ihrer Stellungnahme vom 8. September 2011 wiesen die Beschwerdeführerinnen weiter darauf hin, dass die ihnen vorgehaltenen Verstösse im Wesentlichen auf den Selbstanzeigen (...) basierten, (...), welche mit der Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen über angespannte Beziehungen verfüge. D._____habe in der Anhörung vom 24. Oktober 2011 der Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen zudem eine starke Compliance-Politik attestiert und deren grundsätzliches Desinteresse an der Beteiligung an Absprachen bestätigt. Schliesslich kommentierten die Beschwerdeführerinnen einige Aussagen zu Einzelfällen, die im Laufe der Anhörungen gemacht worden waren.

A.r Am 16. Dezember 2011 erliess die Vorinstanz eine Verfügung mit folgendem Dispositiv:

"1. Die an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten Untersuchungsadressatinnen werden für das vorstehend beschriebene Verhalten gestützt auf Art. 49a KG i.V. mit Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet:

Die **Aktiengesellschaft Cellere** und die **Cellere AG Aarau** werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 151'227 belastet.

Die **Daedalus Holding AG** und die **Sustra AG Schöftland** werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 5'000 belastet.

Die **ERNE Holding AG Laufenburg** und die **ERNE AG Bauunternehmung** werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 483'088 belastet.

Die **ERNE Holding AG Laufenburg** und die **Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau** werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 51'156 belastet.

Die **Ernst Frey AG** wird für das beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 152'734 belastet.

Die **Granella Holding AG** und die **Granella AG** werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 643'826 belastet.

Die **Hubschmid Beteiligungs AG** und die **H. Graf AG** werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 20'866 belastet.

Die **Implenia AG** und die **Implenia Bau AG** werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 591'138 belastet.

Die **Knecht Brugg Holding AG** und die **Knecht Bau AG** werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 109'686 belastet.

Die **Knecht Brugg Holding AG** und die **Meier Söhne AG** werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 154'696 belastet.

Die **Bauunternehmung G. Schmid AG** wird für das beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 11'642 belastet.

Die **KUPERA Holding AG** und die **Käppeli Bau AG** werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 5'000 belastet.

Die **Treier AG** wird für das beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 3'748 belastet.

Die **Umbricht Holding AG** und die **Umbricht AG** werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 1'437'623 belastet.

Die **Neue Bau AG Baden** wird für das beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 26'345 belastet.

Die **Walo Bertschinger Holding AG** und die **Walo Bertschinger AG** werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 50'000 belastet.

Die **Ziegler Holding AG** und die **Ziegler AG** werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 32'784 belastet.

2. Die Untersuchung gegen die **Hüppi AG** wird ohne Folgen eingestellt. Die anteilsmässigen Verfahrenskosten von Hüppi von CHF 10'000 gehen zu Lasten der Staatskasse. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

3. Die übrigen Verfahrenskosten von insgesamt CHF 525'490 werden gemäss den Ausführungen zu den Kosten folgenden Verfügungsadressatinnen auferlegt:

- **Gewerbezentrum Unterfeld AG** und **Birchmeier- Hoch und Tiefbau AG**: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.

- **Aktiengesellschaft Cellere** und **Cellere AG Aarau**: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.

- **ERNE Holding AG Laufenburg**, **ERNE AG Bauunternehmung** und **Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau**: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.

- **Granella Holding AG** und **Granella AG**: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.

- **Implenia AG** und **Implenia Bau AG**: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.

- **Knecht Brugg Holding AG**, **Knecht Bau AG**, **Meier Söhne AG** und **Bauunternehmung G. Schmid AG**: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.

- **Umbricht Holding AG**, **Umbricht AG** und **Neue Bau AG Baden**: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.

- **Walo Bertschinger Holding AG** und **Walo Bertschinger AG**: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.

- **Hubschmid Beteiligungs AG** und **H. Graf AG**: insgesamt CHF 28'660 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.

- **Ziegler Holding AG** und **Ziegler AG**: insgesamt CHF 28'660 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.

- **Ernst Frey AG**: CHF 28'660, unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.

- **Daedalus Holding AG** und **Sustra AG Schöftland**: insgesamt CHF 10'000 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.

- Der **KUPERA Holding AG** und **Käppeli Bau AG**: insgesamt CHF 10'000 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.

- **Treier AG**: CHF 10'000, unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.

4. [Eröffnung]

5. [Rechtsmittelbelehrung]"

A.s Zur Begründung dieses Dispositivs führte die Vorinstanz in der Verfügung vom 16. Dezember 2011 zusammenfassend aus, dass sich die in der Untersuchung anfänglich ausgemachten Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden erhärtet hätten. Zwar habe eine explizite Vereinbarung mit festgelegtem Rotationssystem im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen werden können. Es liege aber "*eine Rahmenvereinbarung darüber vor, dass sich die Abredepartner im Falle einer Einigung über die Zuteilung eines Zuschlags bezüglich eines konkreten Projekts an ihre Vorgaben (d.h. höher zu offerieren als der Geschützte) hielten*." Die hohe Zahl an aufgedeckten Abreden sei nur unter dem Dach einer solchen Rahmenvereinbarung überhaupt denkbar. Dieses Dach stelle das verbindende Element zwischen den einzelnen abgesprochenen Projekten dar (vgl. Verfügung, Rz. 959, 964).

Die Rahmenvereinbarung beziehe sich nicht auf sämtliche Tiefbauprojekte im Kanton Aargau, sondern nur auf solche, "*in welchen die Organisation aufgrund der Grösse bzw. der zu erwartenden Konkurrenz möglich war und unter diesen nur auf diese Projekte, für welche ein Unternehmen die Initiative für die Organisation eines Schutzes ergriff*". Die Vorinstanz stellte für die Analyse der Absprachetätigkeit daher "*auf die einzelnen Projekte*" ab (vgl. Verfügung, Rz.956 ff., 960, 964, 67).

Bei den Einzelfällen, in welchen die Vorinstanz zum Schluss kam, dass die Manipulation des Submissionsverfahrens durch die jeweils beteiligten Untersuchungsadressaten hinlänglich erwiesen sei (vgl. dazu im Einzelnen E. 8.1), handle es sich um Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG. Diese erwiesenen Einzelfälle stellten mithin gleichzeitig horizontale Preisabreden (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) und - durch die Steuerung des Zuschlags - horizontale Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) dar (vgl. Verfügung, Rz. 994, 998).

Somit greife die gesetzliche Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG, dass der wirksame Wettbewerb in den untersuchten Submissionsprojekten beseitigt gewesen sei (vgl. Verfügung, Rz. 998). Diese Vermutung könne weder durch den Nachweis von genügendem Aussenwettbewerb noch von genügendem Innen- und Restwettbewerb umgestossen werden (vgl. Verfügung, Rz. 1026, 1039; vgl. im Widerspruch dazu jedoch Rz. 1069 der Verfügung, wo die Vorinstanz ohne weitere Erläuterung ausführt, die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs habe "*In einigen wenigen Fällen*" widerlegt werden können).

Aber selbst wenn in gewissen Fällen von einem erfolgreichen Umstossen der gesetzlichen Vermutung auszugehen wäre, liege in allen Fällen qualitativ wie quantitativ eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs vor (vgl. Verfügung, Rz. 1042 ff.). Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG seien nicht ersichtlich (vgl. Verfügung, Rz. 1061).

Bei ihrer Analyse der Auswirkungen der als erwiesen erachteten Abreden auf den Wettbewerb ging die Vorinstanz davon aus, dass jedes einzelne untersuchte Submissionsprojekt als eigener sachlich relevanter Markt zu qualifizieren sei. Der Ausschreiber schaffe mit der Submission einen besonderen Submissionsmarkt, auf dem die offerierenden Anbieter miteinander im Wettbewerb stünden (vgl. Verfügung, Rz. 983, 986). Der räumliche Markt werde durch den Ort gebildet, an welchem sich der Bauherr des jeweiligen Projekts befinde. Es sei der räumlich relevante Markt "*minimal auf das jeweils konkrete Projekt, maximal auf den Raum des Kantons Aargau zu begrenzen*" (vgl. Verfügung, Rz. 991 f.).

Im Ergebnis folgerte die Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerinnen - neben den weiteren im Dispositiv der Verfügung genannten Untersuchungsadressaten - infolge Beteiligung an unzulässigen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren seien.

Bei der Sanktionsbemessung berücksichtigte die Vorinstanz zur Bestimmung des Basisbetrags (Art. 3 SVKG) ausschliesslich die kumulierten Umsätze, welche die Untersuchungsadressaten in den letzten drei Jahren vor der Eröffnung der Untersuchung (d.h. ab 8. Juni 2006 bis 7. Juni 2009) mit den sog. erfolgreichen Schutznahmen erzielt hätten. Der Schwere und Art der Kartellrechtsverstösse angemessen erachtete die Vorinstanz einen Basisbetrag in der Höhe von 7 % der mit den erfolgreichen Schutznahmen erzielten Umsätze (vgl. Verfügung, Rz. 1089, 1097, 1101).

Die übrigen den Untersuchungsadressaten vorgeworfenen Abredebeteiligungen - worunter die nicht erfolgreichen Schutznahmen, (erfolgreiche wie nicht erfolgreiche) Stützofferten sowie vor dem 8. Juni 2006 erfolgte Schutznahmen fallen - berücksichtigte die Vorinstanz im Rahmen der Sanktionsbemessung als erschwerende Umstände nach Art. 5 SVKG. Auf eine Erhöhung der Basisbeträge gestützt auf die Dauer der Wettbewerbsverstösse (Art. 4 SVKG) sei vorliegend zu verzichten, da eine Submissionsabsprache definitionsgemäss zeitlich limitiert sei (vgl. Verfügung, Rz. 1106).

Es sei vielmehr sachgerecht, den Basisbetrag derjenigen Untersuchungsadressaten, welche sich neben den erfolgreichen Schutznahmen an über zwanzig weiteren Absprachen beteiligt hätten, aufgrund erschwerender Umstände um 200 % zu erhöhen. Weiter seien Zuschläge zum Basisbetrag in der Höhe von 100 % für Untersuchungsadressaten mit einer Anzahl zwischen elf und zwanzig weiteren Absprachebeteiligungen und Zuschläge in der Höhe von 50 % für Untersuchungsadressaten mit einer Anzahl zwischen drei und zehn weiteren Absprachebeteiligungen angezeigt. Gegenüber Untersuchungsadressaten mit weniger als drei weiteren Absprachebeteiligungen sei der Basisbetrag nicht zu erhöhen (vgl. Verfügung, Rz. 1113, 1126 ff.).

Die Beschwerdeführerinnen hätten sich, abgesehen von den ihnen angelasteten erfolgreichen Schutznahmen nach dem 8. Juni 2006, zwischen elf und zwanzig Mal an weiteren Absprachen beteiligt. Auf dem entsprechenden Basisbetrag sei gemäss dem beschriebenen abgestuften System somit ein Zuschlag von 100 % zu erheben (vgl. Verfügung, Rz. 1127).

Mildernde Umstände im Sinne von Art. 6 SVKG seien keine zu erblicken (vgl. Verfügung, Rz. 1144 f.). Insbesondere genügten die von den Beschwerdeführerinnen geschilderten Bemühungen zur Verhinderung von Submissionsabsprachen den an ein sanktionsmilderndes Compliance-Programm zu stellenden Anforderungen nicht (vgl. Verfügung, Rz. 1143 f.).

Liege ein Konzernsachverhalt vor, könnten die Sanktionen sowohl an die Muttergesellschaft als auch an die Tochtergesellschaften des Konzerns gerichtet werden, womit auch eine solidarische Haftung möglich sein müsse (vgl. Verfügung, Rz. 913). Entsprechend belastete die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 bzw. die Beschwerdeführerinnen 1 und 3 - ausgehend von einem Konzernsachverhalt - mit einer Sanktion von Fr. 483'088.- bzw. Fr. 51'156.-, je unter solidarischer Haftung. Allerdings sei zu beachten, dass die Beschwerdeführerin 1 die Beschwerdeführerin 3 während deren Absprachetätigkeit übernommen habe. Eine solidarische Haftbarkeit der Beschwerdeführerin 1 als Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin 3 falle deshalb für die Fälle vor deren Übernahme ausser Betracht (vgl. Verfügung, Rz. 916).

Auf eine Belastung der Selbstanzeigerin Birchmeier verzichtete die Vorinstanz gestützt auf Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG vollumfänglich, da Birchmeier alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfülle (vgl. Verfügung, Rz. 1159). Den übrigen Selbstanzeigern gewährte die Vorinstanz je nach Einschätzung der Wichtigkeit der jeweiligen Beiträge gestützt auf Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 12 ff. SVKG eine Reduktion der Sanktion im Umfang von 50 % (Knecht, Meier Söhne), 20 % (G. Schmid), 10 % (Implenia) und 5 % (Umbricht, Neue Bau; Tabelle 12 in Verfügung, Rz. 1195).

B. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht

B.a Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 erhoben die Beschwerdeführerinnen am 13. Februar 2012 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

> "1. Ziff. 1 und 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2011 seien - soweit Erne Holding, Erne und Gebr. Meier betreffend - aufzuheben.
>
> 2. Eventualiter: Ziff. 1 und 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2011 seien zu korrigieren, indem davon abzusehen sei, Erne Holding, Erne und/oder Gebr. Meier Sanktionen und/oder Verfahrenskosten aufzuerlegen oder/und indem die die Erne Holding, Erne und Gebr. Meier betreffenden Sanktionen und/oder Verfahrenskosten zu reduzieren seien.
>
> 3. Subeventualiter: Die Sache sei zur Ergänzung des Verfahrens und zur Neubeurteilung und/oder an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen.
>
> 4. Verfahrensantrag: Den Beschwerdeführerinnen seien Kopien sämtlicher Akten herauszugeben, insbesondere auch Kopien der Akten, welche im erstinstanzlichen Verfahren nur bei der Behörde eingesehen werden konnten, aber nicht kopiert oder fotografiert werden durften.
>
> 5. Verfahrensantrag: Das Beschwerdeverfahren sei zu sistieren, bis das Bundesgericht die Beschwerde gegen den Entscheid B-2977/2007 des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Publigroupe SA und Mitbeteiligte gegen WEKO (betr. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern) entschieden hat.
>
> - unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Bundes - "

B.b Zur Begründung rügen die Beschwerdeführerinnen in formeller Hinsicht eine mehrfache Verletzung des rechtlichen Gehörs, eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und der Unschuldsvermutung, eine

Verletzung des Anspruchs auf ein gesetzmässiges Gericht sowie eine Verletzung des Legalitäts- und Bestimmtheitsgebotes.

Die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen erstens verletzt, weil sie es unterlassen habe, den Beschwerdeführerinnen vor Erlass der Verfügung vom 16. Dezember 2011 (nachfolgend Verfügung oder angefochtene Verfügung) einen neuen Verfügungsantrag zur Stellungnahme zuzustellen, obwohl den Beschwerdeführerinnen in der Verfügung im Vergleich zum Verfügungsantrag des Sekretariats vom 7. Juni 2011 zusätzliche Abredefälle angelastet würden und die Sanktion gegenüber dem Verfügungsantrag erhöht worden sei. Zweitens habe die Vorinstanz die Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs verletzt, weil die Beweiswürdigung und die rechtliche Würdigung in einzelnen Fällen äusserst knapp seien. Schliesslich berufen sich die Beschwerdeführerinnen auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil ihnen die Vorinstanz die Selbstanzeigen nicht ausgehändigt, sondern lediglich erlaubt habe, diese unter Beachtung eines Kopierverbotes in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen.

Hinsichtlich des Untersuchungsgrundsatzes werfen die Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz im Wesentlichen vor, diese habe in fast allen den Beschwerdeführerinnen zur Last gelegten Fällen keine hinreichenden Beweiserhebungen vorgenommen, obwohl das Verfahren dem Untersuchungsgrundsatz unterliege. In vielen Fällen könne nicht ernsthaft behauptet werden, dass genügend Untersuchungshandlungen durchgeführt worden seien. Geltend gemacht wird in diesem Zusammenhang auch, dass die Vorinstanz die Anhörungen einseitig und suggestiv geführt habe.

Die Unschuldsvermutung verletze die Verfügung namentlich deshalb, weil sie einzig auf unglaubwürdigen Bezichtigungen von Selbstanzeigern beruhe. Die Vorinstanz habe die Selbstanzeigen nicht mit der gebührenden Vorsicht gewürdigt und in diversen Fällen im Zweifelsfall gegen die Beschwerdeführerinnen entschieden. Zudem sei der Vorinstanz vorzuwerfen, dass sie die angeblich an den Wettbewerbsabreden beteiligten Mitarbeiter der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 trotz entsprechenden Beweisanträgen nicht befragt habe.

Eine Verletzung des Anspruchs auf ein gesetzmässiges Gericht sehen die Beschwerdeführerinnen zusammenfassend darin, dass die Zusammensetzung der Vorinstanz an den drei Anhörungen nicht identisch gewesen sei, und an der Entscheidfindung verschiedene an den Anhörungen teilweise nicht anwesende Kommissionsmitglieder beteiligt gewesen seien.

Die Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen verletze das Legalitätsprinzip und das Bestimmtheitsgebot im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 7 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101), weil die Tatbestandsmässigkeit und die Rechtsfolgen für die Beschwerdeführerinnen nicht voraussehbar gewesen seien. Die angefochtene Verfügung enthalte zahlreiche rechtliche Überlegungen, welche für die Beschwerdeführerinnen nicht voraussehbar gewesen seien. Dazu zähle die von der Vorinstanz vorgenommene enge Marktabgrenzung und das gestützt darauf angenommene Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung bzw. einer Wettbewerbsbeseitigung.

In materieller Hinsicht bestreiten die Beschwerdeführerinnen eine Beteiligung an den von der Vorinstanz als erwiesen erachteten Submissionsabsprachen. Sie nehmen zur Beurteilung der Einzelfälle durch die Vorinstanz Stellung und bemängeln in verschiedener Hinsicht deren Beweisführung und Beweiswürdigung. Die Vorinstanz vermöge keinerlei verlässliche Beweise für die angebliche Beteiligung der Beschwerdeführerinnen an den Submissionsabsprachen vorzulegen.

Die Verfügung basiere einseitig auf den Angaben der Selbstanzeigen. Bei einer sorgfältigen Beweiswürdigung dürfe nicht einfach auf die Richtigkeit der Bezichtigungen von Selbstanzeigern vertraut werden. Die Vorinstanz habe die Gefahr von übermässigen Bezichtigungen nicht erkannt und verkenne zudem, dass das Erinnerungsvermögen der Selbstanzeiger angesichts der vielen Beteiligten und der grossen Anzahl einbezogener Einzelfälle kritisch beurteilt werden müsse. Im Speziellen habe die Vorinstanz die Bezichtigungen der zur Unternehmensgruppe Q._____ gehörenden Selbstanzeiger pauschal als glaubwürdig erachtet, obwohl die Beschwerdeführerinnen aufgezeigt hätten, dass diese Selbstanzeiger den Beschwerdeführerinnen gegenüber schlecht gesinnt seien und deren Bezichtigungen möglicherweise strategische Gründe haben könnten.

Weiter sei die Vorinstanz bei der Analyse der Wettbewerbsverhältnisse von einer viel zu engen Marktabgrenzung ausgegangen. Die Isolierung der einzelnen Ausschreibungen und die damit bewirkte Mikrobetrachtung der Wettbewerbsverhältnisse widersprächen jeglicher ökonomischen Logik. Bei einer korrekten - d.h. weiteren - Marktabgrenzung hätte die Vorinstanz laut den Beschwerdeführerinnen zum Schluss kommen müssen, dass der Bereich Tiefbauarbeiten im Kanton Aargau von wirksamem Wettbewerb geprägt sei. Die Vorinstanz habe jedoch selbst im Fall der Bestätigung ihrer Marktabgrenzung im Einzelfall keine überzeugende Analyse der Wettbewerbsverhältnisse vorgenommen.

Zudem vertreten die Beschwerdeführerinnen unter Berufung auf ihre nach ihr ernsthaften Bemühungen um Durchführung einer gut funktionierenden Compliance den Standpunkt, vorliegend fehle es an einem objektiven Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit. Schliesslich bemängeln die Beschwerdeführerinnen eine fehlerhafte Sanktionsbemessung.

B.c Mit Zwischenverfügung vom 3. April 2012 sistierte das Bundesverwaltungsgericht das vorliegende Beschwerdeverfahren unter Vorbehalt eines gegenteiligen Antrags der Vorinstanz, da nicht auszuschliessen sei, dass das beim Bundesgericht damals hängige Beschwerdeverfahren gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010 in Sachen Publigroupe einen präjudizierenden Einfluss auf den Streitgegenstand bzw. auf einzelne Fragen des vorliegenden Verfahrens haben könnte. Die Fortsetzung der Verfahrensinstruktion wurde auf den Zeitpunkt nach Eröffnung des entsprechenden Urteils des Bundesgerichts angekündigt.

Eine Stellungnahme der Vorinstanz zur Sistierungsverfügung ging nicht ein.

B.d Mit Verfügung vom 15. Februar 2013 hob das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung auf und lud die Beschwerdeführerinnen ein, eine Stellungnahme einzureichen zur Frage, ob bzw. welche Auswirkungen das mittlerweile ergangene Urteil des Bundesgerichts 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 (Versand am 28. Januar 2013, BGE 139 I 72) auf das vorliegende Beschwerdeverfahren hat.

B.e Mit ihrer innert erstreckter Frist eingereichten Stellungnahme vom 24. April 2013 zogen die Beschwerdeführerinnen die in der Beschwerde ebenfalls erhobene Rüge, die Sanktionierung durch die Vorinstanz als einer nicht gerichtlichen Behörde lasse sich nicht mit der EMRK vereinbaren, zurück. Die übrigen Rügen seien durch den "*Publigroupe-Entscheid*" des Bundesgerichts nicht obsolet geworden.

Das genannte Urteil des Bundesgerichts habe namentlich zum Ausdruck gebracht, dass die aus den Art. 6 und 7 EMRK sowie aus Art. 30 und Art. 32 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) abgeleiteten Garantien grundsätzlich auch im Kartellrecht anwendbar seien. So habe das Bundesgericht festgehalten, dass Unklarheiten im Sachverhalt aufgrund der Unschuldsvermutung zugunsten der Beschwerdeführerinnen zu beurteilen seien. Insofern bestätige und stütze das Bundesgericht die grundsätzliche Stossrichtung der vorliegenden Beschwerde, welche sich unter anderem auf eine mangelhafte Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung berufe. Die im bundesgerichtlichen Urteil gemachten Einschränkungen hinsichtlich des erforderlichen Beweismasses in kartellrechtlichen Verfahren beträfen Fragen der Marktabgrenzung, nicht aber die Frage, ob ein Kalkulator an einem Treffen mit Konkurrenten anwesend war und dabei für seinen Arbeitgeber eine Submissionsabsprache getroffen habe oder nicht.

B.f Am 30. Mai 2013 reichte die Vorinstanz aufforderungsgemäss eine Stellungnahme zum (noch offenen) Verfahrensantrag gemäss Rechtsbegehren Ziffer 4 der Beschwerde vom 13. Februar 2012 ein. Darin beantragt die Vorinstanz, diesen Verfahrensantrag abzuweisen.

B.g Darauf reichte die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht am 5. Juli 2013 die Vernehmlassung zu den materiellen Rechtsbegehren der Beschwerdeführerinnen ein mit dem Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen.

B.h In einer Eingabe vom 18. September 2013 bekräftigten die Beschwerdeführerinnen ihren Verfahrensantrag gemäss Rechtsbegehren Ziffer 4 und beantragten erneut, ihnen seien Kopien sämtlicher Akten herauszugeben, insbesondere Kopien der Beilagen zu den Selbstanzeigen.

Die Vorinstanz beantragte hierauf mit Stellungnahme vom 7. Oktober 2013 unverändert die Abweisung dieses Begehrens. Die Beschwerdeführerinnen widersprachen der vorinstanzlichen Darstellung mit Eingabe vom 31. Oktober 2013, worauf die Vorinstanz am 18. November 2013 eine weitere Stellungnahme einreichte.

B.i Mit Zwischenverfügung vom 20. Februar 2014 wies das Bundesverwaltungsgericht den Verfahrensantrag auf Herausgabe von Aktenkopien gemäss Rechtsbegehren Ziffer 4 der Beschwerde vom 13. Februar 2012 ab, soweit es auf diesen eintrat.

B.j Am 29. April 2014 reichten die Beschwerdeführerinnen die Replik ein und bestätigten mit dieser die Rechtsbegehren Ziffer 1 bis 3 ihrer Beschwerde. Darauf beantragte die Vorinstanz mit Duplik vom 18. Juni 2014 unverändert, die Beschwerde sei abzuweisen.

B.k In einer weiteren Eingabe vom 19. November 2014 reichten die Beschwerdeführerinnen (zusammen mit einer Kostennote bezüglich der anwaltlichen Bemühungen ihrer Rechtsvertreter für das Beschwerdeverfahren) Anmerkungen zu den aus ihrer Sicht zu beachtenden Auswirkungen der zwischenzeitlich ergangenen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8399/2010, B-8404/2010 und B-8430/2010 vom 23. September 2014 in Sachen *Baubeschläge* ein.

B.l Auf die dargelegten und die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BVGE 2007/6 E. 1, m.w.H.).

1.1 Sachzuständigkeit und Anfechtungsobjekt

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), welche von einer der in Art. 33 VGG aufgeführten Vorinstanzen erlassen wurden, soweit keine der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen gegeben ist.

Der angefochtene Entscheid vom 16. Dezember 2011 wirft den Beschwerdeführerinnen eine gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionierende Beteiligung an unzulässigen Wettbewerbsabreden vor. Die Vorinstanz belastete die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 daher mit einer Verwaltungssanktion von Fr. 483'088.- sowie die Beschwerdeführerinnen 1 und 3 mit einer Verwaltungssanktion von Fr. 51'156.- (je unter solidarischer Haftbarkeit). Zudem verpflichtete die Vorinstanz alle drei Beschwerdeführerinnen, Verfahrenskosten von anteilsmässig Fr. 51'188.- bzw. von insgesamt Fr. 525'490.- unter solidarischer Haftbarkeit mit den übrigen Verfügungsadressaten zu bezahlen. Damit hat die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen gestützt auf öffentliches Recht des Bundes, hoheitlich, in verbindlicher und erzwingbarer Weise Pflichten auferlegt und somit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG verfügt (vgl. zum Verfügungsbegriff etwa UHLMANN, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 5 N. 20, m.w.H.).

Die Vorinstanz stellt eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG dar (Art. 18 f. KG, Art. 2 Abs. 3 und Art. 57a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 [RVOG, SR 172.010], Art. 7a und Art. 8a Regierungs- und Ver-

waltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.01]). Eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor.

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde sachlich zuständig.

1.2 Beschwerdelegitimation und übrige Eintretensvoraussetzungen

Die Beschwerdeführerinnen haben als Parteien am vorinstanzlichen Untersuchungsverfahren teilgenommen. Als Verfügungsadressaten, deren Anträge im vorinstanzlichen Verfahren abgelehnt wurden, werden sie durch die vorinstanzliche Verfügung besonders berührt. Soweit die vorinstanzliche Verfügung Anordnungen in Bezug auf die Beschwerdeführerinnen trifft, d.h. diese zur Bezahlung einer Verwaltungssanktion und von Verfahrenskosten verpflichtet, haben die Beschwerdeführerinnen zudem ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an der Aufhebung oder Änderung der vorinstanzlichen Verfügung. Die Beschwerdeführerinnen sind damit gestützt auf Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert.

Bei den in der Beschwerde geltend gemachten Rügen handelt es sich um zulässige Beschwerdegründe im Sinne von Art. 49 VwVG. Ebenso wurde die gemäss Art. 50 VwVG zu beachtende Eingabefrist gewahrt (Versanddatum der Verfügung: 11. Januar 2012) und erfüllt die Beschwerdeschrift die gesetzlichen Anforderungen an Inhalt und Form (Art. 52 VwVG). Die Vertreter haben sich rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Die Kostenvorschüsse wurden fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), womit auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen.

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Streitgegenstand

Beim Streitgegenstand handelt es sich um das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung - des Anfechtungsgegenstandes - bildet, soweit es im Streit liegt. Innerhalb des Anfechtungsgegenstandes bestimmen somit die Anträge der beschwerdeführenden Partei den Streitgegenstand (vgl. FLÜCKIGER, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 7 N. 19; SEETHALER/PORTMANN, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 52 N. 38; MOSER, in: Kommentar VwVG, 2008, Art. 52 N. 3, je m.w.H.).

Die Beschwerdeführerinnen beantragen mit ihrem Hauptbegehren die vollständige Aufhebung der sie betreffenden Anordnungen der Vorinstanz in den Ziffern 1 und 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung.

Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bilden somit die Höhe der Sanktionen, welche die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 1 und 2 unter solidarischer Haftbarkeit sowie der Beschwerdeführerin 1 und 3 gestützt auf Art. 49a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG auferlegt hat. Im Streit liegt zudem die Auferlegung von anteilmässigen Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 51'188.- auf alle drei Beschwerdeführerinnen bzw. die angeordnete solidarische Haftung der Beschwerdeführerinnen mit den übrigen Verfügungsadressaten für die gesamten übrigen Verfahrenskosten von Fr. 525'490.-.

3. Persönlicher Geltungsbereich des Kartellgesetzes

3.1 Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG gilt das Kartellgesetz in persönlicher Hinsicht für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Normadressaten des Kartellgesetzes sind somit "*Unternehmen*". Als solche gelten gemäss der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1bis KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform.

3.1.1 Die Qualifizierung als Unternehmen setzt nach dem Wortlaut des Gesetzes somit eine Teilnahme am Wirtschaftsprozess voraus. Vom Gesetz erfasst werden sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit, sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben kann (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff., 533, nachfolgend Botschaft KG 1995). Aufgrund der ausdrücklichen Festlegung in Art. 2 Abs. 1bis KG, nach der die Rechts- und Organisationsform unbeachtlich ist, spielt es für die Qualifizierung als Unternehmen keine Rolle, ob einem Teilnehmer am Wirtschaftsprozess rechtliche Selbständigkeit zukommt, d.h. ob er auch selbst Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Das Kartellgesetz folgt vielmehr einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden (vgl. RUBIN/COURVOISIER, in: Handkommentar zum KG, 2007, Art. 2 N. 3 ff.; Jürg Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 2 N. 3 ff.).

3.1.2 Über den Wortlaut von Art. 2 Abs. 1bis KG hinaus muss ein Teilnehmer am Wirtschaftsprozess über wirtschaftliche Selbständigkeit verfügen, um als Normadressat des Kartellgesetzes erfasst zu werden. Die wirtschaftliche Selbständigkeit stellt auch nach Einführung des revidierten Art. 2 Abs. 1bis KG im Rahmen der Revision im Jahre 2003 eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, auch nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind.

Das Vorliegen von wirtschaftlicher Selbständigkeit setzt voraus, dass ein Teilnehmer am Wirtschaftsprozess sein wirtschaftliches Verhalten ohne relevante Fremdeinwirkung eigenverantwortlich bestimmen kann (vgl. JENS LEHNE, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 2 N. 14 ff.; RUBIN/COURVOISIER, in: Handkommentar zum KG, 2007, Art. 2 N. 5; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 1.58). Grundsätzlich führt bereits die Einflussnahme auf strategische Angelegenheiten zum Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs. Die Einflussnahme eines kontrollierenden Dritten auf den operativen und damit wettbewerbssensiblen Geschäftsbereich ist hierfür nicht zwingende Voraussetzung (Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 2.7, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*).

Bei Konzernen stellen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis

KG dar. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes (vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 3 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72], *Publigroupe*; Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 4.1, *Publigroupe*, m.w.H.; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 2.4, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 29 f., *Preispolitik Swisscom ADSL*).

3.2 Die Vorinstanz hat den persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes mit einer allgemeinen und wenig fallbezogenen Begründung bejaht (vgl. Verfügung, Rz. 886 f.). Der Abschnitt der Verfügung zum persönlichen Geltungsbereich lässt es ausdrücklich offen, wie es sich mit einer allfälligen konzernmässigen Eingebundenheit der Gesellschaften verhält, gegen welche die vorliegende Untersuchung eröffnet wurde. Denn rein konzerninterne, nicht unter das Kartellgesetz fallende, Sachverhalte stünden vorliegend offenkundig nicht zur Beurteilung. Es stehe fest, dass alle Gesellschaften rechtlich selbständige, im Wirtschaftsprozess als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und/oder Dienstleistungen auftretende Gesellschaften seien. Ob diese Gesellschaften auch wirtschaftlich selbständig oder als Teil eines Konzerns wirtschaftlich unselbständig seien, sei unerheblich. Vom persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst sei das Geschehen so oder so, nämlich entweder unmittelbar aufgrund der jeweiligen Gesellschaft oder aufgrund des Konzerns in seiner Gesamtheit (vgl. Verfügung, Rz. 887).

3.3 Im Widerspruch zu dieser Darstellung geht aus den Untersuchungsakten wie auch der Schilderung des Untersuchungsverlaufs in der Verfügung jedoch hervor, dass die Vorinstanz die Unternehmensstruktur der von der Untersuchung betroffenen Gesellschaften bzw. deren wirtschaftliche Selbständigkeit durch Unterbreitung entsprechender Fragen abgeklärt hat (vgl. im Sachverhalt unter A.h; Verfügung, Rz. 35). Wie ebenfalls bereits erwähnt (vgl. im Sachverhalt unter A.i) zog die Vorinstanz in der Folge aufgrund der eingegangenen Antworten namentlich auch die Beschwerdeführerin 1 als konzernmässig verbundene Muttergesellschaft der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 in die weitere Untersuchung mit ein.

Entsprechend machen auch die Ausführungen der Vorinstanz im Abschnitt "*B.2 Verfügungsadressaten*" (vgl. Verfügung, Rz. 891 ff., vgl. namentlich Rz. 894) deutlich, dass die Vorinstanz aufgrund der eingegangenen Antworten auf die Fragebögen zur Unternehmensstruktur mit Bezug auf diverse involvierte Gesellschaften auf das Vorliegen von Konzernsachverhalten (und auf fehlende wirtschaftliche Selbständigkeit der zum jeweiligen Konzern gehörenden Gesellschaften) geschlossen hat. Angesichts der angeordneten solidarischen Mithaftung der Beschwerdeführerin 1 als Muttergesellschaft für das als erwiesen erachtete Verhalten der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 ist es offensichtlich, dass die angefochtene Verfügung mit Bezug auf die Beschwerdeführerinnen von einer konzernmässigen Eingebundenheit aller drei Beschwerdeführerinnen in die Erne-Gruppe ausgeht.

Die angefochtene Verfügung betrachtet insofern - entgegen der unbestimmten Formulierung im Abschnitt zum persönlichen Geltungsbereich - die Erne-Gruppe als wirtschaftliche Einheit und damit als massgebliches Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG.

3.4 Dass das Sekretariat die wirtschaftliche Selbständigkeit der involvierten Gesellschaften durch Unterbreitung entsprechender Fragebögen abgeklärt hat, ist zu begrüssen. Folgerichtig wäre aber auch zu erwarten gewesen, dass die Vorinstanz im Abschnitt zum persönlichen Geltungsbereich nachvollziehbar ausführt, auf welche Unternehmen sie das Kartellgesetz tatsächlich zur Anwendung gebracht hat, statt diese Frage im Widerspruch zu den aus den eingegangenen Antworten gezogenen Schlüssen und der übrigen Begründung der Verfügung als Frage, die offen bleiben könne, zu deklarieren.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der Vorinstanz bekannt war, dass die Beschwerdeführerin 3 im Unterschied zu den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 erst (...) in die Erne-Gruppe integriert worden ist (vgl. Verfügung, Rz. 96, 916). Dennoch nimmt der Abschnitt der Verfügung zum persönlichen Geltungsbereich keine Differenzierung im Hinblick auf die im zeitlichen Verlauf offensichtlich geänderte Unternehmenszugehörigkeit der Beschwerdeführerin 3 vor. Die Vorinstanz scheint die Untersuchung trotz dieses Umstands für den gesamten untersuchten Zeitraum ausschliesslich gegen die Erne-Gruppe als massgebliche wirtschaftliche Organisationseinheit geführt zu haben (vgl. immerhin die Bestätigung in Rz. 916 der Verfügung, dass eine solidarische Haftbarkeit der Beschwerdeführerin 1 als Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin 3 für die Fälle vor deren Übernahme ausser Betracht falle, und dass diese Differenzierung "*unter dem Titel der Sanktionsbemessung vorgenommen*" werde [was dann allerdings nicht erfolgte, vgl. E. 11.4.4]).

Abklärungen zur Unternehmenszugehörigkeit der Beschwerdeführerin 3 vor deren Integration in die Erne-Gruppe wurden im vorinstanzlichen Verfahren soweit ersichtlich keine vorgenommen. Damit ist ungeklärt, ob die Beschwerdeführerin 3 vor diesem Zeitpunkt eine eigenständige wirtschaftliche Einheit - und damit selber ein Unternehmen im Sinne der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG - bildete oder als (wirtschaftlich unselbständige) Gruppengesellschaft einem anderen Unternehmen angehörte. Angesichts der grundlegenden Bedeutung der Kenntnis der Normadressaten - auf welche das Kartellgesetz gemäss Art. 2 Abs. 1 KG überhaupt Anwendung findet - hätten sich Abklärungen und Ausführungen zur Unternehmenszugehörigkeit der Beschwerdeführerin 3 vor deren Integration in die Erne-Gruppe sowie eine entsprechende Differenzierung in zeitlicher Hinsicht aufgedrängt.

3.5 Abgesehen davon besteht keine Veranlassung zu beanstanden, dass die Vorinstanz aufgrund der vorliegenden Umstände darauf geschlossen hat, dass die Beschwerdeführerinnen mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG darstellen, sondern die Erne-Gruppe als Ganzes als das massgebliche Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG zu betrachten ist. Das Vorliegen einer wirtschaftlichen Organisationseinheit der Erne-Gruppe im Sinne des kartellrechtlichen Unternehmens-

begriffs wird von den Beschwerdeführerinnen denn auch nicht in Frage gestellt.

In zeitlicher Hinsicht ist jedoch wie erwähnt insofern zu differenzieren, als die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 der Erne-Gruppe während dem gesamten untersuchten Zeitraum als Gruppengesellschaften angehörten, während die Beschwerdeführerin 3 erst (...) in die Erne-Gruppe integriert wurde. Vor diesem Zeitpunkt war die Beschwerdeführerin 3 somit noch nicht Mitglied des Unternehmens Erne-Gruppe. Sie bildete vor der Übernahme durch die Erne-Gruppe entweder eine eigenständige wirtschaftliche Einheit und damit selber ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1bis KG oder gehörte als (wirtschaftlich unselbständige) Gruppengesellschaft einem anderen Unternehmen an.

3.6 Während der persönliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes somit im vorstehenden Sinne bejaht werden kann, sind die Verfügungsadressaten und damit die Sanktionssubjekte erst in einem weiteren Schritt zu bestimmen, da auch im Anwendungsbereich des schweizerischen Kartellrechts Verfügungsadressat nur sein kann, wer selbst Subjekt mit Rechtspersönlichkeit und somit Träger von Rechten und Pflichten ist (vgl. Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 2.8, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*; sowie ausführlich: Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 65 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*). Demnach wird die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht neben den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 als handelnde Tochtergesellschaften auch die Beschwerdeführerin 1 als Muttergesellschaft der Erne-Gruppe sanktioniert hat (ebenfalls ohne zeitliche Differenzierung hinsichtlich der Beschwerdeführerin 3), erst an späterer Stelle beurteilt (vgl. E. 11.4 "*Rechtmässige Verfügungsadressaten*").

4. Vorbehaltene Vorschriften

Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind dem Kartellgesetz Vorschriften vorbehalten, soweit sie 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. Ebenso 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 dem Kartellgesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

Dem Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Entscheiden in Sachen Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlungen betreffend Cialis, Levitra und Viagra) nur in restriktiver Weise Geltung zu verschaffen. Ein Ausschluss des Kartellgesetzes ist gemäss dieser Rechtsprechung nur gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt (Urteile des BGer 2C_75/2014, 2C_77/2014, 2C_79/2014 und 2C_80/2014 vom 28. Januar 2015, je E. 2.2.3 m.H. auf BGE 129 II 497 E. 3.3.3). Weiter behält Art. 3 Abs. 1 KG gemäss dieser Rechtsprechung nur Normen vor, welche den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen, wenn also eine Normkollision vorliegt. Normen, welche demgegenüber einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, gelangen nebeneinander zur Anwendung und schliessen sich nicht gegenseitig aus (Urteile des BGer 2C_75/2014, 2C_77/2014, 2C_79/2014 und 2C_80/2014 vom 28. Januar 2015, je E. 2.4.1 m.H. auf BGE 137 II 199 E. 3.4 und Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 4.1.3).

Die Vorinstanz hat das Verhältnis des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und von aargauischen vergaberechtlichen Erlassen zum Kartellgesetz geprüft (vgl. Verfügung, Rz. 918 ff.). Dabei hat die Vorinstanz die Frage aufgeworfen, ob Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts, welche der zuständigen Behörde erlauben, einen allenfalls erfolgten Zuschlag beim Vorliegen von Submissionsabsprachen zu widerrufen, die Teilnehmer der Submissionsabsprache aus dem Verfahren auszuschliessen und/oder aus dem Verzeichnis der qualifizierten Anbieter zu streichen, einer Anwendung des Kartellgesetzes möglicherweise entgegenstehen (mit Verweis auf Art. 11 Bst. e BöB und auf § 28 Abs. 1 Bst. e des Aargauischen Submissionsdekrets vom 26. November 1996 [SubmD, SAR 150.910]). Diese Frage hat die Vorinstanz zu Recht unter Bezugnahme auf die bestehende einschlägige Rechtsprechung verneint.

Wie die Vorinstanz korrekt folgert, kann ein und derselbe Sachverhalt (Submissionsabsprache) Gegenstand sowohl des submissionsrechtlichen als auch des kartellrechtlichen Verfahrens sein. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung ist die parallele Anwendung der Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts und des Kartellgesetzes hinsichtlich Sachverhalten zulässig, welche Tatbestände des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen und des Kartellgesetzes zugleich erfüllen (vgl. Urteil des BGer 2A.59/2005 vom 22. August 2005 E. 3.3; Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 4; Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [REKO/WEF] FB/2002-1 vom 22. Dezember 2004 E. 5; PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, 1999, These Rz. 28.3, S. 75; PETER GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHTSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, 1996, Rz. 69; HEINZ LEITNER, Öffentliche Beschaffungen und Kartellrecht, AJP 1/2003 S. 23 ff.).

Des Weiteren ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass auch keine Bestimmungen des aargauischen Vergaberechts oder andere Vorschriften ersichtlich sind, die einen Vorbehalt gemäss Art. 3 KG begründen könnten. Eine Normkollision zwischen den Vorschriften des Vergabe- und Kartellrechts im Sinne der eingangs erwähnten jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 KG liegt nicht vor. Denn vergaberechtliche Verfahren und Vorschriften zielen gerade nicht darauf ab, Wettbewerb nicht zuzulassen, sondern verfolgen im Gegenteil (u.a.) das Ziel der Stärkung des Wettbewerbs unter den Anbieterinnen und Anbietern (vgl. in diesem Sinne Entscheid REKO/WEF FB/2002-1 vom 22. Dezember 2004 E. 5.1, m.w.H.).

Das Kartellgesetz ist vorliegend somit anwendbar.

Formelle Rügen

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (E. 5), eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und der Unschuldsvermutung (E. 6), eine Verletzung des Anspruchs auf ein gesetzmässiges Gericht (E. 7) sowie eine Verletzung des Legalitäts- und Bestimmtheitsgebotes (E. 11.1).

Weiter hatten die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung des Anspruchs auf ein unparteiisches und unabhängiges Gericht gerügt, weil die Vorinstanz kein unabhängiges Gericht im Sinne der EMRK (zitiert im Sacherhalt unter B.b) sei und deshalb eine Sanktionierung durch die Vorinstanz den Anforderungen der EMRK nicht standhalte. Diese Rüge haben die Beschwerdeführerinnen mit Stellungnahme vom 24. April 2013 aufgrund der zwischenzeitlich ergangenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Publigroupe zurückgezogen (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.4 f. sowie im Sachverhalt unter B.e).

5. Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs

Die Beschwerdeführerinnen rügen eine mehrfache Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör:

- Die Vorinstanz habe es unterlassen, den Beschwerdeführerinnen vor Erlass der angefochtenen Verfügung einen neuen Verfügungsantrag zur Stellungnahme zuzustellen, obwohl den Beschwerdeführerinnen in der Verfügung im Vergleich zum Verfügungsantrag des Sekretariats vom 7. Juni 2011 (vgl. [...]) zusätzliche Abredefälle angelastet würden und die Sanktion gegenüber dem Verfügungsantrag erhöht worden sei (vgl. E. 5.2);
- Die Vorinstanz habe die Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs verletzt, weil die Beweiswürdigung und die rechtliche Würdigung in einzelnen Fällen äusserst knapp seien (vgl. E. 5.3);
- Die Vorinstanz habe den Beschwerdeführerinnen die Selbstanzeigen nicht ausgehändigt, sondern lediglich erlaubt, diese unter Beachtung eines Kopierverbotes in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen (vgl. E. 5.4).

5.1 Grundsätzliches zum rechtlichen Gehör

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 BV (zitiert im Sachverhalt unter B.b) und wird darüber hinaus zumindest für Teilelemente auch aus Art. 6 EMRK abgeleitet. Das rechtliche Gehör umfasst als Teilgarantien die ordnungsgemässe Durchführung folgender Aspekte: (i) vorgängige Orientierung über Gegenstand und Inhalt des Verfahrens sowie den Vorwurf gegenüber dem Betroffenen; (ii) Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts, insbesondere durch Stellung von eigenen Beweisanträgen; (iii) persönliche Teilnahme am Verfahren einschliesslich der Möglichkeit zur Verbeiständigung; (iv) Akteneinsicht; (v) Möglichkeit zur Abgabe einer vorgängigen Stellungnahme einschliesslich der Kenntnisnahme und Berücksichtigung durch die verfahrensleitende Instanz; (vi) Eröffnung und Begründung des Entscheids (vgl. statt vieler BGE 135 II 286 E. 5.1; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 199, *Preispolitik Swisscom ADSL*, m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung; Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 6.1, *Swisscom*; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, S. 173 ff.). Um den Betroffenen eine Stellungnahme vor Erlass der Verfügung zu ermöglichen, muss ihnen die Verwaltungsbehörde den voraussichtlichen Inhalt der Verfügung, zumindest ihre wesentlichen Elemente, bekannt geben (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1681).

Im Kartellverwaltungsverfahren wird der Anspruch auf rechtliches Gehör durch Art. 30 Abs. 2 KG insofern erweitert, als die Verfahrensbeteiligten schriftlich zum Verfügungsantrag des Sekretariats Stellung nehmen können, bevor die Wettbewerbskommission ihren Entscheid trifft (vgl. Urteil des BGer 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003 E. 3.4, *Elektra Baselland*; BGE 129 II 497 E. 2.2, *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)*; Entscheid der REKO/WEF FB/2006-8 vom 9. November 2006, veröffentlicht in: RPW 2006/4 S. 722 ff.; Botschaft KG 1995, 605; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 275, 277).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt somit grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung, unabhängig davon, ob die Gehörsverletzung für den Ausgang des Verfahrens sachlich relevant war (vgl. statt vieler BGE 132 V 387 E. 5.1; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 29 N. 106 ff.). Nach ständiger Rechtsprechung kann unter bestimmten Umständen allerdings eine Heilung der Gehörsverletzung durch die Beschwerdeinstanz erfolgen. Voraussetzung dafür ist, dass die Beschwerdeinstanz im Vergleich mit dem vorinstanzlichen Verfahren über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen verfügt und dem Betroffenen die gleichen Mitwirkungsrechte zustehen, sodass die Gewährung des rechtlichen Gehörs vollumfänglich nachgeholt werden kann. Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Vorinstanz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit eine gleichlautende Verfügung erlassen würde (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2; BGE 132 V 387 E. 5.1 m.w.H; Urteil des BGer 9C_419/2007 vom 11. März 2008 E. 2.2; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 201, *Preispolitik Swisscom ADSL*, m.w.H.; Urteil des BVGer B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 4.3, *Gebro*; Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 4.2, *Gaba*; Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 6.1, *Swisscom*).

5.2 Gehörsverletzung wegen Nichtzustellung eines neuen Verfügungsantrags zur Stellungnahme?

5.2.1 Das Sekretariat sandte den Untersuchungsadressaten seinen Verfügungsantrag (vgl. [...]) am 7. Juni 2011 zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG. Die Beschwerdeführerinnen nahmen dazu am 8. September 2011 schriftlich Stellung (vgl. [...]; vgl. im Sachverhalt unter A.k, A.l und A.n). Sie sehen ihr rechtliches Gehör und Art. 30 Abs. 2 KG jedoch dadurch verletzt, dass es die Vorinstanz versäumt habe, ihnen vor Erlass der Verfügung einen neuen (d.h. überarbeiteten) Verfügungsantrag zur Stellungnahme zuzustellen:

a) Denn einerseits werfe die Verfügung der Beschwerdeführerin 2 zusätzlich eine Beteiligung an den Abredefällen Nr. 47, 71 und 87 und der Beschwerdeführerin 3 eine Beteiligung am Abredefall Nr. 71 vor, obwohl das Sekretariat im Verfügungsantrag vom 7. Juni 2011 für diese Fälle keine Abredebeteiligung der genannten Beschwerdeführerinnen beantragt habe (m.H. auf Tabelle 7 in Rz. 670 des Verfügungsantrags). Zudem laste die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 2 die Fälle 48 und 97 zum ersten Mal in der Vernehmlassung an (vgl. Replik, Rz. 147 und 193 mit Verweis auf Vernehmlassung, Rz. 412 f.). Diese beiden Fälle seien weder in der Tabelle 7 in Rz. 670 des Verfügungsantrags noch in Tabelle 7 in Rz. 1123 der Verfügung zulasten der Beschwerdeführerin 2 gerechnet worden. Die Beschwerdeführerinnen hätten bis zum Erhalt der Vernehmlassung der Vorinstanz nicht gewusst, dass die Fälle 48 und 97 relevant seien. Entsprechend hätten sie sich mit diesen Fällen bis zur Replik auch nicht auseinandergesetzt.

Für die Beschwerdeführerinnen sei immer die Tabelle 7 in Rz. 670 des Verfügungsantrags und in Rz. 1123 der Verfügung Ausgangspunkt gewesen, um zu verstehen, was ihnen vorgeworfen werde. Der Zusammenzug in diesen Tabellen sei für die Sanktionsbemessung und für die Nachvollziehbarkeit der Ergebnisse der Untersuchung absolut zentral gewesen (vgl. Replik, Rz. 32 f.). Im Rahmen der Verteidigung und beim Verfassen der Beschwerde hätten die Beschwerdeführerinnen nur die Fälle gelesen und analysiert, welche ihnen gemäss der Tabelle 7 angelastet würden (vgl. Replik, Rz. 30). Dass in den Rz. 476 ff. und Rz. 840 ff. der Verfügung eine Beteiligung der Beschwerdeführerin 2 in den Fällen 48 und 97 angenommen werde, spiele keine Rolle. Entscheidend sei, dass die beiden Fälle in der Tabelle 7 nicht erwähnt würden (vgl. Replik, Rz. 147 und 194).

Das rechtliche Gehör müsse für jeden Einzelfall gebührend gewahrt werden. Dazu gehöre auch, dass die Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit hätten, sich vorgängig zu den einzelnen Fällen zu äussern (vgl. Beschwerde, Rz. 82). Da die Vorinstanz von den Beschwerdeführerinnen trotz Anlastung neuer Fälle keine vorgängige Stellungnahme eingeholt habe, verletzte sie Art. 30 Abs. 2 KG und den Anspruch auf rechtliches Gehör.

b) Andererseits habe die Vorinstanz die der Beschwerdeführerin 2 in der Verfügung auferlegte Sanktion gegenüber dem Verfügungsantrag des Sekretariats ohne vorgängige Anhörung und ohne Begründung von Fr. 464'306.- (Verfügungsantrag) auf Fr. 483'088.- (angefochtene Verfügung) erhöht (vgl. Beschwerde, Rz. 22). Dies, obwohl sich an den Parametern der Sanktionsbemessung nichts geändert habe und die Sanktion in der Verfügung - aufgrund der Reduktion des für die Berechnung des Basisbetrags massgebenden Prozentsatzes von 10 % auf 7 % und des Abzugs der Mehrwertsteuer vom Umsatz - eigentlich tiefer hätte ausfallen müssen (vgl. Beschwerde, Rz. 22). Es seien keine für die Berechnung des Basisbetrags der Sanktion relevanten Fälle dazu gekommen. Ebenfalls betrage der Zuschlag wegen erschwerender Umstände sowohl im Verfügungsantrag als auch in der Verfügung 100 %. Aus der Verfügung sei nicht ersichtlich, wie es zur erwähnten Sanktionserhöhung gekommen sei (vgl. Beschwerde, Rz. 78).

Die Beschwerdeführerinnen hätten nicht verstanden, weshalb die Sanktion höher sei, nachdem der für die Berechnung des Basisbetrags massgebende Prozentsatz gesenkt und die Mehrwertsteuer abgezogen worden seien (vgl. Replik, Rz. 29). Die Addierung des Umsatzes der Beschwerdeführerin 2 mit Fall 17 erst in der Verfügung - womit die Vorinstanz die Sanktionserhöhung im vorliegenden Beschwerdeverfahren unter Berufung auf ein offensichtliches Versehen erklärt (vgl. E. 5.2.2) - sei für die Beschwerdeführerinnen sehr wohl eine Überraschung gewesen. Die erfolgte massive Erhöhung des für die Sanktionsberechnung massgeblichen Umsatzes um über 60 % (von Fr. [...] auf Fr. [...]) sei zweifellos ein Umstand, welcher eine erneute Anhörung erfordert hätte (vgl. Replik, Rz. 27). Dass die Sanktion prozentual nicht allzu stark erhöht worden sei, liege im Abzug der Mehrwertsteuer und der Heranziehung von nur 7 % statt 10 % des Umsatzes als Basisbetrag. Der Vorinstanz sei es durchaus zuzumuten gewesen, diesen Punkt erneut aufzubringen und die Beschwerdeführerinnen auf den im Verfügungsantrag vorhandenen Fehler aufmerksam zu machen.

c) Ausgehend davon rügen die Beschwerdeführerinnen, sie hätten gestützt auf das erweiterte kartellrechtliche Anhörungsrecht von Art. 30 Abs. 2 KG sowohl zur beabsichtigten Sanktionserhöhung als auch zur zusätzlichen Anlastung der Fälle 47, 48, 71, 87 und 97 vor Erlass der Verfügung angehört werden müssen (vgl. Beschwerde, Rz. 22). Die Vorinstanz sei verpflichtet gewesen, den Beschwerdeführerinnen vor Erlass der angefochtenen Verfügung einen neuen Verfügungsantrag zur Stellungnahme zu unterbreiten. Denn die Erhöhung der Sanktion gegenüber dem Verfügungsantrag stelle eine materielle Änderung des Dispositivs und die Anlastung zusätzlicher Fälle eine erheblich abgeänderte rechtliche Würdigung und eine erheblich abgeänderte Feststellung des Sachverhalts dar (vgl. Beschwerde, Rz. 77).

5.2.2 Die Vorinstanz verneint, Art. 30 Abs. 2 KG oder das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit deren vorstehenden Vorbringen verletzt zu haben. Die Beschwerdeführerinnen hätten keinen Anspruch auf eine nochmalige Äusserung gehabt.

Was den Vorwurf der angeblichen Gehörsverletzung durch Nichtunterbreitung eines neuen Verfügungsantrags trotz Erhöhung des Sanktionsbetrages betrifft, räumt die Vorinstanz ein, dass sie der Beschwerdeführerin 2 in der angefochtenen Verfügung im Vergleich zu

dem im Verfügungsantrag des Sekretariats genannten Betrag eine höhere Sanktion auferlegt hat. Es sei jedoch nicht ersichtlich, warum den Beschwerdeführerinnen diese Änderung für eine zweite Stellungnahme hätte unterbreitet werden müssen.

Die Erhöhung des Sanktionsbetrages erkläre sich nämlich ganz einfach damit, dass der Umsatz der der Beschwerdeführerin 2 vorgeworfenen Schutznahme im Fall 17 im Verfügungsantrag des Sekretariats aufgrund eines offensichtlichen Versehens nicht zum relevanten Umsatz gerechnet und erst in der angefochtenen Verfügung korrekt berücksichtigt worden sei. Der Umsatz von Fall 17 im Betrag von Fr. (...) fehle im kumulierten Umsatz gemäss Tabelle 5 in Rz. 654 des Verfügungsantrags (total Fr. [...]). Im Verfügungsantrag sei die Sanktionsberechnung gegenüber der Beschwerdeführerin 2 gestützt auf den zu gering aufaddierten Umsatz vorgenommen worden. In der Verfügung habe die Vorinstanz den Umsatz der Beschwerdeführerin 2 mit Fall 17 berücksichtigt und die Sanktion entsprechend gestützt auf einen relevanten kumulierten Umsatz von Fr. (...) (statt Fr. [...] wie im Verfügungsantrag) berechnet.

Die Sanktionsberechnung werde in der angefochtenen Verfügung nach den genau gleichen Regeln durchgeführt. Die verfügte Sanktion habe sich weder auf einen neuen Sachverhalt noch auf eine neue belastendere Würdigung gestützt. Die Vorinstanz halte der Beschwerdeführerin 2 in der Verfügung keine Schutznahme vor, die ihr nicht schon im Verfügungsantrag vorgehalten worden sei. Auch im Verfügungsantrag des Sekretariats sei der Sachverhalt aller fünf Schutznahmen der Beschwerdeführerin 2 ausführlich dargestellt worden, wobei im Beweisergebnis explizit auf die Schutznahme der Beschwerdeführerin 2 hingewiesen worden sei. Darüber hinaus seien die der Beschwerdeführerin 2 zur Last gelegten fünf Schutznahmen auch aus der zusammenfassenden Tabelle 5 des Verfügungsantrags ersichtlich.

Beide Arbeitsgemeinschaftspartner G1._____ und die Beschwerdeführerin 2 hätten sich im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Vorwurf der Schutznahme im Fall 17 äussern können. Dabei hätten sie eine andere Aufteilung innerhalb der Arbeitsgemeinschaft (nachfolgend auch ARGE) nicht geltend gemacht. Dass der Umsatz der Beschwerdeführerin 2 aus Fall 17 in der Verfügung zu den kumulierten Umsätzen dazugerechnet werde, sei für die Beschwerdeführerinnen kaum mit einer Überraschung verbunden gewesen. Denn die Summe der den Beschwerdeführerinnen zur Last gelegten Schutznahmen habe offenkundig nicht Fr. (...) betragen, sondern habe höher sein müssen. Nur weil die Vorinstanz die Änderung aufgrund des nun korrekt berücksichtigten Umsatzes aus Fall 17 den Beschwerdeführerinnen nicht noch einmal zur Stellungnahme unterbreitet habe, sei das rechtliche Gehör nicht verletzt.

5.2.3 Lehre und Rechtsprechung haben einen Anspruch auf eine zweite Stellungnahme bejaht, wenn sich die Verfügung und der Verfügungsantrag des Sekretariats in Dispositiv und materieller Würdigung unterscheiden. Soweit das Verfügungsdispositiv geändert oder ergänzt wird und neue Erwägungen angestellt werden, kann gemäss Lehre und Rechtsprechung eine erneute Anhörung angezeigt sein, soweit es dabei um wesentliche, nicht bloss die Kostenliquidation oder die Rechtsmittelbelehrung betreffende Elemente des Dispositivs geht (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 E. 4.1, m.w.H., *Ticketcorner*, veröffentlicht in: RPW 2005/4 S. 672 ff.; Entscheid der REKO/ WEF FB/2006-8 vom 9. November 2006, *Swisscom Mobile AG*, veröffentlicht in: RPW 2006/4 S. 722 ff.; Entscheid der REKO/WEF 99/FB-011 vom 21. Mai 2001 E. 4.4, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband*, veröffentlicht in: RPW 2001/2 S. 381 ff.).

Das Bundesgericht hat im Übrigen festgehalten, dass die Vorinstanz an den Verfügungsantrag des Sekretariats nicht gebunden und somit bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist, wenn die Vorinstanz in einigen Punkten von dessen Begründung abweicht (vgl. Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 7.2, *Sammelrevers*; m.H. auf BGE 132 II 257 E. 4.2 betreffend die Kommunikationskommission). Weiter müssen die Parteien laut dem Bundesgericht nicht die Gelegenheit erhalten, sich zu jedem möglichen Ergebnis, das von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird, zu äussern. Es genügt, dass sich die Parteien zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt sowie zu den anwendbaren Rechtsnormen, vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können. Beruht der angefochtene Entscheid weder auf nachträglich eingetretenen oder den Parteien unbekannten tatsächlichen Umständen noch auf neuen, unvorhersehbaren Rechtsgrundlagen, muss den Parteien das rechtliche Gehör nicht nochmals gewährt werden (BGE 132 II 257 E. 4.2, *Swisscom/TDC*; Urteil des BVGer B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 4.2.4, *Gebro*).

5.2.4 Wie die Vorinstanz einräumt, hat sie die Beschwerdeführerin 2 in der angefochtenen Verfügung im Vergleich zum Verfügungsantrag des Sekretariats vom 7. Juni 2011 mit einem höheren Betrag sanktioniert. Die Beschwerdeführerinnen weisen insofern zu Recht auf eine Änderung des Dispositivs der Verfügung gegenüber dem Dispositiv des Verfügungsantrags des Sekretariats hin. Der Argumentation der Beschwerdeführerinnen ist jedoch im Sinne der vorinstanzlichen Darstellung entgegenzuhalten, dass die Beschwerdeführerin 2 bereits laut dem Beweisergebnis der Einzelfallprüfung von Fall 17 im Verfügungsantrag explizit bezichtigt worden ist, sich als ARGE-Partnerin von G1._____ an einer Schutznahme mitbeteiligt zu haben (vgl. Rz. 140 des Verfügungsantrags [...]). Die der Beschwerdeführerin 2 auch in der Verfügung vorgeworfene Schutznahme im Fall 17 stellt somit (unbestrittenermassen) keine Neuanlastung dar.

Zudem hat das Sekretariat die angebliche Schutznahme der Beschwerdeführerin 2 im Fall 17 ausdrücklich auch bei den Ausführungen zur Berechnung des Basisbetrags erwähnt, indem es Fall 17 - neben den vier weiteren vorgeworfenen Schutznahmen - in Tabelle 5 des Verfügungsantrags aufgeführt hat. Weiter weist der Verfügungsantrag des Sekretariats in Rz. 652 gleich wie die Verfügung in Rz. 1089 unmissverständlich darauf hin, dass als Basisbetrag (lediglich) die Summe sämtlicher erfolgreicher Schutznahmen berücksichtigt werde. Zwar führt die Tabelle 5 des Verfügungsantrags die Umsätze der Beschwerdeführerin 2 aus den fünf vorgeworfenen Schutznahmen nicht einzeln auf, doch konnten die Beschwerdeführerinnen diese Umsätze unschwer den je-

weiligen Einzelfallprüfungen des Verfügungsantrags entnehmen (vgl. dazu Rz. 127 [Fall 15, Fr. ...], Rz. 134 [Fall 17, Fr. ...], Rz. 245 [Fall 40, Fr. ...], Rz. 369 [Fall 73; Fr. ...], Rz. 379 [Fall 75; Fr. ...]). Damit ist nicht nur offensichtlich, dass bereits das Sekretariat den Umsatz der Beschwerdeführerin 2 aus der angeblichen Schutznahme im Fall 17 (ebenfalls) aufsummieren wollte, um den Basisbetrag zu berechnen. Sondern es liegt angesichts der vorstehend erwähnten Umsätze auch auf der Hand, dass dem Sekretariat beim Verfassen des Verfügungsantrags ein Rechnungsfehler unterlaufen sein musste, hat es in diesem den kumulierten Umsatz der Beschwerdeführerin 2 mit Fr. (...) doch deutlich zu tief beziffert.

Von den bereits damals rechtsanwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen konnte erwartet werden, dass sie im Rahmen ihrer Verteidigung hinsichtlich jeder der ihnen vorgeworfenen Schutznahmen kontrollieren, ob sie Einwände gegen die im Verfügungsantrag des Sekretariats angegebenen Umsätze haben, und ob die Sanktionsberechnung im Verfügungsantrag korrekt vorgenommen wurde, d.h. insbesondere auch die Umsätze der Schutznahmen richtig aufaddiert wurden. Den Beschwerdeführerinnen stand es gestützt auf den ihnen zugestellten Verfügungsantrag offen, ausser zum beantragten Beweisergebnis auch zur vorgeschlagenen Sanktionsbemessung Stellung zu nehmen. In ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag haben sich die Beschwerdeführerinnen denn unter anderem auch zu Fall 17 geäussert (vgl. [...]). Zudem hielten die Beschwerdeführerinnen in dieser Stellungnahme (vgl. Rz. 166) selber fest, dass für die Berechnung des Basisbetrags "*die Summe sämtlicher erfolgreichen Schutznahmen*" einzubeziehen sei. In diese Kategorie fällt - im Fall eines rechtsgenüglichen Beweises - unstrittig auch Fall 17.

Die Vorinstanz hat den Basisbetrag der Beschwerdeführerin 2 in der Verfügung unverändert nach der bereits im Verfügungsantrag vorgeschlagenen Methode und basierend auf den im Verfügungsantrag bei den Einzelfällen aufgeführten Umsätzen berechnet. Durch die Kennzeichnung von Fall 17 in Tabelle 5 des Verfügungsantrags mit einem Stern (*) und den Erläuterungen dazu hat das Sekretariat im Übrigen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es bei ARGE-Fällen wie Fall 17 ohne gegenteilige Angaben der Parteien von einer gleichmässigen Verteilung der Anteile zwischen den ARGE-Partnern ausgeht. Der korrigierte Basisbetrag der angefochtenen Verfügung ergibt sich daher bereits aus der Begründung des Verfügungsantrags. Dieser und die angefochtene Verfügung unterscheiden sich somit in ihrer materiellen Würdigung nicht.

Die Vorinstanz ist gemäss der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. E. 5.2.3) an den Verfügungsantrag des Sekretariats nicht gebunden. Als Entscheidbehörde muss sie gerade auch dann über einen gewissen Spielraum verfügen, wenn es darum geht, die endgültige Sanktionshöhe nach eigenem pflichtgemässen Ermessen zu bestimmen, ohne die Verfügungsadressaten erneut anhören zu müssen. Jedenfalls kann im Umstand, dass die Vorinstanz vorliegend im Rahmen der eigenen Berechnung des Basisbetrags der Beschwerdeführerin 2 das rechnerische Versehen des Sekretariats ohne nochmalige Zustellung eines überarbeiteten Verfügungsantrags des Sekretariats korrigiert hat, keine Verletzung des erweiterten rechtlichen Gehörsanspruchs der Beschwerdeführerinnen erblickt werden. Ob die Beschwerdeführerinnen den Fehler des Sekretariats bemerkt haben oder nicht, kann offen bleiben. Unabhängig davon hatten die Beschwerdeführerinnen trotz des irrtümlich zu tief bezifferten kumulierten Umsatzes in Tabelle 5 des Verfügungsantrags ausreichend Gelegenheit, vorweg ihre Standpunkte zu den Grundlagen des Entscheids einzubringen. Eine Verletzung von Art. 30 Abs. 2 KG liegt nicht vor.

5.2.5 Selbst wenn man zum Ergebnis gelangen würde, dass die Beschwerdeführerinnen infolge der Änderung des Sanktionsbetrages im Dispositiv der Verfügung gegenüber dem Dispositiv des Verfügungsantrags des Sekretariats einen Anspruch auf nochmalige Äusserung gehabt hätten und durch die unterbliebene Zustellung eines überarbeiteten Verfügungsantrags Art. 30 Abs. 2 KG und folglich das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen verletzt worden wäre, hätte vor Bundesverwaltungsgericht eine Heilung desselben stattgefunden. Denn die Beschwerdeführerinnen haben vor dem mit umfassender Kognition ausgestatteten Bundesverwaltungsgericht hinlänglich Gelegenheit erhalten, sich sowohl zu allen Fällen, welche die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen als unzulässige Wettbewerbsabreden anlastet, als auch zur Höhe der ausgesprochenen Sanktion zu äussern. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit der gerügten Sanktionserhöhung konnte somit in jedem Fall vollumfänglich vor Bundesverwaltungsgericht nachgeholt werden.

5.2.6 Wie erwähnt (vgl. E. 5.2.1 Bst. a), erblicken die Beschwerdeführerinnen eine Gehörsverletzung weiter darin, dass ihnen die Vorinstanz trotz angeblicher zusätzlicher Anlastung der Fälle 47, 48, 71, 87 und 97 in der angefochtenen Verfügung bzw. in der Vernehmlassung (Fälle 48 und 97) keinen neuen Verfügungsantrag zur Stellungnahme unterbreitet habe.

5.2.6.1 Die Vorinstanz weist auch diese gerügte Gehörsverletzung zurück. Es treffe zwar zu, dass Fall 47 nur in der Tabelle 7 der Verfügung enthalten und in der Tabelle 7 des Verfügungsantrags für die Beschwerdeführerin 2 nicht aufgeführt gewesen sei. Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen habe die Vorinstanz mit der Berücksichtigung von Fall 47 (ohne nochmalige Zustellung des Sachverhalts) aber nicht verletzt. Denn Fall 47 sei bereits gemäss Beweisergebnis des Verfügungsantrags des Sekretariats klar als Abredebeteiligung der Beschwerdeführerinnen ausgewiesen. Aus dem Beweisergebnis am Schluss der Einzelfallanalyse von Fall 47 im Verfügungsantrag gehe klar hervor, dass der Beschwerdeführerin 2 auch im Fall 47 eine Beteiligung an einer Abrede vorgeworfen werde (mit Verweis auf Rz. 271 des Verfügungsantrags). Die Beschwerdeführerinnen könnten nicht ernsthaft behaupten, die Verfügung konfrontiere sie mit einem neuen Sachverhalt. Auch in der rechtlichen Würdigung liege bei Fall 47 nichts Neues.

Hinsichtlich der Anlastung der Abredebeteiligung der Beschwerdeführerin 2 in den Fällen 48 und 97 bestätigt die Vorinstanz die Darstellung der Beschwerdeführerin-

nen, dass diese Fälle weder in der Tabelle 7 des Verfügungsantrags noch in der Tabelle 7 der Verfügung enthalten sind. Es komme aber sowohl im Verfügungsantrag als auch in der Verfügung in aller Klarheit zum Ausdruck, dass der Beschwerdeführerin 2 die Einreichung einer Stützofferte vorgehalten werde. Die Beschwerdeführerin 2 habe ohne Weiteres nachvollziehen können, was ihr in den Fällen 48 und 97 vorgeworfen werde. Wenn sie dazu (bis zur Replik) nicht Stellung genommen habe, habe sie dies freiwillig getan.

Fall 87 sei entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerinnen sowohl in der Tabelle 7 des Verfügungsantrags als auch in der Tabelle 7 der Verfügung in der Zeile der Beschwerdeführerin 2 aufgeführt. Jedoch sei Fall 87 in den Tabellen 7 der Verfügung und des Verfügungsantrags versehentlich der Beschwerdeführerin 2 anstatt der Beschwerdeführerin 3 zugeordnet worden. Die Beschwerdeführerin 2 habe gemäss der Fallanalyse mit Fall 87 nichts zu tun gehabt. Die Fallanalyse lege Fall 87 sowohl im Verfügungsantrag als auch in der Verfügung der Beschwerdeführerin 3 zur Last. Die Vorhalte seien klar und im Ergebnis des Falls 87 jeweils klar ausgewiesen.

Was schliesslich die den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 in der Verfügung vorgeworfene Abredebeteiligung im Fall 71 betrifft, räumt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 5. Juli 2013 sinngemäss ein, dass weder in der Tabelle 7 des Verfügungsantrags noch der Einzelfallanalyse des Verfügungsantrags ein entsprechender Vorwurf gegenüber den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 erhoben wird. Fall 71 könne vielmehr als neu bezeichnet werden. Dies deshalb, weil die konkreten Bezichtigungen gegenüber den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 erst anlässlich der Stellungnahme von G5._____ vom (...) zum Verfügungsantrag erhoben worden seien (mit Verweis auf [...]). Die Stellungnahme von G5._____ umfasse bloss neun Seiten und weise deutlich auf Fall 71 hin. Die Beschwerdeführerinnen hätten vollständige Akteneinsicht in die Stellungnahme von G5._____ und genügend Zeit gehabt, um dazu Stellung zu nehmen. Dass den Beschwerdeführerinnen kein neuer Verfügungsantrag zugestellt worden sei, aus welchem die Würdigung von Fall 71 gemäss Verfügung hervorgehe, verletzte den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht. Die Beschwerdeführerinnen könnten nicht erst in der Beschwerde auf diesen Punkt zurückkommen und so tun, als seien sie davon völlig überrascht worden. Nach Durchsicht des Verfügungsantrags habe den Beschwerdeführerinnen auch klar sein müssen, wie die Vorinstanz die neu ins Spiel gebrachten Sachverhaltsumstände von G5._____ würdigen könnte. Schliesslich habe auch kein Anlass dazu bestanden, den Beschwerdeführerinnen einen neuen Verfügungsantrag zur Stellungnahme zuzustellen, weil die Tatsache, dass Fall 71 neu in die Tabelle 7 aufgenommen worden sei, das Ergebnis für die Beschwerdeführerinnen nicht geändert habe.

5.2.6.2 Der vorstehenden Argumentation der Vorinstanz ist insofern zu folgen, als die Vorinstanz gestützt auf die Einzelfallanalysen im Verfügungsantrag des Sekretariats und insbesondere die am Schluss dieser Einzelfallanalysen jeweils festgehaltenen Beweisergebnisse geltend macht, die Fälle 47, 48, 87 und 97 seien den Beschwerdeführerinnen bereits im Verfügungsantrag vorgeworfen und in der angefochtenen Verfügung somit nicht neu angelastet worden:

Aus dem Verfügungsantrag des Sekretariats geht unmissverständlich hervor, (1) dass das Sekretariat im Abschnitt "*Spezifische Projekte*" die Submissionsprojekte beschrieben hat, in welchen es "*das Vorliegen einer unzulässigen Absprache als bewiesen erachtet*", und (2) dass das am Schluss einer Einzelfallanalyse jeweils zusammengefasste Ergebnis der Abklärungen "*die Basis für die Sanktionierung*" bildet (vgl. Rz. 43 und 51 des Verfügungsantrags). Für die Beurteilung der Frage, welche Abredefälle den Beschwerdeführerinnen bereits im Verfügungsantrag angelastet wurden, sind daher im Sinne der vorinstanzlichen Argumentation offenkundig die Ausführungen des Sekretariats im Abschnitt "*Spezifische Projekte*" massgeblich. Obwohl die Tabelle 7 in Rz. 670 des Verfügungsantrags den Titel "*Übersicht über die Beteiligung an Absprachen (ohne erfolgreiche Schutznahmen)*" trägt, vermögen die darin teilweise fehlenden bzw. unrichtigen Angaben am Beweisergebnis nichts zu ändern, welches das Sekretariat aufgrund der Einzelfallanalysen als gegeben erachtete und für jeden Einzelfall im Abschnitt "*Spezifische Projekte*" des Verfügungsantrags erkennbar festgehalten hat.

Wie die Vorinstanz richtig angibt, wird den Beschwerdeführerinnen gemäss den Ergebnissen der jeweiligen Einzelfallanalysen des Sekretariats bereits im Verfügungsantrag vorgeworfen, sich in den Fällen 47, 48, 87 und 97 an einer unzulässigen Absprache beteiligt zu haben. Dabei trifft auch zu, dass Fall 87 bereits gemäss der Fallanalyse des Sekretariats der Beschwerdeführerin 3 und nicht (wie in den Tabellen 7 des Verfügungsantrags und der Verfügung falsch festgehalten) der Beschwerdeführerin 2 zur Last gelegt wird (vgl. Rz. 271, 274, 438 und 482 des Verfügungsantrags).

Die Verfügung hat mit Bezug auf diese Anschuldigungen gegenüber dem Verfügungsantrag keine Änderung erfahren, weshalb die Beschwerdeführerinnen nach Art. 30 Abs. 2 KG auch keinen Anspruch hatten, zu den Fällen 47, 48 87 und 97 erneut Stellung nehmen zu können. Was diese Fälle betrifft, hatten die Beschwerdeführerinnen auch ohne Zustellung eines überarbeiteten Verfügungsantrags zur Stellungnahme ausreichend Gelegenheit, sich vorweg zum Untersuchungsergebnis zu äussern. Dieses geht ungeachtet der Fehler in Tabelle 7 des Verfügungsantrags hinlänglich klar aus den Einzelfallanalysen im Abschnitt "*Spezifische Projekte*" des Verfügungsantrags hervor.

Die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, sie hätten sich im Rahmen der Verteidigung und beim Verfassen der Beschwerde angeblich darauf beschränkt, nur die in der Tabelle 7 zu ihren Lasten aufgeführten Fälle zu lesen und zu analysieren, überzeugt nicht. Von den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen konnte nach Treu und Glauben durchaus erwartet werden, dass sie sich nicht blind auf die Angaben der Tabelle 7 verlassen, sondern dass sie die Beweisergebnisse sämtlicher Einzelfallanalysen des Verfügungsantrags und der Verfügung auf mögliche Anschuldigungen ihnen gegenüber sichten und zu allen hier erhobenen Vorwürfen Stellung beziehen. Somit können die Beschwerdeführerinnen auch aus dem Umstand keine Gehörsverletzung

ableiten, dass sie sich zu den Fällen 48 und 97, welche ihnen ebenfalls bereits im Verfügungsantrag angelastet wurden, erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren geäussert haben (vgl. Replik, Rz. 147 ff. und Rz. 193 ff.).

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz Art. 30 Abs. 2 KG und das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen nicht verletzt hat, indem sie den Beschwerdeführerinnen keine zusätzliche Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Fällen 47, 48, 87 und 97 in einem überarbeiteten Verfügungsantrag eingeräumt hat.

5.2.6.3 Hingegen ist eine Verletzung des erweiterten Gehörsanspruchs der Beschwerdeführerinnen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG darin zu erblicken, dass die Vorinstanz die angefochtene Verfügung trotz der eingeräumten Neuanlastung von Fall 71 erlassen hat, ohne die Beschwerdeführerinnen vorab ausdrücklich eingeladen zu haben, zu diesem zusätzlich angelasteten Fall Stellung zu nehmen. Zwar gewährte das Sekretariat den Beschwerdeführerinnen Einblick (verbunden mit einem Äusserungsrecht) in die Stellungnahme (von) G5._____ zum Verfügungsantrag, in welcher G5._____ den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 neu auch im Fall 71 eine Mitbeteiligung an einer Submissionsabsprache vorwarf. Aufgrund dieser Stellungnahme (von) G5._____ stand jedoch noch nicht fest, wie das Sekretariat die ihm zugetragene neue Anschuldigung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beurteilen würde, und ob das Untersuchungsergebnis gegenüber den Beschwerdeführerinnen im Ergebnis angepasst würde.

Indem die Vorinstanz die neue Anschuldigung bezüglich Fall 71 in der Verfügung übernommen hat, ergänzte die Vorinstanz das die Beschwerdeführerinnen betreffende Untersuchungsergebnis gegenüber dem Untersuchungsergebnis des Verfügungsantrags. Diese Ergänzung stellt keine vernachlässigbare Abweichung der Vorinstanz von der Begründung des Sekretariats im Verfügungsantrag dar, sondern ist im Sinne der erwähnten Rechtsprechung (vgl. E. 5.2.3) als wesentliche Änderung gegenüber dem Verfügungsantrag des Sekretariats zu werten. Die Vorinstanz hätte die Beschwerdeführerinnen zur Wahrung des erweiterten Gehörsanspruchs somit vor dem Treffen ihres Entscheides ausdrücklich auf die vorgesehene Neuanlastung von Fall 71 hinweisen und auffordern müssen, hierzu spezifisch Stellung zu nehmen.

Darauf ist unabhängig davon zu schliessen, dass den Beschwerdeführerinnen ausser im Fall 71 in zahlreichen weiteren Fällen eine Beteiligung an Submissionsabsprachen vorgeworfen wird. Ebenso wenig kann eine Rolle spielen, dass die Neuanlastung von Fall 71 gemäss der konkreten Sanktionsberechnung in der Verfügung laut der Vorinstanz offenbar keine Erhöhung der Sanktion gegenüber den Beschwerdeführerinnen zur Folge hatte. Unabhängig davon handelt es sich bei jeder vorgeworfenen Beteiligung an einer Submissionsabsprache um einen als erwiesen erachteten Kartellrechtsverstoss und somit um eine wesentliche Grundlage des Entscheids.

5.2.6.4 Damit steht fest, dass die Vorinstanz den gemäss Art. 30 Abs. 2 KG erweiterten Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen verletzt hat, weil sie den Beschwerdeführerinnen keine Gelegenheit einräumte, zur neuen Anschuldigung im Fall 71 spezifisch Stellung zu nehmen. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren hatten die Beschwerdeführerinnen allerdings hinlänglich Gelegenheit, ihren Standpunkt auch zu Fall 71 einzubringen. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs konnte vor Bundesverwaltungsgericht vollumfänglich nachgeholt werden, weshalb die Gehörsverletzung als geheilt gelten darf. Auf eine Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz wird unter den gegebenen Umständen verzichtet.

5.3 Gehörsverletzung wegen Verletzung der Begründungspflicht?

5.3.1 Weiter berufen sich die Beschwerdeführerinnen auf eine Verletzung des Anspruchs auf angemessene und hinreichende Begründung als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs, weil die Beweiswürdigung und die rechtliche Würdigung der Vorinstanz in einzelnen Fällen äusserst knapp seien. Die Beweiswürdigung in den einzelnen Fällen sei aufgrund der Knappheit der Ausführungen und aufgrund der pauschalen Behandlung aller Verfahrensbeteiligten nicht nachvollziehbar (vgl. Replik, Rz.37). Eine Verletzung der Begründungspflicht erkennen die Beschwerdeführerinnen auch darin, dass es für sie nach Erhalt des Verfügungsantrags und sogar nach Erhalt der angefochtenen Verfügung immer noch nicht möglich gewesen sei nachzuvollziehen, welche Abredebeteiligungen ihnen nun letztlich angelastet würden. Die Vorinstanz habe zumindest hinsichtlich der Beschwerdeführerinnen ein grosses Durcheinander bei den einzelnen Fällen gemacht und nicht mit der nötigen Sorgfalt gearbeitet (vgl. Replik, Rz. 36). Dazu komme, dass die angefochtene Verfügung nicht näher ausführe, aus welchem Grund es bei der Beschwerdeführerin 2 gegenüber dem Verfügungsantrag des Sekretariats zu einer Erhöhung der Sanktion gekommen sei (vgl. Beschwerde, Rz. 79, Beschwerde, Rz. 84 ff., Beschwerde, Rz. 453).

Die Vorinstanz ist der Auffassung, sie habe die Verfügung genügend begründet.

5.3.2 Die Begründungspflicht als Teilgehalt des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör ergibt sich für das Verfahren vor Bundesverwaltungsbehörden unmittelbar aus Art. 35 Abs. 1 VwVG (vgl. WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 29 N. 102). Gemäss ständiger Rechtsprechung muss die Begründung eines Entscheids so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. Wenigstens kurz sind die Überlegungen zu nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde muss sich nicht ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen, sondern darf sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (vgl. BGE 139 V 496 E. 5, BGE 138 I 232 E. 5.1, BGE 133 I 270 E. 3.1, Urteil des BGer 2A.587/2003 vom 1. Oktober 2004 E. 10.2, Urteil des BVGer A-6377/2013 vom 12. Januar 2015 E. 3.3, Urteil des BVGer B-2612/2011 vom 2. Juli 2013 E. 4.3.1, je m.w.H.).

5.3.3 Die vorstehenden Ausführungen zur gerügten Gehörsverletzung wegen Nichtzustellung eines neuen Verfügungsantrags zur Stellungnahme (vgl. E. 5.2) haben deutlich gemacht, dass bereits dem Sekretariat diverse redaktionelle Fehler beim Verfassen des Verfügungsantrags unterlaufen sind.

Wie die Erwägungen zum massgeblichen Beweisergebnis der Verfügung im Einzelnen noch zeigen werden (vgl. E. 8.1), enthält aber auch die angefochtene Verfügung zahlreiche solche Mängel. Namentlich die Übersichtstabelle 7 in Rz. 1123 der Verfügung erweist sich in einem als grenzwertig zu bezeichnenden Umfang als fehlerhaft. Weitere Fehler muss das Bundesverwaltungsgericht in der Tabelle 5 in Rz. 1097 der Verfügung sowie im Anhang "*Detailberechnung der Sanktion*" feststellen (vgl. auch hierzu E. 8.1). Auch diese Fehler zeugen von einer ungenügenden Sorgfalt der Vorinstanz bei der Begründung des Entscheids. Als schwer verständlich erweist sich die Verfügung aber auch, weil sie sich (vor allem ausserhalb der Einzelfallanalysen im Abschnitt "*Spezifische Projekte*") wiederholt auf wenig präzise Pauschalaussagen beschränkt, ohne sich konkret mit den spezifischen Umständen der jeweiligen Einzelfälle auseinanderzusetzen.

Unter diesen Umständen liegt eine Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz infolge Gehörsverletzung wegen mangelhafter Begründung grundsätzlich durchaus nahe.

5.3.4 Insgesamt ergibt sich jedoch, dass der Verfügung das zu Lasten der Beschwerdeführerin 2 und 3 angenommene Beweisergebnis trotz der erwähnten Mängel eindeutig entnommen werden kann. Dies unter Miteinbezug der hierfür entscheidenden Ausführungen der Vorinstanz in den einzelnen Fallanalysen im Abschnitt "*A.6 Spezifische Projekte*" der Verfügung. Insbesondere aus den Ergebnissen am Schluss der Einzelfallanalysen gehen die Verfügungsadressaten, welche sich nach Ansicht der Vorinstanz an den jeweiligen Abreden beteiligt haben, unverkennbar hervor. Dass es den Beschwerdeführerinnen nicht möglich gewesen sei nachzuvollziehen, welche Abredebeteiligungen ihnen angelastet werden, trifft somit nicht zu (vgl. in diesem Sinne bereits E. 5.2.6.2).

Auch konnten die Beschwerdeführerinnen der vorliegenden Begründung durchaus mit Bezug auf jeden vorgeworfenen Einzelfall entnehmen, warum und gestützt auf welche Beweismittel bzw. Darstellung welcher Selbstanzeiger die Vorinstanz eine Beteiligung der jeweiligen Beschwerdeführerin als hinlänglich erwiesen erachtet. Ebenso gehen aus der Verfügung trotz der teilweise nicht einzelfallbezogenen Ausführungen die angewandten Normen, der vorgenommene Prüfablauf sowie auch die jeweiligen ökonomischen und rechtlichen Schlussfolgerungen der Vorinstanz hervor.

Weiter erklärt die Verfügung nachvollziehbar die Vorgehensweise der Vorinstanz bei der Bemessung der verhängten Sanktionen. Aus dem Umstand, dass die Vorinstanz das rechnerische Versehen des Sekretariats bei der Berechnung des Basisbetrags der Beschwerdeführerin 2 im Verfügungsantrag ohne nochmalige Zustellung eines überarbeiteten Verfügungsantrags korrigiert hat, können die Beschwerdeführerinnen wie erwähnt keine Gehörsverletzung ableiten (vgl. E. 5.2.4). Im Übrigen gilt es zu beachten, dass es sich nicht um eine Frage des Gehörsanspruchs, sondern um materiell zu prüfende Fragen handelt, soweit die Beschwerdeführerinnen hinsichtlich der Einschätzung der Glaubwürdigkeit der vorliegenden Beweismittel oder der weiteren Schlussfolgerungen der Vor-instanz eine andere Rechtsauffassung vertreten als die Vorinstanz (vgl. in diesem Sinne die Urteile des BVGer B-8430/2010 und B-8404/2010 vom 23. September 2014 je E. 3.1.6, *Baubeschläge Koch* und *SFS unimarket*).

5.3.5 Zusammenfassend ist darauf zu schliessen, dass die vorliegende Verfügung zwar teilweise schwer verständlich ist. Die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte können ihr aber trotz der vorliegenden Mängel entnommen werden. Die Beschwerdeführerinnen konnten sich anhand der Begründung insgesamt durchaus ein hinreichendes Bild über die Tragweite der Verfügung machen, sodass sie die Verfügung sachgerecht anfechten konnten. Im Ergebnis liegt gerade noch keine Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs vor. Der Vorinstanz wird freilich nahegelegt, ihre Verfügungen in Zukunft mit der erforderlichen redaktionellen Sorgfalt zu verfassen, d.h. namentlich auch Übersichtstabellen so zu erstellen, dass deren Inhalt mit den übrigen Erwägungen der Verfügung übereinstimmt.

5.4 Gehörsverletzung wegen Nichtaushändigung der Selbstanzeigen?

5.4.1 Schliesslich rügen die Beschwerdeführerinnen unter dem Titel des rechtlichen Gehörs eine Verletzung ihres Akteneinsichtsrechts. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, dass ihnen die Vorinstanz die Selbstanzeigen nicht wie beantragt ausgehändigt, sondern lediglich erlaubt habe, diese unter Beachtung eines Kopierverbotes in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen.

5.4.2 Das Sekretariat hat das Gesuch der Beschwerdeführerinnen, die Selbstanzeigen kopieren zu dürfen im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz mit Zwischenverfügung vom 10. August 2011 abgewiesen (vgl. im Sachverhalt unter A.m). Der Verfügungsantrag des Sekretariats umfasste 175 Seiten und stützte sich auf 265 während der Untersuchung beschlagnahmte oder von den Parteien eingereichte Aktenstücke, welche auf einen USB-Stick kopiert und den Parteien zugestellt wurden. Davon waren 21 Aktenstücke im Umfang von insgesamt nicht mehr als zwei Bundesordnern - nämlich die Selbstanzeigen sowie die Birchmeier-Liste (vgl. [...]) - lediglich beim Sekretariat einsehbar; sie durften nicht kopiert werden. Hingegen hatten die Parteien gemäss den vom Sekretariat festgelegten Modalitäten die Möglichkeit, zeitlich unbeschränkt und beliebig oft während der Bürozeiten in den Räumlichkeiten des Sekretariats in die Selbstanzeigen und die Birchmeier-Liste Einsicht zu nehmen. Zudem war es erlaubt, dass sich die Parteien während der Einsichtnahme vor Ort vom Inhalt dieser Akten Notizen machen oder den Inhalt auf Tonträger sprechen.

5.4.3 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Wettbewerbsbehörden hätten ihre Verteidigungsrechte durch die verweigerte Herausgabe von Kopien der

Selbstanzeigen übermässig beschnitten. Die ständige Verfügbarkeit der zentralen belastenden Dokumente sei für die Verteidigung in einem Sanktionsverfahren von zentraler Bedeutung. Der vorliegende Aktenumfang könne im Rahmen einer Sichtung vor Ort nicht in vergleichbarem Masse bewältigt werden, wie wenn die Akten zumindest den Rechtsvertretern herausgegeben würden. Die erfolgte Einschränkung des Akteneinsichtsrechts habe für die Beschwerdeführerinnen namentlich deshalb einschneidende Konsequenzen, weil die Beweisführung gegen sie praktisch ausschliesslich auf den sehr umfangreichen nicht kopierbaren Unterlagen beruhe. Die in den Selbstanzeigen enthaltenen Anschuldigungen liessen sich nur dann substantiiert widerlegen, wenn die betreffenden Dokumente kopiert und anschliessend den gegenwärtigen und ehemaligen Mitarbeitenden unterbreitet werden könnten. Alle diese Personen in den Räumlichkeiten des Sekretariats mit den Dokumenten zu konfrontieren, sei rein praktisch nicht möglich.

Die eingeschränkte Akteneinsicht beschränke die Verteidigung insbesondere während den Anhörungen und Befragungen sowie beim Verfassen der Stellungnahmen zum Verfügungsantrag des Sekretariats und zu den Anhörungen sowie bei der Redaktion der Beschwerde erheblich. So hätten die Beschwerdeführerinnen die Anhörungen vor der Vorinstanz ohne Kopien der Selbstanzeigen und der entsprechenden Beilagen absolvieren müssen, obwohl diese Dreh- und Angelpunkt der Anhörungen gewesen seien. Auch das fristgerechte Verfassen der Beschwerde ohne ständige Verfügbarkeit der angeblichen Belastungsbeweise stelle ein klares Erschwernis für die Verteidigung dar. Aufgrund des Kopierverbotes habe das Verfahren nicht mit gleich langen Spiessen geführt werden können. Die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der ständigen Verfügbarkeit der belastenden Akten wögen vorliegend schwerer als das Interesse an einem schonungsvollen Umgang mit den Selbstanzeigen.

5.4.4 Die Vorinstanz hält die Nichtherausgabe von Kopien der Selbstanzeigen an die Beschwerdeführerinnen für rechtmässig und weist die gerügte Gehörsverletzung wie das Akteneinsichtsbegehren vor Bundesverwaltungsgericht als unbegründet zurück. Dabei behauptet die Vorinstanz nicht, eine Beschränkung auf die Einsichtnahme vor Ort sei für die Beschwerdeführerinnen mit keinerlei Nachteil verbunden. Der Umfang der Selbstanzeigen erreiche im vorliegenden Fall aber ein Ausmass, das ohne nennenswerte Einschränkung der Verteidigungsrechte durch Einsicht vor Ort habe bewältigt werden können.

5.4.5 Das Kartellgesetz enthält keine materiellen Vorschriften über das Akteneinsichtsrecht. Dieses richtet sich im Kartellrecht daher nach Art. 26 ff. VwVG (vgl. Art. 39 KG sowie Art. 37 VGG für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht). Nach Art. 26 Abs. 1 VwVG hat jede Partei oder ihr Vertreter Anspruch darauf, in ihrer Sache die Verfahrensunterlagen am Sitz der verfügenden oder einer durch diese zu bezeichnenden kantonalen Behörde einzusehen. Dazu gehören namentlich die Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden sowie alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke (Art. 26 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Wenn die Partei oder ihr Vertreter damit einverstanden ist, kann die Behörde die Aktenstücke auf elektronischem Weg zur Einsichtnahme zustellen (Art. 26 Abs. 1 bis VwVG).

Gemäss Art. 27 Abs. 1 VwVG darf die Behörde die Einsichtnahme in die Akten nur verweigern, wenn unter anderem wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone (Bst. a) oder wesentliche private Interessen - insbesondere von Gegenparteien (Bst. b) - die Geheimhaltung erfordern. Als weiteren (vorliegend jedoch nicht relevanten) Grund für die Verweigerung der Einsichtnahme in die Akten nennt das Gesetz das Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung (Bst. c). Art. 27 Abs. 2 VwVG schreibt vor, dass sich die Verweigerung der Einsichtnahme nur auf die Aktenstücke erstrecken darf, für die Geheimhaltungsgründe bestehen.

Art. 26 Abs. 1 VwVG statuiert seinem Wortlaut nach nur einen Anspruch darauf, die Akten am Sitz der Behörde einzusehen. Ob das Akteneinsichtsrecht auch einen Anspruch gewährt, Kopien zu erhalten oder solche selber zu erstellen, geht aus dem Wortlaut der Art. 26 ff. VwVG nicht ausdrücklich hervor. In der Praxis werden den Anwälten von Parteien jedoch regelmässig die Originalakten oder Kopien davon zugestellt (BGE 122 I 109 E. 2b; WALDMANN/OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 26 N. 76 und 82 f.; STEPHAN C. BRUNNER, in: Kommentar VwVG, 2008, Art. 26 N. 21).

Nach bundesgerichtlicher Praxis beinhaltet der verfassungsmässige Gehörsanspruch das Recht, die Akten am Sitz der Behörde einzusehen und sich davon Notizen sowie Fotokopien zu machen, soweit der Behörde daraus kein übermässiger Zusatzaufwand erwächst (BGE 131 V 35 E. 4.2 m.H. auf frühere Leitentscheide des Bundesgerichts; vgl. WALDMANN/OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 26 N. 80). Zur vorliegenden spezifischen Frage, ob sanktionsbelastete Untersuchungsadressaten wie die Beschwerdeführerinnen Anspruch auf Herausgabe (oder allenfalls eigenhändiges Erstellen) von Kopien der Selbstanzeigen haben, besteht in der Schweiz - vorbehältlich der sogleich zu nennenden Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Februar 2014 - allerdings noch keine Gerichtspraxis.

5.4.6 Neben der Rüge der Gehörsverletzung haben die Beschwerdeführerinnen - mit identischer Begründung - einen Verfahrensantrag auf Herausgabe von Kopien sämtlicher Akten der vorliegenden Untersuchung durch das Bundesverwaltungsgericht gestellt (vgl. Rechtsbegehren Ziffer 4 der Beschwerde vom 13. Februar 2012). Das Bundesverwaltungsgericht hat diesen Verfahrensantrag bereits vorab beurteilt und mit Zwischenverfügung vom 20. Februar 2014 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war.

Die Auseinandersetzung mit der Rechtslage und den Parteistandpunkten führte in dieser Zwischenverfügung - welche mit dem vorliegenden Entscheid ausdrücklich bestätigt wird - zur Schlussfolgerung, dass die Beschwerdeführerinnen unter den vorliegend gegebenen Umständen keinen Anspruch auf Herausgabe von Kopien der Selbstanzeigen haben und somit auch keine Verletzung des Akteneinsichtsrechts der Beschwerde-

führerinnen durch die Vorinstanz vorliegt. Das Bundesverwaltungsgericht nahm in der Zwischenverfügung eine Interessenabwägung vor zwischen dem Interesse der Beschwerdeführerinnen an der Kopiermöglichkeit und den vorliegend in Frage kommenden wesentlichen öffentlichen und privaten Interessen im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG. Wie aus der Zwischenverfügung vom 20. Februar 2014 hervorgeht, liegen vorliegend gewichtige Interessen im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG vor, welche das Interesse der Beschwerdeführerinnen an einer Herausgabe von Kopien der Selbstanzeigen überwiegen.

Dabei kommt als wesentliches öffentliches Interesse des Bundes im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. a VwVG auch ein öffentliches Interesse in Betracht, Selbstanzeigen in kartellrechtlichen Verfahren einen gewissen Geheimhaltungsschutz angedeihen zu lassen, um die Wirksamkeit der Bonusregelung als Instrument des Wettbewerbsrechts zu unterstützen. Wenn potentiell kooperationswillige Unternehmen Zivilklagen Geschädigter sowie Retorsionsmassnahmen von am Wettbewerbsverstoss mitbeteiligten (Konkurrenz-) Unternehmen fürchten, weil Kopien ihrer Selbstanzeigen herausgegeben werden könnten, vermag dies den Anreiz zur Kooperation zu schmälern und damit letztlich die Effektivität der Bonusregelung, eines wichtigen Instruments zur Durchsetzung des Kartellrechts, auszuhöhlen (vgl. PATRICK SOMMER, Praktische Verfahrensfragen bei Inanspruchnahme der Bonusregelung, Jusletter vom 17. Oktober 2005, Rz. 43; ZIRLICK/TAGMANN, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Vor Art. 12-17 N. 28, Art. 49a N. 158; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 669 f. und 721 ff.). Unter diesem Blickwinkel wird ein wesentliches öffentliches Interesse erkennbar, das Kopieren der Selbstanzeigen zu verbieten und auch keine Kopien davon herauszugeben, um die Bonusregelung nicht zu schwächen (vgl. BILGER, a.a.O., S. 289; RETO JACOBS, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: Roger Zäch [Hrsg.], Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, S. 209 ff., 218, sowie JACOBS/BÜRGI, Auswirkungen der Kartellgesetzrevision auf Verträge, SJZ 100 [2004] S. 149 ff., 155).

Als wesentliche private Interessen im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG können ebenfalls gewichtige tatsächliche Interessen eine Einschränkung der Akteneinsicht erheischen, beispielsweise, um mögliche spätere Verfahren zur Durchsetzung privater Interessen (z.B. Schadenersatzklagen) nicht zu beeinflussen (STEPHAN C. BRUNNER, in: Kommentar VwVG, 2008, Art. 27 N. 30, m.w.H.; WALDMANN/OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 27 N. 33 ff., m.w.H.). Dass die Selbstanzeiger in schriftlichen Stellungnahmen und Anhörungsprotokollen, welche kopiert werden durften, Informationen preisgaben, die ebenso in ihren Selbstanzeigen vorkommen, lässt nicht ohne Weiteres darauf schliessen, dass jegliches private Interesse am diesbezüglichen Kopierverbot erloschen wäre.

5.4.7 Zur Frage, wann Akten mit Blick auf die Einsichtnahme als umfangreich gelten, lassen sich der verfügbaren Gerichtspraxis keine allgemeinen Regeln entnehmen. Wegen der Vielfalt der Verfahrensdossiers wären solche Leitlinien aber wohl von beschränktem Nutzen. Mithin bedarf es einer Einzelfallbeurteilung. Im vorliegenden Fall ist zusammenfassend - im Sinne der Ausführungen in der Zwischenverfügung vom 20. Februar 2014 - darauf zu schliessen, dass eine wirksame Verteidigung aufgrund der Akteneinsicht entsprechend den vom Sekretariat festgelegten Modalitäten (beliebige Anzahl Einsichtnahmen während der Bürozeiten in den Räumlichkeiten des Sekretariats mit der Erlaubnis, sich vom Inhalt der Selbstanzeigen Notizen zu machen oder ihn auf Tonträger zu sprechen [vgl. E. 5.4.2]) auch ohne die Möglichkeit, Kopien zu erstellen oder zu erhalten, durchaus gewährleistet erscheint. Dies selbst, wenn eine Durchsicht sämtlicher Akten der Selbstanzeigen - insgesamt etwa 540 Seiten - angezeigt ist, denn die die Beschwerdeführerinnen betreffenden Textstellen sind nicht sehr umfangreich.

5.4.8 Unter diesen Umständen dringen die Beschwerdeführerinnen nicht nur mit ihrem Verfahrensantrag auf Herausgabe von Aktenkopien durch das Bundesverwaltungsgericht, sondern auch mit der im Kontext der Nichtaushändigung der Selbstanzeigen gerügten Gehörsverletzung durch die Vorinstanz nicht durch. Eine Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts durch blosse Einsichtnahme in die Akten am Sitz des Bundesverwaltungsgerichts beantragten die Beschwerdeführerinnen weder vor noch nach der Abweisung des Verfahrensantrags auf Herausgabe von Aktenkopien mit Zwischenverfügung vom 20. Februar 2014.

5.5 Schlussfolgerungen

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit der Neuanlastung von Fall 71 in der Verfügung ohne vorgängige Zustellung eines entsprechend ergänzten Verfügungsantrags verletzt hat, wobei von einer Heilung vor Bundesverwaltungsgericht ausgegangen werden kann. Im Übrigen erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerinnen zum rechtlichen Gehör als unbegründet. Selbst wenn eine weitere Gehörsverletzung allenfalls zu bejahen wäre, müsste auch diese als geheilt gelten.

6. Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und der Unschuldsvermutung

6.1 Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und der Unschuldsvermutung:

Hinsichtlich des Untersuchungsgrundsatzes machen sie zusammenfassend geltend, die Vorinstanz hätte den Sachverhalt viel detaillierter abklären und sich insbesondere vermehrt dafür interessieren müssen, wie die angeblichen Abreden im Einzelfall zustande gekommen seien (vgl. Beschwerde, Rz. 7, 15, 90, 93 f., 97; Replik, Rz. 39 ff., insbesondere Rz. 43). Obwohl das Verfahren dem Untersuchungsgrundsatz unterliege und die Vorinstanz somit für die Beschaffung der Entscheidgrundlagen verantwortlich sei, habe die Vorinstanz in fast allen den Beschwerdeführerinnen zur Last gelegten Fällen keine hinreichenden Beweiserhebungen vorgenommen. In vielen Fällen könne nicht ernsthaft behauptet werden, dass genügend Untersuchungshandlungen durchgeführt worden seien. Eine Verletzung des Untersuchungs-

grundsatzes sehen die Beschwerdeführerinnen (sinngemäss) insbesondere darin, dass die Vorinstanz die Anhörungen einseitig und suggestiv geführt habe (vgl. hierzu ausführlich E. 6.4).

Die angefochtene Verfügung verletze die Unschuldsvermutung, weil sie einzig auf den unglaubwürdigen Bezichtigungen von Selbstanzeigern beruhe (vgl. Beschwerde Rz. 12, 15, 46, 88 ff.; Replik, Rz. 4, 20 f., 25, 45 f.). Die Vorinstanz habe die Selbstanzeigen nicht mit der gebührenden Vorsicht gewürdigt und in diversen Fällen im Zweifelsfall gegen die Beschwerdeführerinnen entschieden. Im Zweifelsfall seien die Beweisresultate aber zugunsten der Beschuldigten auszulegen. Diese Beweiswürdigungsregel habe die Vorinstanz in zahlreichen Fällen verletzt. Sinngemäss beanstanden die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung der Unschuldsvermutung (oder allenfalls des Untersuchungsgrundsatzes) namentlich, weil die Vorinstanz die angeblichen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerinnen als hinlänglich erwiesen erachtet habe, ohne die für die Beschwerdeführerinnen 2 und die Beschwerdeführerin 3 handelnden natürlichen Personen angehört zu haben; dies trotz entsprechenden Beweisanträgen der Beschwerdeführerinnen (vgl. hierzu ausführlich E. 6.5).

6.2 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz betont, weder den Untersuchungsgrundsatz noch die Unschuldsvermutung verletzt zu haben (vgl. Vernehmlassung, Rz. 12, 26, 83, 85, 97). Die Analyse der Einwände gegen die Beweiserhebung in den einzelnen Fällen werde zeigen, dass die Vorinstanz den Sachverhalt genügend abgeklärt und ordnungsgemäss Beweis geführt habe. Weitere Untersuchungsmassnahmen seien nicht nötig gewesen. Die Vorinstanz habe keine erheblichen und nicht zu unterdrückenden Zweifel daran, dass sich der Sachverhalt so zugetragen habe, wie er in der angefochtenen Verfügung wiedergegeben werde.

6.3 Grundsatz

Wie im übrigen Verwaltungsverfahren gilt auch im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz, nach welchem die Rechtsanwendungsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 10.2, Sammelrevers). Bei belastenden Verfügungen ist die Verwaltung beweisbelastet (BGE 130 II 482 E. 3.2; AUER, in: Kommentar VwVG, 2008, Art. 12 N. 16).

Den in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen kommt ein strafrechtsähnlicher Charakter zu (BGE 139 1 72 E. 2.2.2, *Publigroupe*; BGE 143 II 297 E. 9.1, *Gaba*). Die Qualifizierung hat zur Folge, dass im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren die verfassungs- und EMRK-rechtlichen Garantien zu beachten sind, welche auch für das Strafverfahren gelten (BGE 139 I 72 E. 2.2.2, *Publigroupe*). Allerdings zählt das Kartellsanktionsverfahren primär zum Verwaltungsrecht (Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 142 II 268], Publikation Sanktionsverfügung in Sachen *Nikon*), weshalb die Verfahrensgarantien der EMRK nicht in voller Strenge zur Anwendung gelangen und im Übrigen nicht absolute Geltung beanspruchen, sondern in eine einzelfallbezogene Interessenabwägung einzubeziehen sind (BGE 140 II 384 E. 3.3.5, *Spielbank*, m.w.H.; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) Nr. 73053/01 in Sachen *Jussila* vom 23. November 2006 Rz. 43; vgl. auch die Urteile des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.1, E. 8.1.1, *Nikon* und B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 651, *Preispolitik Swisscom ADSL*).

Die von den Beschwerdeführerinnen angerufene Unschuldsvermutung hat die Verfassung in Art. 32 Abs. 1 BV und das Strafprozessrecht in Art. 10 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0) verankert. Danach gilt jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Die EMRK verbrieft die Unschuldsvermutung in Art. 6 Ziff. 2. Die Unschuldsvermutung hat Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast sowie auf das Beweismass (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.3, *Publigroupe*; Urteile des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.5.1, *Nikon* und B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 6.4.4, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*; NIGGLI/RIEDO, in: Basler Kommentar zum KG, Vorbem. Art. 49a N. 248 ff.; BSK-StPO TOPHINKE, Art. 10 StPO N. 79). Als Beweislastregel besagt die Unschuldsvermutung, dass es Sache der Behörde ist, die Schuld zu beweisen. Als Beweismassregel folgt daraus, dass das Gericht eine Tatsache nur als gegeben voraussetzen darf, wenn es an deren Vorhandensein keine unüberwindlichen Zweifel hegt; andernfalls hat das Gericht von dem für den Beschuldigten günstigeren Sachverhalt auszugehen (Art. 10 Abs. 3 StPO).

Die Unschuldsvermutung gilt grundsätzlich auch im Verwaltungssanktionsverfahren (BGE 105 Ib 117 E. 1.a; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 486; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 728). Allerdings gilt sie (auch) im Kartellverfahren nicht absolut, und zwar unbesehen des Umstands, dass die strafrechtlichen Verfahrensgarantien im Verwaltungssanktionsverfahren nicht in voller Schärfe zur Anwendung gelangen (BGE 140 II 384 E. 3.3.4 f., *Spielbank*). Es ist mithin im Einzelfall ein sachverhaltsbezogener Ausgleich zu finden. Unzulässig wäre eine Beweislastumkehr zulasten des Unternehmens, gegen welches sich die Untersuchung richtet (vgl. mit weiterführenden Ausführungen das Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.5.2 f., *Nikon*).

Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zur angeblichen Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und der Unschuldsvermutung haben einen engen Bezug zum Inhalt der angefochtenen Verfügung. Hinweise auf eine Rechtsverletzung der Vorinstanz im formellen Sinn sind weder mit Bezug auf den Untersuchungsgrundsatz noch die Unschuldsvermutung ersichtlich. Denn die Vorinstanz hat nicht nur ihre Pflicht zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen, sondern auch ihre Beweisführungslast sowie auch das zu erfüllende Beweismass zu jedem Zeitpunkt ausdrücklich anerkannt (vgl. E. 8.3). Der Vorinstanz kann auch nicht vorgeworfen werden, eine unzulässige Beweislastumkehr zulasten der Beschwerdeführerinnen praktiziert zu haben.

Im Einzelnen werden die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen im Rahmen der materiellen Beurteilung, d.h. nicht in einem separaten Abschnitt unter dem Gesichtspunkt eines formellen Rechtsfehlers, zu prüfen sein (vgl. in diesem Sinne bereits die Urteile des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 1.1.2, *Swisscom*; B-8430/2010 und B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 3.2.1 bzw. E. 3.2.5, *Baubeschläge Koch* und *SFS unimarket*, B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.5, *Nikon*). Demnach ist namentlich erst als materielle Fragestellung zu prüfen, wie der Beweiswert der vorliegenden Selbstanzeigen einzuschätzen ist und ob die Schlussfolgerungen der Vorinstanz mit Bezug auf die den Beschwerdeführerinnen in den Einzelfällen angelastete Beweislage rechtmässig sind (vgl. insbesondere E. 8.5 und E. 8.7). Es erscheint aber angezeigt, dass nachfolgend gesondert auf den Standpunkt der Beschwerdeführerinnen eingegangen wird, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz durch einseitige und suggestive Anhörungen und die Unschuldsvermutung infolge Nichtbefragung der für die Beschwerdeführerinnen handelnden natürlichen Personen verletzt (vgl. E. 6.4 und E. 6.5).

6.4 Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch einseitige und suggestive Anhörungen?

6.4.1 Was den Vorwurf der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch angeblich einseitige und suggestive Anhörungen betrifft, bemängeln die Beschwerdeführerinnen, die Befragungen der Vorinstanz anlässlich der Anhörungen hätten sich vorwiegend auf diejenigen Sachverhaltselemente konzentriert, welche die Verfahrensparteien belasten. Die Vorinstanz habe die Verfahrensparteien praktisch ausschliesslich zu denjenigen Fällen befragt, bei welchen das Sekretariat sich auf Schriftstücke habe berufen können. Dadurch dürfte bei den einzelnen Kommissionsmitgliedern der Eindruck entstanden sein, dass die Ausführungen im Verfügungsantrag "*Hand und Fuss*" hätten, obwohl ein Grossteil der Bezichtigungen gegenüber den Beschwerdeführerinnen in keiner Art und Weise durch Indizien oder glaubwürdige Aussagen untermauert sei.

Zudem habe die Vorinstanz den Vertretern der Unternehmensgruppe Q._____ bei der Anhörung die Fragen auf eine Weise gestellt, welche die Befragten dazu eingeladen habe, die Aussagen in den Selbstanzeigen zu bestätigen. Der Befragungsstil der Vorinstanz bei der Anhörung der Vertreter der Unternehmensgruppe Q._____ habe darauf abgezielt, die Aussagen in den Selbstanzeigen möglichst weitgehend mündlich bestätigen zu lassen. Auch weil ihr Vorgesetzter neben den befragten Vertretern der Unternehmensgruppe Q._____ gesessen habe, sei völlig klar, dass diese bei einer derartigen Befragung die Aussagen im Sinne des Präsidenten der Vorinstanz und im Sinne der Unternehmensgruppe Q._____ machen würden. Bei Aussagen, welche die Selbstanzeigen relativiert hätten, sei meist zu einem anderen Thema gewechselt statt vertieft darauf eingegangen worden.

Bei der Anhörung der Beschwerdeführerin 2 habe die Vorinstanz demgegenüber versucht, deren Vertreter unter Druck zu setzen. So sei (...) der Beschwerdeführerin 2 dazu veranlasst worden, sich zu Akten aus den Selbstanzeigen zu äussern, ohne dass ihm der Kontext der einzelnen Dokumente hinreichend erläutert worden sei. Dabei habe der Vertreter der Beschwerdeführerin 2 diese Dokumente - wegen des vorinstanzlichen Kopierverbotes (vgl. dazu E. 5.4) und weil er keine Gelegenheit für eine vorgängige Einsichtnahme beim Sekretariat gehabt habe - zum ersten Mal bei der Anhörung zu Gesicht bekommen. Den Vertretern der Unternehmensgruppe Q._____ hätten die Beschwerdeführerinnen bei der Anhörung unter anderem deshalb trotz gegebener Möglichkeit am Ende der Befragung keine Ergänzungsfragen gestellt, weil sie nicht über die Selbstanzeigen verfügt hätten (vgl. Replik, Rz. 60). Eine gründliche Befragung der Vertreter der Unternehmensgruppe Q._____ wäre nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen aber auch deshalb nicht möglich gewesen, weil die Fülle der betroffenen Fälle den Rahmen der Anhörung gesprengt hätte (vgl. Replik, Rz. 60).

Weiter sei (...) wie anderen Vertretern von den mit den Bezichtigungen konfrontierten Unternehmen kaum die Möglichkeit geboten worden, sich sachlich und ruhig zu den Bezichtigungen zu äussern. Die gestellten Fragen hätten kaum sinnvolle Antworten zum Sachverhalt ermöglicht. Zudem hätten sich die Rechtsvertreter der befragten Unternehmen kaum zu Wort melden dürfen. Sie seien vom Präsidenten jeweils mit dem Hinweis "*kein Plädoyer bitte*" unterbrochen worden. Insgesamt sei der Eindruck entstanden, dass es der Vorinstanz weniger darum gegangen sei, die Wahrheit zu ergründen, sondern vielmehr möglichst viele belastende Aussagen zu erwirken.

6.4.2 Die Vorinstanz macht geltend, die Anhörungen weder einseitig noch suggestiv geführt zu haben (vgl. Vernehmlassung, Rz. 107 ff.). Dass sie sich mit ihren Fragen an die Parteien nach bestrittenen Sachverhaltselementen erkundigt habe, sei naheliegend. Darüber hinaus habe sich die Vorinstanz von den Selbstanzeigern aber auch erklären lassen, wie die Absprachetätigkeit funktioniert und was sie zur Selbstanzeige bewogen habe. Dies, um sich ein Bild von den Selbstanzeigern zu machen. Zudem habe die Vorinstanz die Selbstanzeigerin G15._____ explizit zum Vorwurf des schlechten Verhältnisses zur Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen befragt (vgl. dazu E. 8.5.6). In den angeblichen Suggestivfragen habe die Vorinstanz primär gefragt, ob eine gewisse Aussage in der Selbstanzeige bestätigt werde. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern diese Fragen die Selbstanzeiger dazu hätten ermutigen sollen, nur ihre Selbstanzeigen zu bestätigen und keine anderen oder weiteren Angaben zu machen. Der Vorwurf, dass sich die Anhörung der Vorinstanz auf Fälle mit vorliegenden Schriftstücken beschränkt habe, treffe schlicht nicht zu (m.H. auf mehrere Fragen an die Beschwerdeführerin 2 zu den Fällen 73 und 75). Auch habe die Vorinstanz den Vertretern der Beschwerdeführerin 2 - insbesondere A._____ - jeweils genügend Zeit gelassen, auf die Fragen einzugehen und auch allfällige aus ihrer Sicht falsche Darstellungen zu korrigieren (mit Verweis auf [...]).

Für die Beschwerdeführerinnen sei zudem die Möglichkeit gegeben gewesen, die anderen Parteien - insbesondere die Selbstanzeiger - mit eigenen Fragen zu konfrontieren. Da der Beschwerdeführerin 2 nur fünf

Schutznahmen angelastet würden, hätte diese laut der Vorinstanz die Vertreter der Unternehmensgruppe Q._____ sehr wohl zu diesen wenigen Fällen befragen können (vgl. Duplik, Rz. 18). Zudem wäre es der Beschwerdeführerin 2 gemäss Vorinstanz problemlos möglich gewesen, zu den Fragen der Vorinstanz an die Unternehmensgruppe Q._____ entsprechende Rückfragen zu stellen und G15._____ mit allfällig falschen Anschuldigungen zu konfrontieren. Für die Einvernahme der Selbstanzeiger sei keine maximale Dauer festgesetzt worden; und die Beschwerdeführerin 2 habe genug Zeit gehabt, ihre Fragen an (...) vorzubereiten (vgl. Duplik, Rz. 18). Statt vertieft auf die Aussagen des (...) (F._____) einzugehen, hätten es die Beschwerdeführerinnen bevorzugt, eine schriftliche Stellungnahme zu den Anhörungen abzugeben.

Ebenso wenig könne dem Einwand gefolgt werden, die Vorinstanz habe bei den Anhörungen die befragten Vertreter der Beschwerdeführerinnen unter Druck gesetzt. Die Beschwerdeführerinnen hätten vor den Anhörungen genügend Zeit für die Einsichtnahme in die vorgelegten Dokumente gehabt. Nach dem freiwilligen Verzicht auf die Wahrnehmung dieser Möglichkeit könne A._____ der Vorinstanz nicht im Nachhinein vorhalten, sie habe ihn mit Dokumenten konfrontiert, die er noch nie gesehen habe.

6.4.3 Zwar sind auch in kartellrechtlichen Untersuchungen Fragen möglichst zu vermeiden, durch welche einer beschuldigten Partei Sachverhaltsumstände vorgehalten werden, die erst durch ihre Aussagen festgestellt werden sollten (vgl. [bezüglich eines Strafrechtsfalls] das Urteil des BGer 6B_676/2013 vom 28. April 2014 E. 4.3.2). Die Ausgangslage für die Beurteilung der von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Beanstandungen besteht aber darin, dass die Vorinstanz (auch) die vorliegenden Anhörungen erst durchgeführt hat, nachdem das Sekretariat seine Untersuchungsmassnahmen abgeschlossen, der Vorinstanz einen begründeten Verfügungsantrag unterbreitet und den Parteien zudem Akteneinsicht in die Untersuchungsakten sowie Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zum Verfügungsantrag gewährt hat. Zum Zeitpunkt der Anhörungen liegen damit bereits umfangreiche Sachverhaltsabklärungen vor. Zulässiger - und gebotener - Bestandteil der vorinstanzlichen Meinungsbildung und Entscheidfindung sind neben dem Verfügungsantrag des Sekretariats auch sämtliche aus der Untersuchung hervorgegangenen Beweismittel. Bei der Würdigung der Kritik am vorinstanzlichen Befragungsstil gilt es demnach zu beachten, dass all diese Unterlagen die Grundlage der Anhörungen bilden.

Abgesehen davon ist die Vorinstanz aufgrund der ausdrücklichen Kann-Vorschrift von Art. 30 Abs. 2 Satz 2 (1. Hälfte) KG nicht verpflichtet, in jedem Fall eine Anhörung durchzuführen. Die Vorinstanz wird eine Anhörung vielmehr nur dann beschliessen, wenn sie - wie im vorliegenden Fall - zusätzlichen Untersuchungsbedarf sieht (vgl. Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 6.2.2, *Swisscom*). Um der Vorinstanz zu ermöglichen, sich anlässlich einer Anhörung ergänzend zu den Untersuchungsakten ein unmittelbares Bild von den Parteien und vom Sachverhalt zu machen, stellt die Konfrontation der Parteien mit früher gemachten Aussagen und mit vorhandenen Beweismitteln eine zulässige Befragungstechnik dar. Der Zweck, eine möglichst unvoreingenommene und spontane Darstellung zu erhalten, wird nicht beeinträchtigt, indem die Vorinstanz den Parteien anlässlich einer Anhörung unter Vorhalt bestehender Aussagen bzw. Beweismittel ergänzende Fragen stellt. Eine offene Fragetechnik - wie dies in früheren Phasen der Untersuchung und insbesondere beim ersten Kontakt der Unternehmen mit den Wettbewerbsbehörden unter Umständen angezeigt ist - erweist sich anlässlich einer Anhörung durch die Vorinstanz insofern nicht mehr als zwingend notwendig. Auch ist es zulässig, dass die Vorinstanz bei Anhörungen nach eigenem Ermessen Schwerpunkte setzt und die Parteien nur dahingehend befragt, als aus ihrer Sicht Klärungsbedarf besteht. Die Vorinstanz muss sich im Rahmen einer Anhörung nicht zwangsläufig über das gesamte Beweisergebnis einen eigenen unmittelbaren Eindruck verschaffen.

6.4.4 Somit ist vorliegend nicht zu beanstanden, dass der Präsident der Vorinstanz die Unternehmensvertreter bei der Anhörung direkt mit Ausführungen konfrontiert hat, welche die betreffende Partei bereits gegenüber dem Sekretariat gemacht hat, sei dies in der eigenen Selbstanzeige oder in einer anderen Form. Unproblematisch scheint namentlich die Frage, ob die angehörte Partei die eigenen früheren Aussagen an der Anhörung bestätigt. Damit wird der Partei indirekt auch die Gelegenheit gegeben, die eigenen früheren Aussagen zu ergänzen oder allenfalls zu relativieren. Die Durchsicht der vorliegenden Anhörungsprotokolle ergibt vor diesem Hintergrund keine Hinweise, dass sich die Fragen der Vorinstanz unausgewogen auf belastende Sachverhaltselemente konzentrierten. Die Vorinstanz weist vielmehr zu Recht darauf hin, dass sie sich mit ihren Fragen naheliegenderweise gerade nach bestrittenen Sachverhaltselementen erkundigte.

Entgegen den Beschwerdeführerinnen ergibt sich aufgrund der vorliegenden Akten insgesamt kein Grund zur Annahme, dass es dem befragenden Präsidenten der Vorinstanz darum gegangen sein soll, möglichst viele belastende Aussagen zu erwirken oder gar durch eine willkürliche Fallauswahl und den Befragungsstil bei den übrigen Mitgliedern der Gesamtkommission einen unrichtigen Eindruck über die Stichhaltigkeit der Ausführungen des Sekretariats im Verfügungsantrag zu erzeugen. Was den Vorwurf der Beschwerdeführerinnen betrifft, die Anhörung habe sich auf Fälle mit vorliegenden Schriftstücken beschränkt, haben die Beschwerdeführerinnen denn auch selber eingeräumt, dass ihnen die Vorinstanz während den Anhörungen entgegen der Aussage in der Beschwerde Fragen zu den Fällen 73 und 75 gestellt hat (vgl. Replik, Rz. 59). Da es sich bei diesen Fällen um solche handelt, zu welchen neben den Aussagen des Selbstanzeigers keine schriftlichen Beweismittel vorliegen, vermögen die Beschwerdeführerinnen auch aus dieser Beanstandung nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

Gestützt auf die vorliegenden Anhörungsprotokolle kann zudem davon ausgegangen werden, dass die Vorinstanz den Vertretern der Beschwerdeführerinnen angemessen Zeit zur Beantwortung der gestellten Fragen gelassen hat. Dabei war durchaus auch die Möglichkeit gegeben,

auf aus ihrer Sicht falsche Darstellungen hinzuweisen. Dass die Vorinstanz einzelne Wortmeldungen der Rechtsvertreter während den Befragungen der anwesenden Unternehmensvertreter unterbrochen hat, ist nicht zu beanstanden, ging es zu diesem Zeitpunkt der Anhörung doch gerade darum, dass sich die Partei selber (und nicht deren Rechtsvertreter) vor der Behörde äussert. Stichhaltige Hinweise auf eine unzulässige Beschränkung der Möglichkeiten der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen, im Interesse ihrer Mandantinnen auf den Verlauf der Anhörungen Einfluss zu nehmen, bestehen nicht.

Weiter informierte die Vorinstanz die Parteien frühzeitig über den geplanten Gegenstand der Anhörungen, den vorgesehenen Ablauf und auch die Termine, an welchen sie die Anhörung der jeweiligen Partei geplant hatte (vgl. im Sachverhalt unter A.o). Jede Partei erhielt an den Anhörungen zunächst die Möglichkeit, sich in einem Plädoyer zu ihrer Sache zu äussern, worauf die Fragen der Vorinstanz folgten. Am Ende der Befragung einer Partei bestand für alle anwesenden Parteien die Möglichkeit zur Stellung von Ergänzungsfragen. Schliesslich konnten die Parteien am Ende ihrer Anhörung jeweils ein kurzes Schlusswort halten und nach den Anhörungen schriftlich zu den Anhörungen und den Anhörungsprotokollen Stellung nehmen (vgl. im Sachverhalt unter A.q). Dieser äussere Ablauf erscheint in jeder Hinsicht korrekt.

Letztlich ist darauf hinzuweisen, dass sich die von den Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit der Nichtaushändigung der Selbstanzeigen geltend gemachte Verletzung des rechtlichen Gehörs angesichts der bestehenden Möglichkeit der Einsichtnahme in die Selbstanzeigen in den Räumlichkeiten des Sekretariats als unbegründet erwiesen hat (vgl. E. 5.4). Unter diesen Umständen können die Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz keine unzulässige Druckausübung bzw. ungenügende Aufklärung vorwerfen, weil (...) an der Anhörung Akten aus den Selbstanzeigen vorgelegt wurden. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vermögen die Beschwerdeführerinnen auch nicht daraus abzuleiten, dass sie es freiwillig unterlassen haben, den Vertretern der Unternehmensgruppe Q._____ an der Anhörung Ergänzungsfragen zu stellen.

6.4.5 Im Ergebnis erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz durch einseitige und suggestive Anhörungen verletzt, als unbegründet.

6.5 Verletzung der Unschuldsvermutung aufgrund Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen trotz Nichtbefragung der angeblich handelnden natürlichen Personen?

6.5.1 Wie erwähnt (vgl. E. 6.1) beanstanden die Beschwerdeführerinnen, dass im vorinstanzlichen Verfahren die angeblich an den Wettbewerbsabreden beteiligten Mitarbeiter der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 nicht befragt wurden. Da die Vorinstanz die von den Beschwerdeführerinnen mehrfach beantragten Einvernahmen abgelehnt habe, habe sie die Unschuldsvermutung und Art. 33 VwVG verletzt (vgl. Beschwerde, Rz. 4, 6, 16, 94 [S. 31], 95 f., 111; Replik, Rz. 21 f., 42, 47).

Dass im vorinstanzlichen Verfahren trotz entsprechenden Beweisanträgen der Beschwerdeführerinnen ausschliesslich Mitarbeiter der Selbstanzeiger befragt worden seien, sei stossend. Dies umso mehr, als die eigenen Befragungen der angeblich an den Wettbewerbsabreden beteiligten Personen der Beschwerdeführerinnen ergeben hätten, dass diese eine Beteiligung an den vorgeworfenen Submissionsabsprachen glaubwürdig abstreiten würden. Konkret wäre es laut den Beschwerdeführerinnen die Aufgabe der Vorinstanz gewesen, die (ehemaligen) Mitarbeiter E._____, I._____, J._____ und K._____ zu den einzelnen Vergaben anzuhören und zu jedem einzelnen Projekt zu befragen. Diese Herren hätten bei einzelnen Fällen unter Umständen glaubwürdige Aussagen machen können, weshalb die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 in einigen der angelasteten Fälle nicht an einer Abrede beteiligt gewesen seien. Wenigstens E._____ hätte die Vorinstanz Gelegenheit geben müssen, seine Sicht der Dinge darzulegen, da gemäss den Selbstanzeigen von G15._____ und G1._____ vor allem er für die Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen Absprachen getroffen haben solle. Stattdessen habe die Vorinstanz (...) befragt, welcher zu den meisten Fällen keine sachdienlichen Angaben habe machen können.

Es gehöre zweifellos zu den zwingend erforderlichen Untersuchungsmassnahmen, dass die angeblich für die Beschwerdeführerinnen handelnden Personen im Rahmen von Einvernahmen befragt würden. In einem Strafverfahren sei eine Verurteilung ohne Einvernahme des Täters bzw. der an der Tat angeblich beteiligten Personen undenkbar. Ein solches Urteil würde jeglichen rechtsstaatlichen Prinzipien widersprechen. Auch eine kartellrechtliche Sanktionsverfügung, welche diesen Grundsatz verletze, sei von der Rechtsmittelinstanz aufzuheben. Das Vorgehen der Vorinstanz werde dem Strafcharakter der ausgesprochenen Sanktionen nicht gerecht. Ohne förmliche Durchführung von Einvernahmen mit den involvierten Personen oder anderen zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen dürfe der Beweis für die verfügten Sanktionen niemals als erbracht gelten.

Die Ablehnung der beantragten Befragung mit der Begründung, der Sachverhalt der einzelnen Fälle sei in Bezug auf die Beschwerdeführerinnen genügend erstellt gewesen, stelle eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung dar. Denn die Annahme der Vorinstanz, dass sich die Beschwerdeführerinnen an einer Abrede beteiligt hätten, stütze sich meistens nur auf die Aussage eines Mitkonkurrenten ab. Gestützt darauf könne nicht behauptet werden, die Vorinstanz habe sich von der Wahrheit der Behauptungen voll überzeugt und könne daher auf die beantragten Einvernahmen verzichten. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeute nicht, dass einfach einseitig auf die Ausführungen des Selbstanzeigers abgestellt werden dürfe, ohne die für die Beschwerdeführerinnen handelnden Personen befragt zu haben. Weil die Vorinstanz nur die Seite der Selbstanzeiger befragt habe, sei eine Würdigung von sich möglicherweise widersprechenden Aussagen im vorliegenden Fall nicht möglich gewesen. Entsprechend könne sich die Vorinstanz auch nicht auf die Spielräume der freien Beweiswürdigung berufen.

6.5.2 Die Vorinstanz macht geltend, die Ablehnung der beantragten Beweiserhebung sei zulässig gewesen (vgl. Vernehmlassung, Rz. 115; Duplik, Rz. 6, 11). Eine Abnahme weiterer Beweismittel habe sich erübrigt, weil der Sachverhalt bezüglich der einzelnen Fälle bereits genügend erstellt gewesen sei. Auch ohne Einvernahme der handelnden natürlichen Personen sei eine Auseinandersetzung mit den diversen Aussagen und eine Würdigung der Beweismittel möglich gewesen. Die durch die Beschwerdeführerinnen in das Verfahren eingebrachte Bestreitung durch die natürlichen Personen habe die Vorinstanz bei der Entscheidfindung berücksichtigt. Ausser die Absprachebeteiligungen abzustreiten hätten die Beschwerdeführerinnen mit Bezug auf die angelasteten Fälle keine Hinweise oder Elemente vorgebracht, welche durch Einvernahmen zusätzlich hätten abgeklärt werden müssen. Eine Einvernahme der für die Beschwerdeführerinnen handelnden Personen hätte voraussichtlich keine neuen Erkenntnisse gebracht, sondern lediglich zu einer Wiederholung der bereits in den Befragungen der Beschwerdeführerinnen gemachten Aussagen geführt.

Aus der Unschuldsvermutung ergebe sich weder ein Recht des Unternehmens noch ein Recht der für das Unternehmen handelnden natürlichen Personen, dass die Verfahrensleitung bestimmte, für das Unternehmen handelnde natürliche Personen einvernehme. Die Unschuldsvermutung beinhalte einzig, dass dem Unternehmen die Schuld nachzuweisen sei. Mit welchen Beweismitteln dies zu geschehen habe, sei nicht Gegenstand der Unschuldsvermutung. Der Entscheid, ob und welche Untersuchungsmassnahmen für die Erstellung des Sachverhalts und für die Beweisführung notwendig und geeignet seien, liege allein bei den Wettbewerbsbehörden. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen gehörten Befragungen natürlicher Personen keinesfalls zu den zwingend erforderlichen Untersuchungsmassnahmen. Adressaten der kartellgesetzlichen Sanktionen seien gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Unternehmen und nicht die für die Unternehmen handelnden natürlichen Personen. Das Unternehmen der Beschwerdeführerinnen sei sowohl schriftlich als auch mündlich "*angehört*" worden.

6.5.3 Für die Beurteilung der Kritik am Entschluss der Vorinstanz, die angeblich für die Beschwerdeführerinnen handelnden Personen nicht zusätzlich (...) zu befragen, gilt es vorab zu beachten, dass Kartellsanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG einem Unternehmen auferlegt werden (vgl. E. 3 sowie - zur Frage der Zuweisung einer Kartellsanktion an die rechtmässigen Verfügungsadressaten innerhalb der verantwortlichen Unternehmenseinheit - E. 11.4).

6.5.3.1 Träger verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien sind grundsätzlich auch juristische Personen. Doch sind Einschränkungen zu beachten, soweit sich solche aus der körperschaftlichen Rechtsnatur ergeben. Die Vorschriften des Strafprozessrechts sowie des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs gelangen grundsätzlich nicht zur Anwendung, auch nicht gestützt auf Art. 333 Abs. 1 und 7 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0). Teilweise wird in der Lehre ergänzend die analoge Anwendung einzelner strafprozessualer Bestimmungen postuliert (vgl. zum Ganzen: BGE 140 II 384 E. 3.3.4, *Spielbank*; Urteile des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.1, E. 8.1.1, *Nikon* und B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 643 ff., 649, 651, *Preispolitik Swisscom ADSL*, je m.w.H.).

6.5.3.2 Unabhängig davon lässt sich mit der kartellrechtlichen Sanktionierung eines Unternehmens nach Art. 49a Abs. 1 KG im Kernstrafrecht am ehesten die Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB i.V.m. den prozessualen Bestimmungen von Art. 112 und Art. 178 Bst. g StPO vergleichen (vgl. ähnlich auch die Solidarhaftung des Unternehmens nach Art. 7 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR, SR 313.0]).

Die Kritik der Beschwerdeführerinnen - welche auf die Rechtslage im Strafrecht abstützt - macht es erforderlich, auf einige Grundlagen dieser kernstrafrechtlichen Unternehmensstrafbarkeit einzugehen.

6.5.3.3 Art. 102 StGB unterscheidet zwei Varianten der Strafbarkeit eines Unternehmens:

- Gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB wird ein Verbrechen oder Vergehen einem Unternehmen zugerechnet und das Unternehmen mit Busse bis zu 5 Millionen Franken bestraft, wenn in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen wird und diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann.

  Mit dieser ersten Tatbestandsvariante statuiert das Kernstrafrecht eine subsidiäre Haftung für Organisationsverschulden mangels Zurechnung zu einer natürlichen Person (nachfolgend "*subsidiäre Strafbarkeit*", vgl. NIGGLI/MAEDER, Unternehmensstrafrecht, in: Ackermann/Heine [Hrsg.], Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2013, § 8 N. 18, 44 ff.).

- Gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB wird ein Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn in einem Unternehmen eine der sieben im Gesetz einzeln genannten Straftaten begangen werden und dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern.

  Mit dieser zweiten Tatbestandsvariante sieht Art. 102 Abs. 2 StGB "*eine (zur Strafbarkeit des Anlasstäters) konkurrierende, sogenannt kumulative Unternehmensstrafbarkeit für sieben Katalogstraftaten vor*" (nachfolgend "konkurrierende Strafbarkeit", vgl. NIGGLI/MAEDER, Unternehmensstrafrecht, in: Ackermann/Heine [Hrsg.], Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2013, § 8 N. 71).

Die Schweizerische Strafprozessordnung schreibt vor, dass ein in einem Strafverfahren beschuldigtes Unternehmen von einer einzigen Person vertreten wird. Dieser Unternehmensvertreter muss gemäss der gesetzlichen Regelung uneingeschränkt zur Vertretung des Unternehmens in zivilrechtlichen Angelegenheiten befugt sein (Art. 112 Abs. 1 StPO; vgl. ähnlich auch Art. 63 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Zivilprozess [BZP, SR 273], der unter der Mar-

ginalie "*Parteistellung im Verhör*" vorschreibt, dass eine Partei, welche eine juristische Person ist, im Parteiverhör durch ein vom Richter bestimmtes Mitglied mit Organeigenschaft vertreten wird). Damit soll namentlich sichergestellt werden, "*dass die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte einen festen Ansprechpartner haben, der als Quasi-Beschuldigter zur Verfügung steht*" (BSK-StPO ENGLER, Art. 112 StPO N. 20, m.H.; LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2010, Art. 112 StPO N. 5; NIGGLI/MAEDER, Unternehmensstrafrecht, a.a.O., § 8 N. 100; BSK-StGB NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N. 444).

Die als Unternehmensvertreter bestimmte Person wird als Auskunftsperson befragt und ist entsprechend nicht zur Aussage verpflichtet (vgl. Art. 178 Bst. g StPO i.V.m. Art. 180 Abs. 1 StPO; DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, a.a.O., Art. 178 StPO N. 40).

6.5.3.4 Ein beschuldigtes Unternehmen ist im Unternehmensstrafrecht in seiner Rechtsstellung einer beschuldigten natürlichen Person gleichgestellt, weshalb dem Unternehmen die gleichen Verfahrensrechte wie einer natürlichen Person zukommen. Zu diesen strafrechtlichen Verfahrensrechten zählt neben der Unschuldsvermutung auch der Anspruch eines Unternehmens, angehört und einvernommen zu werden (NIGGLI/MAEDER, Unternehmensstrafrecht, a.a.O., § 8 N. 108 f.; BSK-StPO ENGLER, Art. 112 StPO N. 63, m.H.; BSK-StGB NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N. 446).

Allerdings stehen Verfahrensrechte auch in einem Strafverfahren nur der Partei zu; vorliegend also dem Unternehmen, gegen welches sich ein Strafverfahren richtet. Inhaltlich sieht der Anspruch eines beschuldigten Unternehmens, als Partei angehört und einvernommen zu werden vor, dass das Unternehmen über die nach Art. 112 StPO bestimmte Person "*mit einer Stimme redet (oder dass es schweigt)*" (BSK-StPO Engler, Art. 112 StPO N. 20; vgl. auch E. 6.5.3.3). Ein Anspruch auf Einvernahme auch des natürlichen Täters innerhalb des Unternehmens lässt sich im strafrechtlichen Anspruch eines Unternehmens, angehört zu werden, nicht ausmachen.

6.5.3.5 Weiter missachtet die Darstellung der Beschwerdeführerinnen, dass die Unternehmensstrafbarkeit in der Tatbestandsvariante der subsidiären Strafbarkeit nach Art. 102 Abs. 1 StGB bei der fehlenden Ermittelbarkeit des für die Anlasstat verantwortlichen natürlichen Täters auf Grund eines Organisationsdefizits ansetzt und die unmittelbar handelnden natürlichen Personen somit definitionsgemäss unbekannt sind (vgl. EICKER, Wirtschaftsstrafrecht im Lichte allgemeinen Verwaltungsstrafrechts, in: Ackermann/Heine [Hrsg.], Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2013, § 12 N. 24; NIGGLI/MAEDER, Unternehmensstrafrecht, a.a.O., § 8 N. 21; 62 ff.; LIEBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, a.a.O., Art. 112 StPO N. 21 f.; BSK-StGB NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N. 52, 57).

Zwar schliesst die Vertretung des in einem Strafverfahren beschuldigten Unternehmens durch eine einzige Person (Art. 112 Abs. 1 StPO, vgl. E. 6.5.3.3) nicht aus, dass die Strafverfolgungsbehörden gegebenenfalls versuchen, über andere Angehörigen des Unternehmens zu verfahrensrelevanten Informationen zu gelangen. Führen Strafverfolgungsbehörden solche ergänzenden Befragungen durch, müssen sie Personen, welche uneingeschränkt zur Vertretung des Unternehmens in zivilrechtlichen Angelegenheiten befugt sind - und somit wie der Unternehmensvertreter als Vertreter des Unternehmens im Strafverfahren bezeichnet werden könnten - sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Unternehmensvertreters und der potentiellen Vertreter als Auskunftspersonen (mit entsprechendem Aussageverweigerungsrecht) einvernehmen (vgl. Art. 112 Abs. 1 i.V.m. Art. 178 Bst. g StPO; BSK-StPO KERNER, Art. 178 StPO N. 13). Dies ändert aber nichts daran, dass die Beurteilung der Strafbarkeit des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 1 StGB - für welche die Anlasstat der natürlichen Person objektive Strafbarkeitsbedingung ist (NIGGLI/MAEDER, Unternehmensstrafrecht, a.a.O., § 8 N. 22, m.H.) - gerade ohne eine förmliche Befragung der (unbekannten) Anlasstäter erfolgen muss.

Eine in jedem Fall zwingende Einvernahme der für ein Unternehmen handelnden natürlichen Personen sieht das Kernstrafrecht sodann auch im Bereich der konkurrierenden Strafbarkeit des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 2 StGB nicht vor. Denn die Strafbarkeit des Unternehmens in dieser zweiten Tatbestandsvariante kann sich unabhängig davon ergeben, ob die fragliche Katalogstraftat einer natürlichen Person überhaupt zugerechnet werden kann oder nicht (NIGGLI/MAEDER, Unternehmensstrafrecht, a.a.O., § 8 N. 72; BSK-StGB NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N. 241).

6.5.3.6 Den Beschwerdeführerinnen ist daher nicht zu folgen, wenn sie behaupten, das Vorgehen der Vorinstanz werde dem Strafcharakter der ausgesprochenen Kartellsanktionen von vornherein nicht gerecht, weil die Vorinstanz einzig (...) als Unternehmensvertreter befragt und auf eine Befragung der angeblich an den Wettbewerbsabreden beteiligten Mitarbeiter verzichtet hat. Das mit der vorliegenden Situation am ehesten vergleichbare Unternehmensstrafrecht nach Art. 102 StGB i.V.m. Art. 112 und Art. 178 Bst. g StPO sieht entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerinnen gerade keine Befragung der die Anlasstat ausführenden Mitarbeiter des beschuldigten Unternehmens vor. Es ist aus strafrechtlicher Sicht somit nichts dagegen einzuwenden, dass die Wettbewerbsbehörden die Informationen mit Bezug auf die Beschwerdeführerinnen massgeblich über (...) als zuständiger Ansprechpartner bzw. "*Quasi-Beschuldigter*" eingeholt haben.

6.5.4 Weiter rügen die Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit der unterbliebenen Befragung der angeblich an den Wettbewerbsabreden beteiligten Mitarbeiter der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 eine Verletzung der Unschuldsvermutung und von Art. 33 VwVG.

6.5.4.1 Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG ist die Vorinstanz grundsätzlich verpflichtet, die ihr angebotenen Beweismittel abzunehmen, wenn sie zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2).

Bei der Beurteilung dieser Frage kommt der Vorinstanz allerdings ein gewisser Ermessensspielraum zu. Sie kann insbesondere auf die Abnahme eines angebotenen Beweises verzichten, wenn sie aufgrund bereits erhobe-

ner Beweise bzw. aufgrund der Aktenlage den rechtserheblichen Sachverhalt für genügend geklärt hält und gestützt auf die Aktenlage willkürfrei annehmen darf, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (sog. antizipierte Beweiswürdigung; vgl. BGE 136 I 229 E. 5.3, BGE 134 I 140 E. 5.3; Urteil des BVGer A-1063/2014 vom 25. März 2015 E. 3.2; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 29 N. 88 und Art. 33 N. 21 f., je m.w.H.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 536 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.123c und 3.144). Hinsichtlich der Würdigung von Beweisen gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (vgl. Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP). Eine Behörde verletzt diesen Grundsatz, wenn sie bestimmten Beweismitteln im Voraus in allgemeiner Weise die Beweiseignung abspricht oder nur ein einziges Beweismittel zum Nachweis einer bestimmten Tatsache zulassen will (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.140, m.w.H.).

6.5.4.2 Zunächst verkennen die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen, dass bei einer unzulässigen Nichtabnahme von rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweisen zu rechtserheblichen Tatsachen keine Verletzung der Unschuldsvermutung vorläge, sondern gegebenenfalls von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerinnen sowie einer Verletzung der vorinstanzlichen Untersuchungspflicht ausgegangen werden müsste. Ausserdem hätte die Vorinstanz in diesem Fall den Sachverhalt im Sinne von Art. 49 Bst. b VwVG fehlerhaft ermittelt (vgl. Urteile des BVGer A-770/2013 vom 8. Januar 2014 E. 2.2.4 und A-5524/2012 vom 16. Dezember 2013 E. 5.2.1). Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Unschuldsvermutung einem beschuldigten Unternehmen nicht das Recht verleiht, dass die beweispflichtige Behörde den rechtsgenüglichen Tatnachweis mit einem bestimmten Beweismittel erbringen muss. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor, wenn die Behörde auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil sie auf Grund der bereits abgenommenen Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener (antizipierter) Beweiswürdigung annehmen kann, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (vgl. BGE 141 I 60 E. 3.3; BGE 136 I 229 E. 5.3, m.w.H.).

6.5.4.3 Der Argumentation der Beschwerdeführerinnen ist diesbezüglich entgegenzuhalten, dass im Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens nicht nur die Selbstanzeiger, sondern auch die Beschwerdeführerinnen selber ausführlich Gelegenheit dazu hatten, der Vorinstanz die aus ihrer Sicht zutreffenden Sachverhalte zu schildern, sei dies über (...) als rechtmässigen Ansprechpartner der Wettbewerbsbehörden oder auch durch die von den Beschwerdeführerinnen mandatierten Rechtsanwälte. Daher kann trotz der unterlassenen Befragung der angeblich für die Beschwerdeführerinnen handelnden Personen nicht gesagt werden, die vorliegenden Sachverhaltsabklärungen würden sich nur einseitig auf die Sichtweise der Selbstanzeiger beschränken.

Dass die Beschwerdeführerinnen interne Befragungen von ehemaligen und aktuellen Mitarbeitern durchgeführt haben, und dass die befragten Personen eine Beteiligung an Submissionsabsprachen laut den Beschwerdeführerinnen abgestritten haben, war der Vorinstanz bekannt. Die Beschwerdeführerinnen haben die Vorinstanz über die Resultate ihrer internen Nachforschungen hinlänglich informiert, sodass die Vorinstanz in voller Kenntnis auch dieser Darstellung der Beschwerdeführerinnen auf zusätzliche Befragungen verzichtet hat (vgl. Stellungnahme vom 8. September 2011 zum Verfügungsantrag des Sekretariats [...], Rz. 4, 42, 71, 91, 94, 96, 101, 105, 116, 123, 129, 132). Der angehörte Unternehmensvertreter und die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen haben im Übrigen gestützt auf die durchgeführten internen Nachforschungen über die erforderlichen Informationen verfügt, sodass sie der Vorinstanz den angeblich richtigen Ablauf der einzelnen Submissionsprojekte durchaus angemessen schildern konnten.

Der Vorinstanz kann auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, nur ein einziges Beweismittel zum Nachweis der Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerinnen zugelassen zu haben. Denn soweit abgesehen einer Bezichtigung der Beschwerdeführerinnen durch einen Selbstanzeiger keine weiteren Beweismittel vorliegen, stehen sich zumindest die Sachverhaltsangaben der Beschwerdeführerinnen und die Sachverhaltsangaben des betreffenden Selbstanzeigers gegenüber.

Dass die Vorinstanz unter den gegebenen Umständen angenommen hat, eine ergänzende Einvernahme der fraglichen Mitarbeiter würde voraussichtlich zu keinen wesentlichen neuen Erkenntnissen führen, sondern hauptsächlich eine Bekräftigung der bereits bekannten Haltung der Beschwerdeführerinnen beinhalten, erscheint nicht als willkürlich. Im Umstand, dass die Vorinstanz den zusätzlichen Beweis nicht abgenommen hat, kann weder eine Überschreitung noch ein Missbrauch des der Vorinstanz bei diesem Entscheid zuzubilligenden Ermessens erblickt werden.

6.5.5 Zusammenfassend dringen die Beschwerdeführerinnen auch mit der Rüge nicht durch, die Vorinstanz habe die Unschuldsvermutung und Art. 33 VwVG verletzt, indem sie die angeblich für die Beschwerdeführerinnen handelnden natürlichen Personen nicht befragt habe. Ebenso wenig hat die Vorinstanz mit diesem Vorgehen das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen verletzt. Nicht an dieser Stelle gilt es zu beantworten, ob die Vorinstanz die den Beschwerdeführerinnen vorgeworfenen Abredebeteiligungen gestützt auf die vorliegenden Beweismittel rechtsgenüglich nachweisen kann (vgl. E. 8). Auch auf den Antrag der Beschwerdeführerinnen, wonach das Bundesverwaltungsgericht "*die angeblichen Täter*" als Zeugen einvernehme solle (vgl. Replik, Rz. 5), ist hier nicht einzugehen.

7. Rüge der Verletzung des Anspruchs auf ein gesetzmässiges Gericht

7.1 Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen in formeller Hinsicht geltend, der Anspruch auf ein gesetzmässiges Gericht nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Zif-

fer 1 EMRK sei verletzt (vgl. Beschwerde, Rz. 44; Replik, Rz. 8 ff.). Sie sehen eine Verletzung dieses Anspruchs darin, dass die Zusammensetzung der Vorinstanz an den drei Anhörungen nicht identisch gewesen sei. Gewisse Vertreter der Behörde seien nicht während der gesamten Dauer der Anhörungen anwesend gewesen; und es sei nicht klar, wer beim Entscheid mitgewirkt habe und welche Rolle das Sekretariat bei der Entscheidfindung gehabt habe. An der Entscheidfindung seien verschiedene an den Anhörungen teilweise nicht anwesende Kommissionsmitglieder beteiligt gewesen. Die Beschwerdeführerinnen hätten aber einen Anspruch darauf, dass nur jene Kommissionsmitglieder an der Entscheidfindung mitwirken, welche auch an der Anhörung dabei waren, an welcher dem Vertreter der Beschwerdeführerinnen mündliche Fragen gestellt worden seien.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei der Anspruch auf ein gesetzmässiges Gericht unter anderem verletzt, wenn die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Verlauf des Verfahrens ohne hinreichende sachdienliche Gründe geändert werde und dadurch Personen an der Urteilfindung teilnähmen, die nicht am ganzen Verfahren teilgenommen hätten. An die Gründe für eine Änderung der Zusammensetzung der Richterbank seien besonders nach einer mündlichen Hauptverhandlung hohe Anforderungen zu stellen (m.H. auf das Urteil des BGer 6P.102/2005 vom 26. Juni 2006 E. 2.2 und 3). Weiter seien die Vorlaufzeiten, welche den Kommissionsmitgliedern nach den Angaben der Vorinstanz für die Lektüre der Anhörungsprotokolle zur Verfügung gestanden hätten, aufgrund der für die Erstellung und Bereinigung der Protokolle verbrauchten Zeit stark zu relativieren. Dass das Bundesverwaltungsgericht die Verletzung gewisser Verfahrensgarantien in zweiter Instanz aufgrund seiner vollen Kognition heilen könne, vermöge nicht alle Unstimmigkeiten im erstinstanzlichen Verfahren zu rechtfertigen.

7.2 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz weist darauf hin, dass sie kein Gericht im Sinne der EMRK sei und die EMRK-Konformität in kartellverwaltungsrechtlichen Sanktionsverfahren erst durch das Verwaltungsgerichtsverfahren herbeigeführt werde. Eine Verletzung des Anspruchs auf ein gesetzmässiges Gericht liege aber ohnehin nicht vor. Denn die Vorinstanz habe bei allen Anhörungen ebenso wie bei der Entscheidfindung die Vorgaben zur gesetzeskonformen Zusammensetzung eingehalten. Dass einige Kommissionsmitglieder, welche nicht an allen Anhörungen anwesend waren, bei der Entscheidfindung teilgenommen hätten, sei unproblematisch. Dies zunächst deshalb, weil kein gesetzlicher Anspruch auf eine mündliche Anhörung durch die Vorinstanz bestehe, sondern die Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 2 KG grundsätzlich auch nur schriftlich durchgeführt werden könne. Auch fänden Beweiserhebungen wie etwa Partei- und Zeugeneinvernahmen häufig durch das Sekretariat statt, ohne dass die Vorinstanz daran beteiligt sei. Trotzdem dürfe die Vorinstanz die so erhobenen Beweismittel würdigen und verwenden. Zudem sehe Art. 17 Abs. 4 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 (SR 251.1, nachfolgend Geschäftsreglement) ausdrücklich vor, dass Anhörungen auch von einer Delegation der Vorinstanz vorgenommen werden könnten. Im Übrigen hätten sämtliche Kommissionsmitglieder über die Protokolle von allen durchgeführten Anhörungen verfügt und genügend Zeit für deren Studium gehabt. Auch die an einzelnen Anhörungen nicht anwesenden Kommissionsmitglieder seien in der Lage gewesen, sich ein Bild über die Ergebnisse der Anhörungen zu machen.

7.3 Würdigung des Gerichts

7.3.1 Das Bundesgericht hat im Entscheid in Sachen Publigroupe klargestellt, dass die Vorinstanz keine richterliche Behörde ist und das Sanktionsverfahren vor der Vorinstanz die Anforderungen von Art. 6 EMRK und Art. 30 BV nicht erfüllt (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.3). Gestützt auf diesen Entscheid steht fest, dass es aus Sicht der EMRK keiner institutionellen Strukturänderung des schweizerischen Kartellverfahrens bedarf, sondern dass die Anforderungen von Art. 6 EMRK auch erst im Verwaltungsgerichtsverfahren erfüllt werden können. Die Beschwerdeführerinnen haben somit keinen Anspruch darauf, dass das im Kartellgesetz vorgesehene verwaltungsrechtliche, d.h. erstinstanzliche, Verfahren (Art. 18 ff. KG) von einem Gericht durchgeführt wird.

Bei dieser Sachlage kann sich im Verfahren vor der Vorinstanz auch nicht die Frage stellen, ob der Anspruch auf ein gesetzmässiges Gericht nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziffer 1 EMRK im Rahmen der Anhörungen vor der Vorinstanz hätte verletzt werden können (vgl. in diesem Sinne auch das Urteil des BVGer B-362/2010 vom 3. Dezember 2013 E. 3.4.2, Hors-Liste Medikamente). Das von den Beschwerdeführerinnen angerufene Urteil des Bundesgerichts (6P.102/2005 vom 26. Juni 2006) bezieht sich auf richterliche Behörden und ist für die vorliegende Fragestellung im Lichte der soeben geschilderten Sachlage nicht einschlägig. Weitergehende Ausführungen erübrigen sich auch, soweit die Beschwerdeführerinnen institutionelle Mängel des vorinstanzlichen Verwaltungsverfahrens beanstanden, etwa indem sie sich auf die angeblich unklare Rolle des Sekretariats bei der Entscheidfindung berufen.

7.3.2 Gleichwohl ist zu prüfen, ob aufgrund der gerügten wechselnden Zusammensetzung der Vorinstanz während den Anhörungen und an der Entscheidberatung möglicherweise übriges Bundesrecht verletzt wurde.

Dagegen spricht zunächst, dass die Vorinstanz - wie früher erwähnt (vgl. E. 6.4.3) - aufgrund der ausdrücklichen Kann-Vorschrift von Art. 30 Abs. 2 Satz 2 (1. Hälfte) KG nicht verpflichtet ist, in jedem Fall eine Anhörung durchzuführen. Führt sie eine Anhörung durch, geht es im Wesentlichen darum, dass die Vorinstanz offene Fragen klären und sich ein unmittelbares Bild von den Parteien und vom Sachverhalt machen kann. Wie die Vorinstanz zu Recht erwähnt, hielt Art. 17 Abs. 4 ihres Geschäftsreglements (in der damals gültigen Fassung) ausdrücklich fest, dass die Verfahrensbeteiligten ausser von der "*Kommission*" auch von einer "*Delegation*" angehört werden können. Das Bundesrecht schreibt bei Anhörungen der Vorinstanz somit nicht zwingend die Anwesenheit aller Kommissionsmitglieder vor. Hingegen erfordern die Vorgaben zur gesetzeskonformen Zusammensetzung der Vorinstanz, dass mindestens die Hälfte der Kommissionsmitglieder anwesend sind, wovon min-

destens die Hälfte unabhängige Sachverständige sein müssen (vgl. Art. 18 Abs. 2 KG, Art. 21 Abs. 1 KG und Art. 10 Abs. 1bis Geschäftsreglement). Davon geht auch die Vorinstanz aus. Eine Vorschrift, welche die Vorinstanz dazu verpflichten würde, Anhörungen auch bei zeitlich aufwändigen und über mehrere Tage verteilten Befragungen wie im vorliegenden Fall stets in unveränderter Zusammensetzung durchzuführen, besteht nicht.

Selbstredend muss die Vorinstanz auch bei der eigentlichen Entscheidberatung beschlussfähig im Sinne der vorstehend genannten Bestimmungen sein. Nehmen an einer solchen Beratungssitzung Kommissionsmitglieder teil, die an einer Anhörung nicht oder nur teilweise anwesend waren, kann der verfahrensabschliessende Entscheid nicht als bundesrechtwidrig bezeichnet werden. Erforderlich ist allerdings, dass eine umfassende und objektive Information aller Kommissionsmitglieder über den Untersuchungsverlauf gewährleistet ist (vgl. in diesem Sinne [betreffend Zugang zur Stellungnahme einer Partei zum Verfügungsantrag des Sekretariats] bereits den Entscheid der REKO/WEF 99/FB-011 vom 21. Mai 2001 E. 4.5, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband*, veröffentlicht in: RPW 2001/2 S. 381 ff.). Hierzu gehört auch, dass sich die am Entscheid mitwirkenden Kommissionsmitglieder anhand den ihnen zur Verfügung gestellten Anhörungsprotokollen über den Verlauf der Anhörungen informieren können. Eine darüber hinausgehende bundesrechtliche Vorgabe, wonach nur jene Kommissionsmitglieder an der Entscheidfindung mitwirken dürfen, welche an der Anhörung aller Verfügungsadressaten persönlich anwesend waren, ist nicht ersichtlich.

7.3.3 Vorliegend ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die Voraussetzungen an die gesetzeskonforme Zusammensetzung bzw. die Beschlussfähigkeit der Vorinstanz sowohl während den Anhörungen als auch der Entscheidberatung gegeben waren. Hinweise dafür, dass eine umfassende und objektive Information der Kommissionsmitglieder über den Untersuchungsverlauf vorliegend nicht gewährleistet war, oder dass Kommissionsmitglieder an der Entscheidfindung mitgewirkt haben, ohne sich auf geeignete Weise über die Anhörungen informiert zu haben, bestehen nicht. Somit wurde im Zusammenhang mit der wechselnden Zusammensetzung der Vorinstanz an den Anhörungen und der Entscheidberatung kein Bundesrecht verletzt.

Zwischenergebnis: keine Verletzung formeller Rechte

Das Bundesverwaltungsgericht stellt nach dem bisher Gesagten fest, dass die Beschwerdeführerinnen - vorbehaltlich der Ausführungen zum Legalitäts- und Bestimmtheitsgebot (vgl. E. 11.1) - mit ihren formellen Rügen nicht durchzudringen vermögen.

Materielle Rechtslage

8. Feststellung rechtserheblicher Sachverhalt

8.1 Beweisergebnis der angefochtenen Verfügung

8.1.1 Die Vorinstanz gelangte in der angefochtenen Verfügung zum Beweisergebnis, dass sich die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 in den Jahren 2006 bis 2009 - als jeweils handelnde Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin 1 - wiederholt an unzulässigen Submissionsabsprachen beteiligt hätten. Der Vorwurf besteht jeweils darin, dass sich die angeblich abredebeteiligte Beschwerdeführerin entweder durch eine Schutznahme oder durch die Einreichung einer Stützofferte an der jeweiligen Ausschreibung beteiligt habe. In einem Fall wirft die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 3 vor, sich an einem unzulässigen Informationsaustausch beteiligt zu haben (vgl. E. 8.7.9.1 [Fall 35]).

Für die Beurteilung der Frage, welche Abredefälle den Beschwerdeführerinnen konkret angelastet werden, sind die Ausführungen der Vorinstanz im Abschnitt "*A.6 Spezifische Projekte*" der Verfügung massgeblich (vgl. in diesem Sinne bereits E. 5.2.6.2, E. 5.3.4). Denn die Vorinstanz hat in diesem Abschnitt der Verfügung die Submissionsprojekte beschrieben, in welchen sie "*das Vorliegen einer unzulässigen Absprache als bewiesen erachtet*", wobei sie am Schluss einer Einzelfallanalyse je das Ergebnis der Abklärungen zum jeweiligen Projekt zusammengefasst hat (vgl. Verfügung, Rz. 108, 117).

8.1.2 In den Fällen der angeblichen Abredebeteiligung durch Schutznahme macht die Verfügung zusammenfassend geltend, die Beschwerdeführerinnen hätten mit anderen (tatsächlichen oder potentiellen) Ausschreibungsteilnehmern einvernehmlich festgelegt, dass die Beschwerdeführerin 2 bzw. die Beschwerdeführerin 3 den fraglichen Submissionsauftrag als sogenannte Schutznehmerin erhalten soll.

Die Verfügung unterscheidet zwischen "*erfolgreichen*" und "*nicht erfolgreichen*" Schutznahmen (vgl. Verfügung, Rz. 6 und Fussnote 267):

- Bei den "*erfolgreichen*" Schutznahmen hält es die Verfügung für bewiesen, dass die ausschreibende Stelle den Zuschlag für die Arbeitsausführung - wie von den Abredebeteiligten beabsichtigt - an die designierte Schutznehmerin erteilt hat, sodass diese die Arbeiten im Sinne der Übereinkunft ausführen konnte und die Zuschlagsmanipulation aus der Sicht der Abredebeteiligten somit geglückt ist.
- Von "*nicht erfolgreichen*" Schutznahmen spricht die Verfügung demgegenüber dann, wenn die ausschreibende Stelle letztlich nicht die von den Abredebeteiligten zuvor einvernehmlich ausgewählte Schutznehmerin mit der Arbeitsausführung beauftragt hat, sondern dem Angebot eines anderen Ausschreibungsteilnehmers den Vorzug gab. Bei dieser Sachlage führte die Zuschlagsmanipulation aus der Sicht der Abredebeteiligten somit nicht zum gewünschten Resultat.

8.1.3 In den Fällen der angeblichen Abredebeteiligung durch Einreichung einer Stützofferte wirft die Verfügung den Beschwerdeführerinnen ebenfalls vor, sich mit anderen (tatsächlichen oder potentiellen) Ausschreibungsteilnehmern über die Steuerung des Zuschlags der fraglichen Ausschreibung verständigt zu haben.

Die Verfügung sieht die Vereinbarung der Beteiligten hier darin, dass ein anderer Ausschreibungsteilnehmer als eine Beschwerdeführerin den Submissionsauftrag (als Schutznehmer) erhalten sollte. Die Verfügung hält es in den Fällen der Einreichung einer Stützofferte für erwiesen, dass die Beschwerdeführerin 2 bzw. die Be-

schwerdeführerin 3 die Offerte des geschützten Ausschreibungsteilnehmers bewusst überboten und die eigene Offerte somit nur zum Schein eingereicht hat, um den Zuschlag zugunsten des geschützten Ausschreibungsteilnehmers zu steuern.

Vergleichbar zu den Schutznahmen unterscheidet die Verfügung zwischen "*erfolgreichen*" und "*nicht erfolgreichen*" Stützofferten (vgl. Verfügung, Rz. 7 und Fussnote 272):

- Um eine "*erfolgreiche*" Stützofferte der Beschwerdeführerin 2 bzw. der Beschwerdeführerin 3 handelt es sich nach der - auch vorliegend verwendeten - Terminologie der Vorinstanz, wenn der Ausschreibungsteilnehmer, für welchen die fragliche Beschwerdeführerin die Stützofferte laut dem Beweisergebnis der Verfügung eingereicht hat, den Zuschlag aufgrund der vereinbarten Abstimmung des Offertverhaltens auch erhalten hat.
- "*Nicht erfolgreich*" war eine Stützofferte dann, "*wenn ein anderes als das geschützte Unternehmen den Auftrag erhalten hat*" (vgl. Fussnote 272 der Verfügung).

8.1.4 In zeitlicher Hinsicht unterscheidet die angefochtene Verfügung sodann zwischen Schutznahmen, welche laut Beweisergebnis der Verfügung in den Zeitraum ab dem 8. Juni 2006 bis zum 7. Juni 2009 fallen, und Schutznahmen, welche laut Verfügung bereits vor dem 8. Juni 2006 erfolgten.

Die erste Kategorie betrifft die dreijährige Periode vor der Untersuchungseröffnung am 8. Juni 2009. Die Verfügung bezeichnet solche Schutznahmen entsprechend als Schutznahmen der "*letzten drei Jahre*" und zeitlich frühere als "*weitere*" Schutznahmen.

8.1.5 Die Bedeutung dieser Unterscheidungen besteht namentlich darin, dass sie sich auf die Sanktionsbemessung der Vorinstanz ausgewirkt haben. So hat die Verfügung den Basisbetrag nach Art. 3 SVKG (zitiert im Sachverhalt unter A.d) einzig anhand der kumulierten Umsätze bestimmt, welche die Untersuchungsadressaten mit den ihnen vorgeworfenen erfolgreichen Schutznahmen der letzten drei Jahre vor der Untersuchungseröffnung am 8. Juni 2009 erzielt haben. Obwohl ein Schutznehmer auch mit einer "*weiteren*" Schutznahme - welche (falls bewiesen) also vor dem 8. Juni 2006 erfolgte - einen unmittelbaren Umsatz generierte, berücksichtigt die Sanktionsbemessung der Vorinstanz solche "*weiteren*" Schutznahmen nicht als Grundlage für den Basisbetrag.

Allerdings behandelt die Verfügung die vor dem 8. Juni 2006 erfolgten (d.h. "*weiteren*") Schutznahmen als erschwerende Umstände nach Art. 5 SVKG. Als solche erschwerenden Umstände berücksichtigt die Verfügung neben den "*weiteren*" Schutznahmen zudem auch die als erwiesen erachteten (erfolgreichen wie nicht erfolgreichen) Stützofferten sowie die laut Vorinstanz bewiesenen nicht erfolgreichen Schutznahmen (vgl. Verfügung, Rz. 1108 ff.).

Je nach der Anzahl solcher - als erschwerende Umstände berücksichtigter - übriger Abredebeteiligungen erhob die Verfügung prozentuale Sanktionszuschläge: Liegen laut Verfügung drei bis zehn solche übrigen Abredebeteiligungen vor, wurden die Basisbeträge um 50 % erhöht. Bei elf bis zwanzig übrigen Abredebeteiligungen erfolgte eine Erhöhung des Basisbetrags um 100 %, bei mehr als zwanzig übrigen Abredebeteiligungen eine Erhöhung um 200 % (vgl. Verfügung, Rz. 1113, 1126 ff.).

Den Basisbetrag der Beschwerdeführerinnen erhöhte die Verfügung im Sinne dieses abgestuften Systems um 100 %. Dies in der Annahme, dass sich die Beschwerdeführerinnen - abgesehen von den vorgeworfenen erfolgreichen Schutznahmen der letzten drei Jahre - zwischen elf und zwanzig Mal an übrigen Abreden beteiligt haben (vgl. Verfügung, Rz. 1127).

8.1.6 Die als erwiesen erachteten erfolgreichen Schutznahmen der letzten drei Jahre - anhand deren kumulierten Umsätzen der Basisbetrag für die Sanktionsbemessung berechnet wurde - hat die Vorinstanz für alle Verfügungsadressaten in Tabelle 5 der Verfügung (vgl. Rz. 1097) sowie im Anhang "*Detailberechnung der Sanktionen*" in einer tabellarischen Übersicht aufgelistet.

Die Beschwerdeführerinnen und die Vorinstanz scheinen sich darin einig zu sein, dass diese Aufstellung die den Beschwerdeführerinnen vor der Vorinstanz angelasteten erfolgreichen Schutznahmen der letzten drei Jahre korrekt wiedergibt (d.h. Schutznahmen der Beschwerdeführerin 2 in den Fällen 15, 17, 40, 73 und 75 sowie Schutznahme der Beschwerdeführerin 3 im Fall 26).

Die Durchsicht der Einzelfallanalysen im Abschnitt A.6 der Verfügung zeigt jedoch, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 3 ausser der Schutznahme im Fall 26 auch eine erfolgreiche Schutznahme im Fall 29 vorwirft (vgl. Verfügung, Rz. 346). Diese angebliche Schutznahme der Beschwerdeführerin 3 im Fall 29 datiert laut Verfügung am (...). Sie wurde in Tabelle 5 und im Anhang "*Detailberechnung der Sanktionen*" der Verfügung somit aufgrund eines (weiteren) Redaktionsversehens irrtümlich nicht aufgeführt.

In der Konsequenz hat die Vorinstanz den Umsatz der angeblichen Schutznahme der Beschwerdeführerin 3 im Fall 29 bei der Berechnung des der Beschwerdeführerin 3 auferlegten Sanktionsbetrages entgegen dem selber angenommenen Beweisresultat nicht berücksichtigt. Ausführungen zu dieser Widersprüchlichkeit erübrigen sich jedoch, da die gerichtliche Prüfung der Beweislage zeigen wird, dass die angebliche Schutznahme der Beschwerdeführerin 3 im Fall 29 nicht rechtsgenüglich bewiesen ist (vgl. E. 8.7.7.2). Dieser Fall durfte daher ohnehin nicht zu einer Sanktionierung der Beschwerdeführerin 3 führen.

8.1.7 Zahlreiche zusätzliche Fehler musste die Vorinstanz einräumen, was die in Tabelle 7 der angefochtenen Verfügung (vgl. Rz. 1123) aufgelisteten - als erschwerende Umstände nach Art. 5 SVKG berücksichtigten - übrigen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 betrifft:

- Zunächst, dass sie die in der Tabelle 7 aufgelisteten Fälle 13, 30, 87 und 106 gemäss ihren Fallanalysen zu Unrecht als erschwerenden Umstand zu Lasten

der Beschwerdeführerin 2 berücksichtigt hat (vgl. Vernehmlassung, Rz. 412).

Die Fälle 13, 30, 87 und 106 sind somit anerkanntermassen irrtümlich in der Tabelle 7 aufgeführt und werden der Beschwerdeführerin 2 von der Vorinstanz entsprechend auch nicht angelastet. Vielmehr hat die Vorinstanz sinngemäss klargestellt, dass sie der Beschwerdeführerin 2 eine Beteiligung in diesen Fällen nicht nachzuweisen vermochte. Dies geht auch aus den am Schluss der jeweiligen Einzelfallprüfung aufgeführten Beweisergebnissen hervor (vgl. Verfügung, Rz. 223 [Fall 13], Rz. 353 [Fall 30], Rz. 758 [Fall 87] und Rz. 862 [Fall 106]).

- Wie bereits erwähnt (vgl. E. 5.2.6.1), weist die Vorinstanz weiter darauf hin, dass sie die Fälle 48 und 97 in der Tabelle 7 irrtümlich nicht aufgelistet hat, obwohl in der Verfügung in aller Klarheit zum Ausdruck komme, dass der Beschwerdeführerin 2 bei diesen Fällen die Einreichung einer Stützofferte vorgehalten werde (vgl. Vernehmlassung, Rz. 67).

  Dem ist zuzustimmen (vgl. Verfügung, Rz. 481 [Fall 48] und Rz. 840 [Fall 97]. Es ist somit davon auszugehen, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 2 abweichend von Tabelle 7 auch eine Abredebeteiligung in den Fällen 48 und 97 anlastet.

- Ein weiterer bereits erwähnter (vgl. E. 5.2.6.1) Fehler besteht darin, dass die Vorinstanz Fall 87 in Tabelle 7 versehentlich der Beschwerdeführerin 2 zugeordnet hat, obwohl die Fallanalyse Fall 87 der Beschwerdeführerin 3 zur Last legt (vgl. Vernehmlassung, Rz. 68).

  Auch dies trifft zu (vgl. Verfügung, Rz. 758). Die Vorinstanz wirft eine Abredebeteiligung im Fall 87 somit abweichend von Tabelle 7 der Beschwerdeführerin 3 und nicht der Beschwerdeführerin 2 vor.

- Weiter räumt die Vorinstanz ein, dass sie den Fall 69 in der Tabelle 7 zu Unrecht (auch) als Abredebeteiligung der Beschwerdeführerin 3 aufgeführt hat. Fall 69 sei nicht als erschwerender Umstand zu Lasten der Beschwerdeführerin 3 zu berücksichtigen (vgl. Vernehmlassung, Rz. 321).

  Damit übereinstimmend geht auch aus der Einzelfallanalyse von Fall 69 hervor, dass die Vorinstanz eine Abredebeteiligung in diesem Fall zwar der Beschwerdeführerin 2 aber nicht der Beschwerdeführerin 3 vorwirft (vgl. Verfügung, Rz. 600).

Darüber hinaus stellt das Bundesverwaltungsgericht erstens fest, dass die Tabelle 7 Fall 80 irrtümlich nicht als Abredebeteiligung der Beschwerdeführerin 3 auflistet. Das Analyseergebnis von Fall 80 (vgl. Verfügung, Rz. 708) hält jedoch eindeutig fest, dass die Vorinstanz eine Beteiligung (auch) der Beschwerdeführerin 3 an diesem Fall für erwiesen erachtet.

Zweitens fällt auf, dass das Analyseergebnis von Fall 17 (vgl. Verfügung, Rz. 266) - im Widerspruch zu Tabelle 7 in Verfügung, Rz. 1123 - auch die Beschwerdeführerin 3 als Einreicherin einer Stützofferte nennt. Diese Nennung der Beschwerdeführerin 3 erfolgte jedoch, obwohl sich die Vorinstanz in der vorstehenden Einzelfallanalyse mit einer allfälligen Beteiligung der Beschwerdeführerin 3 an Fall 17 überhaupt nicht befasst hat. Die Einzelfallanalyse von Fall 17 ist insofern missverständlich. Sie bringt nicht klar zum Ausdruck, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 3 entgegen der Aufzählung in Tabelle 7 eine zusätzliche Abredebeteiligung im Fall 17 anlastet. Diese Unklarheit hat die Vorinstanz zu vertreten. Das Bundesverwaltungsgericht geht daher nachfolgend zu Gunsten der Beschwerdeführerin 3 davon aus, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 3 entgegen dem widersprüchlichen Wortlaut von Rz. 266 der Verfügung keine zusätzliche Abredebeteiligung im Fall 17 anlastet, sondern dass die Vorinstanz Fall 17 im Sinne ihrer fehlenden Ausführungen in der Einzelfallanalyse sowie im Sinne der Tabelle 7 bewusst nicht als erschwerenden Umstand zu Lasten der Beschwerdeführerin 3 berücksichtigt hat.

8.1.8 All diese Fehler zeugen von einer deutlich ungenügenden Sorgfalt der Vorinstanz bei der Begründung des Entscheids. Insgesamt ergibt sich jedoch, dass der schwer verständlichen Verfügung das zu Lasten der Beschwerdeführerin 2 und 3 angenommene Beweisergebnis - unter Miteinbezug der hierfür entscheidenden Ausführungen der Vorinstanz in den einzelnen Fallanalysen im Abschnitt "*Spezifische Projekte*" der Verfügung - eindeutig entnommen werden kann und sich eine Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz infolge Gehörsverletzung wegen mangelhafter Begründung gerade noch nicht rechtfertigt (vgl. E. 5.3.3 ff.).

8.1.9 Zusammenfassend wirft die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 vor, sich an den folgenden "*einzelnen Projekten*" in der folgenden Form beteiligt zu haben:

Beschwerdeführerin 2:

Beteiligungsform		**Fallnummern**	**Beurteilung Beweislage**
erfolgreiche Schutznahme	"*letzte drei Jahre*" (8.6.2006 - 7.6.2009)	15, 17, 40, 73, 75	vgl. E. 8.7.3
	"*weitere*" (vor 8.6.2006)	21	vgl. E. 8.7.4
Einreichung einer Stützofferte	erfolgreich	2, 9, 14, 47, 48, 69, 71, 80, 85, 97	vgl. E. 8.7.5
	nicht erfolgreich	1	vgl. E. 8.7.6

Tabelle 1: Der Beschwerdeführerin 2 laut Verfügung vorgeworfene Beteiligungen.

Beschwerdeführerin 3:

Beteiligungsform		Fallnummern	Beurteilung Beweislage
erfolgreiche Schutznahme	"*letzte drei Jahre*" (8.6.2006 - 7.6.2009)	26, 29	vgl. E. 8.7.7
Einreichung einer Stützofferte	erfolgreich	18, 25, 27, 28, 31, 32, 34, 57, 67, 71, 74, 80, 87, 90	vgl. E. 8.7.8
Informationsaustausch		35	vgl. E. 8.7.9

Tabelle 2: Der Beschwerdeführerin 3 laut Verfügung vorgeworfene Beteiligungen.

8.1.10 Im Übrigen geht die angefochtene Verfügung davon aus, dass sie den Adressatinnen der vorliegenden Untersuchung eine "*explizite Vereinbarung mit festgelegtem Rotationssystem wie im Fall Strassenbeläge Tessin*" nicht nachweisen konnte (vgl. Verfügung, Rz. 959; mit Verweis auf RPW 2008/1 S. 95 f. Rz. 82). Eine "Rahmenvereinbarung im Stil eines strikten Rotationskartells" liegt nach dem Beweisergebnis der Vorinstanz daher nicht vor (vgl. Verfügung, Rz. 964).

8.1.11 Dies ändert aber nichts daran, dass die Vorinstanz gleichwohl von einem gewissen verbindenden Element als Dach zwischen den einzelnen angeblich abgesprochenen Projekten ausgeht (vgl. dazu bereits im Sachverhalt unter A.s). So kommt die Verfügung zum Schluss, es liege "*eine Rahmenvereinbarung darüber vor, dass sich die Abredepartner im Falle einer Einigung über die Zuteilung eines Zuschlags bezüglich eines konkreten Projekts an ihre Vorgaben (d.h. höher zu offerieren als der Geschützte) hielten*" (vgl. Verfügung, Rz. 964). Unter den "öfters an Abreden teilnehmenden Untersuchungsadressatinnen" habe "*Einigkeit darüber herrschen*" müssen, "*dass die Zusagen (d.h. Stützofferten) auch eingehalten wurden*" (vgl. Verfügung, Rz. 964).

Dabei bringt die Verfügung sinngemäss zum Ausdruck, dass die Bereitschaft eines Submissionsteilnehmers, die eigene Offerte in einem Einzelprojekt nur zum Schein einzureichen, um den Zuschlag zugunsten des geschützten Unternehmens zu steuern, an eine Gegenleistung geknüpft sein muss. Diese Gegenleistung für die Abgabe einer Stützofferte in einem Einzelprojekt sieht die Vorinstanz darin, dass in der Regel die abstrakte Aussicht bestanden haben dürfte, "*in Zukunft bei noch nicht bestimmten Projekten auch von einem Schutz profitieren zu können*" (vgl. Fussnote 165 der Verfügung). Um eine einzelne Schutznahme zu erhalten, habe ein Unternehmen mehrere Stützofferten einreichen müssen (vgl. Verfügung, Rz. 957).

Weiter geht die Verfügung davon aus, dass sich die erwähnte Rahmenvereinbarung nur auf solche Tiefbauprojekte im Kanton Aargau bezieht, "*in welchen die Organisation aufgrund der Grösse bzw. der zu erwartenden Konkurrenz möglich war und unter diesen nur auf diese Projekte, für welche ein Unternehmen die Initiative für die Organisation eines Schutzes ergriff*" (vgl. Verfügung, Rz. 964). Die hohe Zahl an aufgedeckten Abreden sei nur unter dem Dach einer solchen Rahmenvereinbarung als verbindendes Element zwischen den einzelnen abgesprochenen Projekten überhaupt denkbar (vgl. Verfügung, Rz. 964).

8.1.12 Unbesehen davon behandelt die Verfügung die den Beschwerdeführerinnen vorgeworfenen Verhaltensweisen nicht als einen zusammenhängenden Wettbewerbsverstoss, sondern als - je einzeln nachgewiesene - Teilnahmen an Einzelsubmissionsabsprachen.

Die Geschehensabläufe und Konstellationen, welche den einzelnen Vorwürfen zugrunde liegen, unterscheiden sich denn auch grundlegend voneinander. Wie die gerichtliche Prüfung der Beweislage noch verdeutlichen wird, sind die tatsächlichen Gegebenheiten der jeweiligen Einzelfälle nicht vergleichbar (vgl. E. 8.7). Die angeblichen Kartellrechtsverstösse erfolgten insbesondere in wechselnder Zusammensetzung. Auch stand bei neuen Ausschreibungen jeweils grundsätzlich nicht bereits im Voraus fest, ob es überhaupt zu Kontakten unter Mitbewerbern kommen würde und welche Gesellschaften sich wie daran beteiligen würden. Ebenso geht die Analyse der Vorinstanz davon aus, dass nicht sämtliche Tief- bzw. Strassenbauprojekte im Kanton Aargau im untersuchten Zeitraum von Submissionsabsprachen betroffen waren. Die Vorinstanz hat auch nicht alle im Kanton Aargau während des betreffenden Zeitraums öffentlich oder privat ausgeschriebenen Tief- bzw. Strassenbauprojekte untersucht, sondern eine Auswahl getroffen.

Der Fokus der Vorinstanz auf die einzelnen untersuchten Submissionsprojekte kommt sodann auch darin zum Ausdruck, dass die angefochtene Verfügung jedes einzelne Submissionsprojekt als eigenen sachlich relevanten Markt ansieht und insofern jede einzelne Submissionsabsprache als Wettbewerbsverstoss auf einem "*eigenständigen*" relevanten Markt betrachtet (vgl. Verfügung, Rz. 983, 986).

Die Einzelfallbetrachtung der Vorinstanz hat sich namentlich auch auf deren Sanktionsbemessung ausgewirkt. Dies zunächst dahingehend, als die Verfügung mangels Vorliegens eines Rotationskartells nicht auf den jeweiligen Gesamtumsatz der einzelnen Unternehmen im Strassen- und Tiefbaumarkt im Kanton Aargau abstellt, sondern den Basisbetrag nach Art. 3 SVKG - wie erwähnt - anhand der kumulierten Umsätze bestimmt, welche die Untersuchungsadressaten mit den ihnen vorgeworfenen erfolgreichen Schutznahmen der letzten drei Jahre erzielt haben. Die Verfügung erachtet einen Basisbetrag in der Höhe von 7 % der mit diesen erfolgreichen Schutznahmen erzielten Umsätze als angemessen (vgl. Verfügung, Rz. 1089, 1097, 1101 sowie Übersicht über die "*Detailberechnung der Sanktionen*" im Anhang der Verfügung). Alle übrigen angeblich erwiesen Abredebeteiligungen behandelt die Sanktionsbemessung der Verfügung - wie ebenfalls bereits erwähnt - als erschwerende Umstände nach Art. 5 SVKG, wobei je nach der Anzahl solcher übriger Abredebeteiligungen prozentuale Sanktionszuschläge erhoben werden.

8.1.13 Dass die Vorinstanz im Abschnitt "*Spezifische Projekte*" der Verfügung die Beweislage hinsichtlich jeder angeblichen Teilnahme an einer Einzelsubmissionsabsprache separat geprüft hat, ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden. Auch das Bundesverwaltungsgericht kann grundsätzlich kein hinreichend klares

Muster erkennen, welches über das von der Vorinstanz angenommene Dach als verbindendes Element zwischen den einzelnen angeblich abgesprochenen Projekten hinausgeht. Eine eigentliche Gesamtabrede bzw. eine Rahmenabsprache im Sinne einer vorgängig vereinbarten Rotation kann auch nach der Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht nachgewiesen werden. Verhält es sich ausnahmsweise anders, beurteilt das Bundesverwaltungsgericht entsprechend zusammenhängende Einzelfälle nachfolgend gemeinsam (vgl. zum Beispiel E. 8.7.5.3).

8.2 Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen halten die ihnen zur Last gelegten Verstösse gegen das Kartellgesetz für nicht bewiesen. Sie bemängeln in verschiedener Hinsicht die Beweisführung und Beweiswürdigung der Vorinstanz (vgl. Beschwerde, Rz. 3 ff., 18, 88, 92, 97, 111). Dass im Kanton Aargau Abreden stattgefunden hätten, wie sie die Vorinstanz in der Verfügung beschreibt, sei den Beschwerdeführerinnen bekannt gewesen. Es sei jedoch die Geschäftspolitik der Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen gewesen, sich nicht an Submissionsabsprachen zu beteiligen. Die Beteiligung an solchen Absprachen sei nie im Interesse der Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen gewesen. Diese habe sich einer Teilnahme an solchen Abreden und Treffen konsequent widersetzt und habe deshalb in Branchenkreisen als "*Wilder*" gegolten.

Da es sich bei den ausgesprochenen Bussen um echte Strafen handle, müsse das Beweismass grundsätzlich den strafrechtlichen Prinzipien genügen. Die Behörde müsse den Beweis führen, dass die Beschwerdeführerinnen an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG beteiligt gewesen seien, wobei die Beweislosigkeit zulasten der Behörde gehe. Die Frage der Beteiligung an einer Abrede stelle kein ökonomisches Tatbestandselement dar. Eine Reduktion des Beweismasses komme daher bei der Frage der Beteiligung an einer Abrede nicht in Frage. Der Umstand, dass die angefochtene Verfügung rund 100 Fälle mit rund 30 beteiligten Unternehmen behandle, bedeute, dass die Vorinstanz in jedem Einzelfall einen rechtsgenüglichen Nachweis für die Abredebeteiligung der involvierten Unternehmen hätte erbringen müssen. Obwohl der mit der Einzelfallbetrachtung verbundene Aufwand beachtlich sei, müsse die Behörde in jedem der untersuchten Fälle die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede jedem zu sanktionierenden Unternehmen rechtsgenüglich nachweisen. Dieser Grundsatz gelte hinsichtlich den Beschwerdeführerinnen uneingeschränkt, weil diesen auch gemäss der Darstellung der Vorinstanz eine Beteiligung an einer Rahmenabrede nicht nachgewiesen worden sei. Eine Herabstufung des Beweismasses im Einzelfall mit Verweis auf eine Rahmenabrede sei in Bezug auf die Beschwerdeführerinnen damit unzulässig. Vielmehr dürften in Bezug auf die Beschwerdeführerinnen hohe Anforderungen an den Nachweis einer Abredebeteiligung gestellt werden.

Die Vorinstanz vermöge keinerlei verlässliche Beweise für die angebliche Beteiligung der Beschwerdeführerinnen an den Submissionsabsprachen vorzulegen. Die Beweiserhebung reduziere sich auf Bezichtigungen durch Konkurrenten und auf nicht eindeutige Indizien wie handgeschriebene Notizen, Agendaeinträge und Gekritzel auf Offertunterlagen. Damit sei der rechtsgenügliche Nachweis für die Beteiligung der Beschwerdeführerinnen an einer Wettbewerbsabrede nicht erbracht. Die Behauptung der Vorinstanz, sie habe im vorliegenden Fall das Beweismass des Vollbeweises angewandt, wobei sie bei nicht zu unterdrückenden Zweifeln jeweils zugunsten der Parteien entschieden habe, treffe nicht zu. Es sei die Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts aufzuzeigen, welches Beweismass in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren zur Anwendung komme und welchen Anforderungen das Beweisverfahren und die Beweiswürdigung bei Submissionskartellen zu genügen habe.

8.3 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz trägt im Wesentlichen vor, zwischen ihr und den Beschwerdeführerinnen scheine Einigkeit über die geltenden Regeln der Beweiserhebung zu bestehen, insbesondere auch in Bezug auf das Beweismass (vgl. Verfügung, Rz. 934; Vernehmlassung, Rz. 82, 86, 94, 125). So habe unbestrittenermassen die Vorinstanz den Sachverhalt von Amtes wegen zu erstellen und trage die Folgen der Beweislosigkeit. Die Vorinstanz teilt auch die Ansicht der Beschwerdeführerinnen, dass der Nachweis einer Vereinbarung bzw. Wettbewerbsabrede gestützt auf das Beweismass des Vollbeweises zu erbringen ist. Die Vorinstanz habe die Regeln der Beweiserhebung aber eingehalten und den der angefochtenen Verfügung zugrunde liegenden Sachverhalt nach diesen Regeln erstellt. Dies gelte namentlich hinsichtlich des Treffens von Wettbewerbsabreden.

In gewissen Bereichen - wie jenen der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung und der Wettbewerbsbeseitigung - könne das Beweismass des Vollbeweises jedoch häufig naturgemäss nicht erbracht werden. So seien beim Nachweis der Auswirkungen von Abreden hypothetische Zustände - zum Beispiel die Frage, wie die Wettbewerbssituation auf dem fraglichen Markt ohne Absprache aussähe - einem strikten Beweis nicht zugänglich. Die Wettbewerbsbehörden könnten sich diesbezüglich - wie bei der Marktabgrenzung (mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Sachen Publigroupe [BGE 139 I 72 E. 9.2.3.4]) - auf Hinweise aus Erfahrungssätzen, Marktanalysen, ökonomischen Annahmen und Modellen abstützen. Zudem gebe es Bereiche, in denen die Parteien die objektive Beweislast trügen; so zum Beispiel bei den Rechtfertigungsgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG oder gestützt auf die Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG bei fehlendem Beweis der Nichtbeseitigung des wirksamen Wettbewerbs.

8.4 Allgemeine Beweisregeln

8.4.1 Verstösse gegen das Kartellgesetz sind gemäss dem auch im Kartellverfahren anwendbaren Untersuchungsgrundsatz grundsätzlich durch die Behörden zu untersuchen (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Diese haben den rechtserheblichen Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären. Dazu sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen. Aufgrund dieser Pflicht zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserhebli-

chen Sachverhalts liegt die Beweisführungslast im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren bei den Wettbewerbsbehörden. Der Untersuchungsgrundsatz erfährt jedoch eine Einschränkung durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht der Parteien (vgl. zum Ganzen BGE 129 II 18 E. 7.1, *Buchpreisbindung*, m.w.H.; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 10.2, *Sammelrevers* sowie [je m.w.H.] die Urteile des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.5.1, *Altimum*; B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 185 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*; B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 5.1.1, *Baubeschläge Koch*; B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 4.1.1, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*; B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 3.2.4, *Baubeschläge SFS unimarket*; B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 5, *Gebro*).

8.4.2 Erkenntnisquellen der amtlichen Sachverhaltsermittlung bilden (neben dem allgemeinen notorischen Wissen und dem eigenen Fachwissen der entscheidenden Behörde) die Beweismittel, welche die Behörde erhebt. Gemäss der - nicht abschliessenden - Aufzählung in Art. 12 VwVG gehören zu den Beweismitteln Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen, Augenscheine, Gutachten von Sachverständigen sowie auch Urkunden und Auskünfte der Parteien (vgl. KIENER/RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 737 ff.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 12 N. 69 ff.; Urteil des BVGer C-563/2011 vom 10. September 2014 E. 4.3). Im Kartellverwaltungsverfahren stellen zweifellos auch Auskünfte und Urkunden von Selbstanzeigern Beweismittel dar, welche als Erkenntnisquellen zur Sachverhaltsermittlung beizuziehen sind.

8.4.3 Die erhobenen Beweismittel sind nach dem im Kartellverwaltungsverfahren ebenfalls anwendbaren Grundsatz der freien Beweiswürdigung von den Wettbewerbsbehörden frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (vgl. Art. 39 KG i.V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]; BGE 137 II 266 E. 3.2; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 10.4, Sammelrevers; Urteil des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.5.2, *Altimum*, m.w.H.). Soweit eine Sanktion gemäss Art. 49a KG in Frage kommt, sind aufgrund des strafrechtsähnlichen Charakters dieser Massnahme grundsätzlich die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK sowie Art. 30 bzw. 32 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) zu beachten. Sachverhaltsmässige Unklarheiten sind daher aufgrund der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV zu Gunsten der sanktionsbedrohten Parteien zu werten (vgl. BGE 139 I 72 E. 2.2.2 und E. 8.3.1, *Publigroupe*). Nicht angehen kann es, dass die Ergebnisse einer Beweiserhebung nur dann in die Beweiswürdigung Eingang finden, wenn sie der Untermauerung der eigenen Auffassung dienen (vgl. Urteile des BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 7.3.46, *Baubeschläge Koch* und B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 6.3.41, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*).

8.4.4 Für die Prüfung der Beweislage entscheidend ist die Frage, welches Beweismass erfüllt sein muss, um einen rechtserheblichen Sachumstand als bewiesen erachten zu können.

8.4.4.1 Als Regelbeweismass qualifiziert die Praxis grundsätzlich das Beweismass der vollen Überzeugung (certitude, certezza). In der kartellrechtlichen Praxis und in der Literatur wird hierfür verschiedentlich auch der Begriff "*Vollbeweis*" verwendet. Allerdings ist dieser Begriff nicht sachgerecht, weil er impliziert, dass den anderen anerkannten Arten des Beweismasses keine ausreichende Beweiskraft zukomme, was nicht der Fall ist (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 156 f., *Preispolitik Swisscom ADSL* m.H. insbesondere auf BGE 140 II 610 E. 4.1; BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 133 III 153, 163; BGE 130 III 321 E. 3.2; BGE 128 III 271, 275; BERGER/NOGLER, Beweisrecht - die Last mit dem Beweis(en), recht 2012 S. 171; BILGER, a.a.O., S. 305; RHINOW ET AL., Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, Rz. 999). Aus diesem Grund wird im Folgenden auf den Begriff "*Überzeugungsbeweis*" abgestellt.

Nach dem Regelbeweismass des Überzeugungsbeweises gilt ein Beweis als erbracht, wenn ein Gericht oder eine Behörde nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Dabei wird allerdings keine absolute Gewissheit vorausgesetzt. Denn die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn das Gericht oder die Behörde am Vorliegen des rechtserheblichen Sachumstands keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2; Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24. März 2003 E. 3.5; Urteile des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.5.3.1, *Altimum*, B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 157, *Preispolitik Swisscom ADSL*, B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 4.3.3, *Baubeschläge Siegenia-Aubi* und B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 5.3.3, *Baubeschläge Koch*, je m.w.H.).

Damit übereinstimmend besagt die Unschuldsvermutung bzw. der Grundsatz "*in dubio pro reo*" in seiner Ausprägung als Beweiswürdigungsregel, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung muss es sich hierbei um erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen. Bei nur abstrakten und theoretischen Zweifeln wird die Unschuldsvermutung nicht verletzt. Denn solche Zweifel sind immer möglich und absolute Gewissheit kann - wie erwähnt - nicht verlangt werden (vgl. BGE 124 IV 86 E. 2a; Urteile des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.5.2, *Altimum*; B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 7.4.4, *Baubeschläge Koch*; B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 6.4.4, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*; BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 5.3.10.16, *Baubeschläge SFS unimarket*).

8.4.4.2 Als Ausnahme vom Regelbeweismass der vollen Überzeugung ist der Wahrscheinlichkeitsbeweis anerkannt, welcher auf das Beweismass der überwiegenden

Wahrscheinlichkeit abstellt ("*la vraisemblance prépondérante*", "*la verosimiglianza preponderante*"). Nach diesem Beweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; BGE 132 III 715 E. 3.1).

Ausnahmen vom Regelbeweismass liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit wird als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und insofern eine "*Beweisnot*" besteht (vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.2; BGE 128 III 271 E. 2b/aa).

8.4.4.3 Zur Frage, ob für Kartellverfahren der Überzeugungsbeweis als Regelbeweismass zu gelten hat, oder ob (auch) auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit als Beweismass abzustellen ist, werden in Literatur und Praxis unterschiedliche Meinungen vertreten (vgl. dazu m.w.H. das Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 160 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*). Das Bundesgericht hat im Fall Publigroupe jedoch im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung ausdrücklich festgestellt, dass die Anforderungen an den Nachweis der hierbei bestehenden Zusammenhänge mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern, nicht übertrieben werden dürfen. Insbesondere sei nicht zu übersehen, dass die Analyse der Marktverhältnisse komplex und die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig sei. In diesem Sinne erscheine eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssten aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.3.2, vgl. auch E. 9.2.3.4 dieses Urteils). Für die konkrete Beurteilung wurde dann darauf abgestellt, dass nicht ersichtlich sei, die von der Wettbewerbskommission angeführten und ausführlich begründeten ökonomischen Zusammenhänge seien nicht verlässlich (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.3.3).

8.4.4.4 Das Bundesgericht hat mithin klargestellt, dass bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten mit multiplen Wirkungszusammenhängen ein Nachweis auf Grundlage der Gewissheit nicht in ausreichender Weise herbeigeführt werden kann und demzufolge auch nicht erforderlich ist. Diese Einschätzung gilt nicht nur in Bezug auf die Feststellung der Marktbeherrschung, sondern letztlich für alle Tatbestandsmerkmale, soweit im Einzelfall entsprechende multiple Wirkungszusammenhänge bestehen.

Demzufolge ist bei Vorliegen von multiplen Wirkungszusammenhängen das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausreichend und nicht ein Überzeugungsbeweis erforderlich (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 162, *Preispolitik Swisscom ADSL*; entsprechend auch die Urteile des BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 5.3.7, *Baubeschläge Koch* und B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 4.3.7, *Baubeschläge Siegenia-Aubi* [je m.w.H.], wonach im Zusammenhang mit wirtschaftlich komplexen Fragen im wettbewerbsrechtlichen Kontext keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen sind bzw. die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung vielmehr regelmässig ausschliesst).

Die vorstehende Rechtsprechung bedeutet andererseits aber auch, dass im Kartellverfahren der ordentliche Überzeugungsbeweis zu erbringen ist, soweit für den Nachweis einer rechtserheblichen Tatsache keine ökonomische Analyse erforderlich ist, sondern es um "*gewöhnliche*" Lebenssachverhalte ohne multiple Wirkungszusammenhänge geht. Bei solchen Sachverhalten lässt der Nachweis auf Grundlage des Regelbeweismasses typischerweise keine besonderen Beweisschwierigkeiten erwarten, sodass sich eine Ausnahme vom Überzeugungsbeweis nicht rechtfertigt (vgl. ebenso die Urteile des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.5.2, *Nikon*; B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 3.11.3, *BMW*; B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.5.3, *Altimum*).

8.4.4.5 Um "*gewöhnliche*" Lebenssachverhalte ohne multiple Wirkungszusammenhänge handelt es sich namentlich, wenn wie vorliegend umstritten ist, ob Teilnehmer einer Ausschreibung untereinander einvernehmlich festgelegt haben, wer den Submissionsauftrag erhalten soll bzw. welche Ausschreibungsteilnehmer die Offerte des geschützten Teilnehmers bewusst überbieten sollen, um den Zuschlag zugunsten des geschützten Ausschreibungsteilnehmers zu steuern. Wie die Beschwerdeführerinnen richtig betonen, erfordert die Beurteilung, ob sich die Beschwerdeführerinnen wie vorgeworfen an der jeweiligen Ausschreibung beteiligt haben (d.h. ob sie vereinbarungsgemäss Schutz genommen, für einen anderen Ausschreibungsteilnehmer eine Stützofferte abgegeben oder an einem Informationsaustausch teilgenommen haben), keine ökonomische Analyse. Somit ist hierfür der ordentliche Überzeugungsbeweis zu erbringen.

Im Gegensatz dazu gestaltet sich die Beurteilung von möglichen Auswirkungen kartellrechtlicher Sachverhalte auf den Wettbewerb der Natur der Sache nach komplexer. Neben der objektiven Datenlage stehen hier wirtschaftliche Analysen und Hypothesen im Zentrum der Betrachtung. Auch das Vorliegen allfälliger Effizienzgründe (Art. 5 Abs. 2 KG) kann nur unter Berücksichtigung von wirtschaftlichen Überlegungen und Annahmen beurteilt werden.

Ökonomische Erkenntnisse sind aber immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2005-4 vom 11. Juli 2006 E. 6.2, Schweizeris*cher Buchhändler- und Verlegerverband SBVV*, *Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.*, veröffentlicht in: RPW 2006/3 S. 548 ff.; BILGER, a.a.O.,

S. 305). Daher muss es genügen, dass die von Art. 5 Abs. 1 KG geforderten Auswirkungen einer Abrede auf den Wettbewerb wie auch allfällige Effizienzgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegen (so - betreffend das Vorliegen von Effizienzgründen - ausdrücklich das Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 10.4, Sammelrevers).

8.4.4.6 Ferner ist darauf hinzuweisen, dass das erforderliche Beweismass nicht nur direkt, sondern auch indirekt gestützt auf Indizien erbracht werden kann. Indizien sind Tatsachen, die einen Schluss auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache zulassen. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen (Indizien) nach der Lebenserfahrung aufdrängt. Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichwertig, wobei ein Indiz, einzeln betrachtet, die Möglichkeit des Andersseins offen lässt, und daher auch den Zweifel enthält (vgl. Urteil des BGer 6B_332/2009 vom 4. August 2009 E. 2.3, m.w.H.; Entscheid der REKO/WEF FB/2002-1 vom 22. Dezember 2004 E. 8.1, *Betosan AG et al*, veröffentlicht in: RPW 2005/1 S. 183 ff.).

Eine bundesrechtliche Regel, wonach Indizienbeweise nicht zulässig sind, besteht nicht (vgl. BGE 93 II 345 E. 2, m.w.H.). Selbst im Strafprozessrecht ist es zulässig, aus der Gesamtheit der verschiedenen Indizien, welche je für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache oder Täterschaft hindeuten und insofern Zweifel offen lassen, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis von Tat oder Täter zu schliessen (vgl. ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 59 Rz. 14 f.). Gegen die Zulässigkeit eines Indizienbeweises auch im Bereich kartellrechtlicher Sanktionen nach Art. 49a KG ist daher nichts einzuwenden (vgl. in diesem Sinne auch die Urteile des BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 5.4.20, *Baubeschläge Koch* und B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 4.4.20, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*).

8.4.5 Kann das geforderte Beweismass nicht erreicht werden, stellt sich die Beweislastfrage, d.h. die Frage, zu wessen Lasten der beweislose Zustand geht. Die Antwort darauf ergibt sich aus dem Rechtsgrundsatz, dass derjenige die (objektive) Beweislast für das Vorliegen einer Tatsache trägt, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]; vgl. Urteil des BGer 2C_988/2014 vom 1. September 2015 E. 3.1; Urteil des BVGer C-563/2011 vom 10. September 2014 E. 4.2; BVGE 2008/23 E. 4.2, m.w.H.).

Die objektive Beweislastverteilung mit Bezug auf die vorliegend gestützt auf Art. 49a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG auferlegten Sanktionen ist differenziert zu betrachten. Was das Vorliegen von Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG betrifft, gilt Folgendes:

Solche Wettbewerbsabreden bilden die Vermutungsbasis, gestützt auf welche sich die Wettbewerbsbehörden gegebenenfalls darauf berufen, dass der wirksame Wettbewerb vermutungsweise beseitigt wurde. Somit ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörden nebst der Beweisführungslast auch die objektive Beweislast für den Nachweis des Vorliegens von Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG tragen. Damit trägt die Vorinstanz die objektive Beweislast, was die Beteiligung an den vorliegend strittigen Submissionsabsprachen anbelangt.

8.5 Beweiswert der Selbstanzeigen

Zwischen der Vorinstanz und den Beschwerdeführerinnen bestehen sodann Differenzen darüber, inwiefern sich die Auskünfte und Urkunden der Selbstanzeiger dazu eignen, den Nachweis für die den Beschwerdeführerinnen vorgeworfene Beteiligung an den jeweiligen Ausschreibungen zu erbringen. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten insbesondere die Glaubwürdigkeit der sie betreffenden Informationen der Unternehmensgruppe Q._____ (vgl. dazu E. 8.5.6).

8.5.1 Zunächst werfen die Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz vor, diese habe ohne näheres Hinterfragen auf die Richtigkeit der Selbstanzeigen vertraut, obwohl die Beschwerdeführerinnen die Teilnahme an den angeblichen Abreden bestritten hätten (vgl. Beschwerde, Rz. 3, 7, 12, 16, 94, 118; Replik, Rz. 44, 52, 56; Eingabe Beschwerdeführerinnen vom 19. November 2014): Die Verfügung basiere einseitig auf den Angaben der Selbstanzeigen und auf Bestätigungen dieser Bezichtigungen anlässlich der Anhörungen durch Vertreter der entsprechenden Unternehmen. Bei einer sorgfältigen Beweiswürdigung dürfe nicht einfach auf die Richtigkeit der Bezichtigungen von Selbstanzeigern vertraut werden. Die belastenden Aussagen von Selbstanzeigern seien vielmehr mit grosser Zurückhaltung zu würdigen. Pauschale Bezichtigungen ohne Schilderung der Hintergründe zum Zustandekommen einer Wettbewerbsabrede seien nicht als hinreichender Beweis für eine Verurteilung zu akzeptieren. Die mit der Bonusregelung verbundene Anreizwirkung könne rechtsstaatlich bedenkliche Folgen haben, sofern nicht gewährleistet sei, dass die Bezichtigungen der Selbstanzeiger kritisch überprüft werden.

Vorliegend bestünden erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der in den Selbstanzeigen enthaltenen Anschuldigungen. Die Selbstanzeigen enthielten in vielen Fällen keine näheren Angaben zum Zustandekommen der angeblichen Wettbewerbsabreden und insbesondere keine näheren Schilderungen darüber, in welcher Form sich die Beschwerdeführerinnen an den einzelnen Absprachen beteiligt haben sollten. Oft würden die Selbstanzeigen ohne jegliche Darstellung von Hintergrundinformationen einzig Namen auflisten. Auch habe die Vorinstanz die Gefahr von übermässigen Bezichtigungen in den Selbstanzeigen nicht erkannt. Es bestünden klare Anhaltspunkte dafür, dass die Selbstanzeiger die anderen Unternehmen im Zweifelsfalle auch ohne genaue Kenntnis über die Beteiligung des betreffenden Unternehmens an der Abrede mitangezeigt hätten. Zudem sei das Erinnerungsvermögen der Selbstanzeiger anzuzweifeln. Die Fälle lägen lange zurück, und die grosse Anzahl der Submissionen sowie die Anzahl der angeblich beteiligten Personen brächten es mit sich, dass die Selbstanzeigen fehlerhaft sein könnten.

Das Bundesverwaltungsgericht habe in den Urteilen vom 23. September 2014 in Sachen Baubeschläge zu Recht klar festgehalten, dass auch bei Vorliegen von Selbstanzeigen der volle Beweis geführt werden müsse und dass die Vorinstanz den Kartellrechtsverstoss für jede Verfahrenspartei hinsichtlich der Beteiligung einer Abrede und hinsichtlich der Auswirkungen auf den Wettbewerb individuell nachzuweisen habe. Diese Grundsätze habe die Vorinstanz vorliegend verletzt.

8.5.2 Die Vorinstanz bestreitet, die Aussagen der Selbstanzeiger generell für glaubhaft erklärt bzw. unkritisch gewürdigt zu haben (vgl. Verfügung, Rz. 90, 99, 102, 105, 107; Vernehmlassung, Rz. 100, 102, 104): Es habe sich im Verlaufe der Untersuchung gezeigt, dass die Selbstanzeiger glaubwürdig und ihre Aussagen verlässlich seien. Insgesamt hätten sich die Aussagen der Selbstanzeiger durch häufige Bestätigungen mit schriftlichen Beweismitteln sowie durch Aussagen anderer Selbstanzeiger als zuverlässig herausgestellt. Lediglich in Ausnahmefällen hätten sich Widersprüche mit Aussagen von anderen Selbstanzeigern oder Dokumenten ergeben. Selbstanzeiger hätten ein handfestes Interesse daran, wahrheitsgemässe Aussagen zu machen. Denn ein Selbstanzeiger, welcher ein anderes Unternehmen wissentlich zu Unrecht beschuldige, gefährde die Anerkennung seiner Selbstanzeige und die Gewährung einer Sanktionsreduktion (m.H. auf Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG). Soweit keine stichhaltigen abweichenden Hinweise vorlägen, könne auf die Aussagen der Selbstanzeiger abgestellt werden.

In den meisten Fällen stünden den Aussagen der Selbstanzeiger pauschale Bestreitungen der bezichtigten Unternehmen gegenüber, teilweise gegen jegliche Evidenz. Ein lediglich pauschales Abstreiten einer Beteiligung, ohne widersprechende Fakten und Beweismittel zu nennen, genüge im Fall einer anderslautenden Aussage eines Selbstanzeigers nicht, um den Beweis für die Abrede in Frage zu stellen. Auch die Nicht-Existenz von schriftlichen Dokumenten spreche nicht gegen die Absprachetätigkeit, denn Submissionsabsprachen fänden in der Regel ohne Erstellung schriftlicher Dokumente statt, bzw. würden allenfalls vorhandene Dokumente umgehend gelöscht. Abgesehen davon liessen die Eigenheiten von Bauprojekten durchaus eine spezifische Erinnerung über mehrere Jahre zu. Hinweise, dass die Selbstanzeiger die übrigen Parteien zu Unrecht bezichtigten, lägen keine vor. Die Vorinstanz sieht namentlich keinen Grund, an der Redlichkeit der Unternehmensgruppe Q._____ oder von G5._____ zu zweifeln (vgl. E. 8.5.6 und E. 8.6).

8.5.3 Wie die Beschwerdeführerinnen richtig erwähnen, äusserte sich das Bundesverwaltungsgericht in den kartellrechtlichen Urteilen vom 23. September 2014 in Sachen Baubeschläge zu den Anforderungen an die Beweisführung beim Vorliegen von Selbstanzeigen (vgl. Urteile des BVGer B-8430/2010, Baubeschläge Koch; B-8399/2010, *Baubeschläge Siegenia-Aubi* und B-8404/2010, *Baubeschläge SFS unimarket*). Dem Bundesverwaltungsgericht stellten sich dabei die folgenden zwei Fragen:

- erstens, ob beim Vorliegen einer Selbstanzeige in einem kartellrechtlichen Sanktionsverfahren die Anforderungen an das Beweismass aus prozessökonomischen Gründen herabgesetzt werden dürfen (vgl. *Baubeschläge Koch* E. 5.4.2, *Baubeschläge Siegenia-Aubi* E. 4.4.2);
- zweitens die Frage, welcher Beweiswert Aussagen in Selbstanzeigen zukommt, welche Dritt-Unternehmen belasten und von diesen Dritten bestritten werden (vgl. *Baubeschläge Koch* E. 5.4.3, *Baubeschläge Siegenia-Aubi* E. 4.4.3).

8.5.4 Die erste Frage hat das Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen vom 23. September 2014 in Sachen Baubeschläge verneint.

8.5.4.1 So dürfen nach der Schlussfolgerung des Gerichts die Anforderungen an das Beweismass im Zusammenhang mit belasteten Dritten bei Vorliegen einer Selbstanzeige auch im schweizerischen Kartellrecht weder von der Vorinstanz noch vom Bundesverwaltungsgericht aus prozessökonomischen Gründen herabgesetzt werden. Dem Untersuchungsgrundsatz sei auch im Falle einer Selbstanzeige in vollem Umfang Geltung und Nachachtung zu verschaffen. Die Vorinstanz sei folgerichtig verpflichtet, den Sachverhalt für jede einzelne Verfahrenspartei separat zu erstellen und abzuklären. Entsprechend müsse die Vorinstanz den Kartellrechtsverstoss jeder Verfahrenspartei einzeln zur Last legen. Die Vorinstanz habe mit anderen Worten namentlich die jeweilige Beteiligung an der Absprache individuell nachzuweisen (vgl. *Baubeschläge Koch* E. 5.4.35 und E. 7.4.1, *Baubeschläge Siegenia-Aubi* E. 4.4.35 und E. 6.4.1).

8.5.4.2 Das Bundesverwaltungsgericht begründete dies unter anderem mit der Erkenntnis, dass sich weder im EU-Wettbewerbsrecht noch im deutschen Kartellrecht Anhaltspunkte für eine Einschränkung des Beweismasses in Fällen von Selbstanzeigen aus prozessökonomischen Gründen finden (vgl. *Baubeschläge Koch* E. 5.4.26, *Baubeschläge Siegenia-Aubi* E. 4.4.26). In keinem der Fälle der jüngsten Rechtsprechung der EU-Gerichte sei das Beweismass herabgesetzt oder die volle Geltung des Untersuchungsgrundsatzes in Frage gestellt worden (vgl. *Baubeschläge Koch* E. 5.4.9 und E. 5.4.13, *Baubeschläge Siegenia-Aubi* E. 4.4.9 und E. 4.4.13). Auch gemäss der Selbstanzeigepraxis in Deutschland würden im Rahmen eines Kronzeugenantrags die gleichen Anforderungen an das Beweismass gelten wie in anderen Kartellrechtsverfahren ohne Hinweise durch einen Kronzeugenantrag (vgl. *Baubeschläge Koch* E. 5.4.14 ff., insbesondere E. 5.4.17; *Baubeschläge Siegenia-Aubi* E. 4.4.14, insbesondere E. 4.4.17).

8.5.4.3 Diese - das Beweismass betreffenden – Grundsätze gelten ohne Weiteres auch für die nachfolgende Beurteilung der Beweislage. Denn ob in einem kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren keine, eine oder mehrere Selbstanzeigen vorliegt bzw. vorliegen, kann keinen Einfluss darauf haben, welches Beweismass für den Nachweis eines rechtserheblichen Sachumstandes erforderlich ist. Ebenso wenig wirkt sich das Vorliegen von Selbstanzeigen darauf aus, wer die objektive Beweislast und damit die Folgen der Beweislosigkeit trägt. Die dargestellten allgemeinen Beweisregeln (vgl. E. 8.4) sind zu beachten, auch wenn Selbstanzeigen vorliegen. Dies gilt

insbesondere mit Bezug auf die vorstehenden Ausführungen zum Beweismass und zur Beweislastfrage (vgl. insbesondere E. 8.4.4, E. 8.4.4.4, E. 8.4.4.5 und E. 8.4.5).

8.5.4.4 Demnach haben die Wettbewerbsbehörden namentlich unabhängig vom Vorliegen von Selbstanzeigen den Überzeugungsbeweis dafür zu erbringen, dass und welche Teilnehmer einer Ausschreibung untereinander einvernehmlich festgelegt haben, wer den Submissionsauftrag erhalten soll bzw. welche Ausschreibungsteilnehmer die Offerte des geschützten Teilnehmers bewusst überbieten sollen, um den Zuschlag zugunsten des geschützten Ausschreibungsteilnehmers zu steuern. Was die Beschwerdeführerinnen betrifft, ist es somit ebenfalls unbesehen vom Vorliegen von Selbstanzeigen an der Vorinstanz, den Beschwerdeführerinnen mit dem Regelbeweismass des Überzeugungsbeweises individuell nachzuweisen, dass sich diese in der vorgeworfenen Form an den jeweiligen Ausschreibungen beteiligt haben (d.h. Schutznahme, Abgabe einer Stützofferte oder Teilnahme an einem Informationsaustausch).

8.5.4.5 Abgesehen davon bedeutet der Umstand, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen grundsätzlich eine Beteiligung an "*einzelnen Projekten*" vorwirft und gemäss dem vorinstanzlichen Beweisergebnis kein eigentliches Rotationskartell vorliegt (vgl. E. 8.1.10) nicht, dass die jeweiligen Einzelprojekte im Rahmen der Beweiswürdigung nur isoliert betrachtet werden dürfen. Denn es liegt auf der Hand, dass die von der Vorinstanz geltend gemachten Manipulationen der Einzelprojekte ohne Weiteres auch ohne "*explizite Vereinbarung mit festgelegtem Rotationssystem wie im Fall Strassenbeläge Tessin*" in einem grösseren Zusammenhang zueinander stehen können, d.h. nur unter dem Dach einer weniger umfassenden Rahmenvereinbarung überhaupt denkbar sind (vgl. in diesem Sinne auch die Darstellung der Vorinstanz in E. 8.1.11).

Der Vorinstanz ist insbesondere zuzustimmen, dass die Bereitschaft eines Submissionsteilnehmers, die eigene Offerte in einem Einzelprojekt nur zum Schein einzureichen, um den Zuschlag zugunsten des geschützten Unternehmens zu steuern, in Verbindung zu einer Gegenleistung stehen muss. Die entsprechende Gegenleistung für die Abgabe einer Stützofferte in einem Einzelprojekt kann dabei durchaus in der Aussicht bestehen, "*in Zukunft bei noch nicht bestimmten Projekten auch von einem Schutz profitieren zu können*", wenn die Abgabe einer Stützofferte nicht unmittelbar abgegolten wird (vgl. Fussnote 165 der Verfügung).

8.5.5 Im Zentrum des vorliegenden Beschwerdeverfahrens steht aber vor allem auch, welcher Beweiswert Auskünften und Urkunden von Selbstanzeigern zugemessen werden darf.

8.5.5.1 Auch zu dieser Thematik hat das Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen in Sachen Baubeschläge Stellung genommen, stellte sich doch dort wie erwähnt (vgl. E. 8.5.3) zweitens die Frage, welcher Beweiswert Aussagen in Selbstanzeigen zukommt, die Dritt-Unternehmen belasten und von diesen Dritten bestritten werden. Das Bundesverwaltungsgericht kam diesbezüglich zum Ergebnis, die Beschuldigungen eines Selbstanzeigers würden für sich allein nicht als massgebender oder gar als hinreichender Beweis für einen Wettbewerbsverstoss genügen, wenn die belasteten Dritt-Unternehmen die Beschuldigungen bestreiten. Die Behauptungen des Selbstanzeigers seien vielmehr stets durch weitere Beweismittel zu ergänzen und zu untermauern. Auch bei einer Selbstanzeige seien umfassende Sachverhaltsabklärungen und Beweiserhebungen durchzuführen (vgl. Baubeschläge Koch E. 5.4.34 und E 7.4.1, Baubeschläge Siegenia-Aubi E. 4.4.34 und E. 6.4.1).

8.5.5.2 Zur Begründung berief sich das Bundesverwaltungsgericht unter anderem auf die Praxis der EU-Kommission und die Rechtsprechung der EU-Gerichte, wonach weitere unterstützende Beweismittel erforderlich sind, um die Zuwiderhandlung nachzuweisen, wenn andere Kartellanten der Aussage des ersten Unternehmens widersprechen (vgl. Baubeschläge Koch E. 5.4.6, Baubeschläge Siegenia-Aubi E. 4.4.6, je m.w.H.). Die Frage des Beweiswerts des Kronzeugenantrags sei in der jüngsten Rechtsprechung der EU-Gerichte letztlich aber offen gelassen worden (vgl. Baubeschläge Koch E. 5.4.9, Baubeschläge Siegenia-Aubi E. 4.4.9, je m.w.H.).

Auch argumentierte das Bundesverwaltungsgericht wiederum rechtsvergleichend mit der Selbstanzeigepraxis in Deutschland, wonach Aussagen, die im Rahmen von Anträgen auf Bussgelderlass oder auf eine Reduktion von Geldbussen erfolgen, unter dem Vorbehalt genereller Bedenken stehen. Das Bundeskartellamt habe in seiner Bekanntmachung von 2000 angeführt, dass die Aussage eines Kartellmitglieds, das als Folge seiner Zusammenarbeit eine erhebliche Reduktion erwartet, "*mit Vorsicht zu würdigen*" sei und "*grundsätzlich von anderen Beweisen gestützt werden*" müsse, bevor sie als Grundlage für den Nachweis eines Kartells und die Gewichtung der Tatbeiträge der Mitglieder dienen könne. Stets vorsichtig zu würdigen seien nach der Selbstanzeigepraxis in Deutschland aber auch die Aussagen der anderen Kartellteilnehmer im Hinblick auf das kooperierende Unternehmen (vgl. *Baubeschläge Koch* E. 5.4.16, *Baubeschläge Siegenia-Aubi* E. 4.4.16 [je m.w.H., insbesondere auf die Richtlinien des Bundeskartellamtes für die Festsetzung von Geldbussen vom 17. April 2000, Bekanntmachung Nr. 68/2000]).

8.5.5.3 Auch diesen Ausführungen (d.h. E. 8.5.5.1 f.) ist bei der nachfolgenden Beurteilung der Beweislage grundsätzlich Beachtung zu schenken. Demnach durften die Wettbewerbsbehörden auch in der vorliegenden Untersuchung zum einen nicht einfach unkritisch auf die Richtigkeit der Angaben in den Selbstanzeigen vertrauen. Zum anderen darf aber auch nicht unbesehen von der Richtigkeit der Angaben der nicht kooperierenden Unternehmen ausgegangen werden. Vielmehr waren auch vorliegend eine vorsichtige Würdigung sowohl der Aussagen der Selbstanzeiger als auch der Aussagen der nicht kooperierenden Unternehmen sowie gegebenenfalls weitere Sachverhaltsabklärungen und Beweiserhebungen angezeigt.

8.5.5.4 Unbesehen der genannten Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts in den Urteilen in Sachen Baubeschläge bleibt für die nachfolgende Prüfung der Beweislage die konkrete Beurteilung der den Beschwer-

deführerinnen angelasteten Einzelfälle massgeblich. So wird im konkreten Einzelfall in freier Beweiswürdigung zu beurteilen sein, ob das verlangte Beweismass für die zu beweisende Tatsache aufgrund der vorliegenden Beweismittel insgesamt erfüllt ist.

Dabei gilt es zu beachten, dass es sich bei den Aussagen der Selbstanzeiger wie bei den Aussagen der nicht kooperierenden Unternehmen um Parteiauskünfte im Sinne von Art. 12 Bst. b VwVG handelt, die nachfolgend frei auf ihre Glaubhaftigkeit hin zu würdigen sind (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 12 N. 111 ff., m.w.H.). Zudem stellen auch Urkunden von Selbstanzeigern wie von nicht kooperierenden Unternehmen dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung unterliegende Beweismittel dar (vgl. E. 8.4.2 f.). Es ginge daher nicht an, für die nachfolgende Beurteilung der Beweislage eigentliche Beweisregeln aufzustellen. Vielmehr gilt es die vorliegenden Beweismittel im Einzelfall frei anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten, ohne sich dabei von einer schematischen Betrachtungsweise leiten zu lassen (vgl. BGE 133 I 33 E. 2.1).

Angesichts der gegensätzlichen Parteistandpunkte (vgl. E. 8.5.1 f.) - und auch mit Blick auf die rechtsgleiche Beurteilung der diversen Einzelfälle - ist es aber immerhin angezeigt, dass sich das Bundesverwaltungsgericht im Folgenden vorab allgemein zu möglichen Auswirkungen der Bonusregelung auf das Aussageverhalten sowie auch dazu äussert, welche grundlegenden Beweislagen voneinander abzugrenzen sind. Die nachfolgenden Ausführungen werden das Bundesverwaltungsgericht aber nicht davon abhalten, die Überzeugungskraft der vorliegenden Beweismittel bei der Beurteilung der Beweislage der Einzelfälle (vgl. E. 8.7) von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände zu prüfen und in jeder Hinsicht frei zu bewerten.

8.5.5.5 Was die Frage von Auswirkungen der Bonusregelung auf das Aussageverhalten betrifft, ist zunächst festzuhalten, dass Selbstanzeiger wie nicht kooperierende Unternehmen der Umstand verbindet, dass sie (anders als Zeugen) nicht zur wahrheitsgemässen Aussage angehalten werden können. Im Unterschied zu Zeugen machen sie sich somit auch nicht strafbar, wenn sie in einem gerichtlichen Verfahren falsche Angaben machen (vgl. Art. 307 StGB). Vor diesem Hintergrund können weder Selbstanzeiger noch nicht kooperierende Unternehmen einen Anreiz für sich beanspruchen, bei ihren Auskünften die Wahrheit zu sagen.

Die Interessenlage der Selbstanzeiger und der nicht kooperierenden Unternehmen unterscheidet sich allerdings dahingehend grundlegend, als Selbstanzeiger überzeugend und auf die vorgeschriebene Weise mit den Wettbewerbsbehörden kooperieren müssen, um die Voraussetzungen für den angestrebten vollständigen oder teilweisen Sanktionserlass zu erfüllen (vgl. insbesondere Art. 8 Abs. 2 Bst. c und Art. 12 Abs. 1 SVKG).

Zu einer ausreichenden Kooperation zählt auch, dass Selbstanzeiger den Wettbewerbsbehörden nach bestem Wissen zutreffende Informationen zur angezeigten Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung liefern. Dabei muss eine Selbstanzeige ausdrücklich auch die nötigen Informationen zu den Unternehmen enthalten, welche am angezeigten möglichen Wettbewerbsverstoss beteiligt sind (vgl. Art. 9 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 SVKG).

Selbstanzeiger, welche falsche Angaben machen, riskieren im Unterschied zu Zeugen zwar keine Freiheits- oder Geldstrafe wegen falschen Zeugnisses nach Massgabe des Strafgesetzbuches aber doch einschneidende Konsequenzen. Dies im Sinne eines Bonusverlusts und somit der potentiellen Auferlegung einer nicht reduzierten Verwaltungssanktion im Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes nach Art. 49a Abs. 1 KG. Die Interessenlage von Selbstanzeigern ist insofern durchaus vergleichbar mit jener von in Pflicht genommenen und somit der Strafdrohung von Art. 307 StGB unterstehenden Zeugen.

Im Gegensatz dazu haben Unternehmen, welche nicht mit den Wettbewerbsbehörden kooperieren, im Fall von falschen, unvollständigen oder auch nur geschönten Angaben zum eigenen Verhalten bzw. zu den weiteren beteiligten Unternehmen keine derartigen Nachteile zu befürchten.

8.5.5.6 Aussagen von Zeugen kommt aufgrund der Pflicht zur wahrheitsgetreuen Aussage bzw. der Strafdrohung von Art. 307 StGB bei der Beweiswürdigung in der Regel ein grösseres Gewicht zu (vgl. Urteil des BGer 6B_740/2009 vom 23. November 2009 E. 2.5 m.H. auf Urteil des BGer 1P.22/1994 vom 3. Juni 1994 E. 2c). Weiter bestätigte das Bundesgericht ausdrücklich die Prämisse, dass die Glaubwürdigkeit vereidigter, unter Zeugenpflicht stehender und auf die Folgen falscher Zeugenaussagen hingewiesener Polizeibeamter nicht leichthin in Frage gestellt werden darf, lasse diese Prämisse doch Raum für eine individuelle Beurteilung der Glaubwürdigkeit bzw. Glaubhaftigkeit von Belastungszeugen, ohne dass der Aussage eines Polizeibeamten a priori ein höherer Beweiswert zuerkannt würde, und sei eine Beurteilung des Tatvorwurfs in freier Würdigung der Beweise möglich (vgl. Urteil des BGer 1P.498/2006 vom 23. November 2006 E. 4; vgl. zum Ganzen zudem KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 12 N. 124 ff., m.w.H. sowie das Urteil des BStGer SK.2011.29 vom 25. September 2012 E. 3.5.6, wonach Informationen, welche von [Dritt-] Personen stammen, die weder als Zeuge noch als Sachverständige in Pflicht genommen wurden, "*nicht den prozessualen Rang von Gutachten und Zeugenaussage*", sondern "*nur denjenigen der Aussage einer Auskunftsperson*" haben können).

Die vergleichbare Interessenlage von Selbstanzeigern und in Pflicht genommenen Zeugen legt - in Verbindung mit der beschriebenen unterschiedlichen Interessenlage nicht kooperierender Unternehmen und der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung - durchaus nahe, dass auch die Glaubwürdigkeit von Selbstanzeigern nicht leichthin in Frage gestellt werden darf. Entscheidend ist jedoch auch hier, dass umstrittene Sachverhalte anhand der konkreten Umstände in freier Würdigung sämtlicher Beweise beurteilt werden. Dies setzt voraus, dass sowohl die Glaubwürdigkeit der Auskunft eines Selbstanzeigers als auch die Überzeugungskraft von anderen Beweismitteln im Einzelfall individuell geprüft

werden und dabei weder der Auskunft eines Selbstanzeigers noch einem anderen Beweismittel a priori ein höherer Beweiswert zuerkannt wird.

8.5.5.7 Weiter ist darauf hinzuweisen, dass Kartellanten im Sinne der Zielsetzung der Bonusregelung damit rechnen müssen, dass ein oder mehrere Kartellmitglieder aus dem Kartell aussteigen, das Kartell aufdecken und von der Bonusregelung profitieren (vgl. *Baubeschläge Koch* E. 5.4.24, *Baubeschläge Siegenia-Aubi* E. 4.4.24; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 241, m.w.H.). Das fraglos egoistische Interesse eines einzelnen Selbstanzeigers, als einziger von einem Sanktionserlass oder zumindest von einer möglichst hohen Reduktion der Sanktion zu profitieren, vermag für sich keinen begründeten Verdacht auf falsche Angaben bzw. falsche Beschuldigungen gegenüber Dritten hervorzurufen. Vielmehr ist dieses egoistische Interesse gerade gewollter Bestandteil des gesetzlich vorgesehenen Anreizsystems, mit welchem Kartelle von innen heraus destabilisiert und wirksamer Wettbewerb wieder herbeigeführt werden sollen (vgl. hierzu ausführlich DANIEL ZIMMERLI, a.a.O., S. 240 ff.). Auch insofern dürfen an sich glaubwürdige Informationen von Selbstanzeigern über weitere Kartellmitglieder grundsätzlich nicht leichtfertig als unzutreffend eingestuft werden, falls ein Dritt-Unternehmen die entsprechenden Informationen auf seine Mitbeteiligung bestreitet.

8.5.5.8 Mit ihrer Argumentation, die Vorinstanz habe die Gefahr von übermässigen Bezichtigungen in den Selbstanzeigen verkannt bzw. es bestünden klare Anhaltspunkte für falsche Beschuldigungen gegenüber Dritten (vgl. E. 8.5.1) bezweifeln die Beschwerdeführerinnen im Übrigen sinngemäss auch, dass die Vorinstanz die Kooperation der Selbstanzeiger zu Recht als ausreichend qualifiziert hat und die rechtlichen Voraussetzungen für einen gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf eine Sanktion bejahen durfte (vgl. Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG).

Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet im Sinne des in E. 2 Ausgeführten jedoch (primär) die Belastung der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 bzw. der Beschwerdeführerinnen 1 und 3 mit einer - gestützt auf Art. 49a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG ausgesprochenen - Sanktion unter solidarischer Haftbarkeit.

Die Höhe der den Selbstanzeigern auferlegten Sanktionen ist ebenso wenig Teil des Streitgegenstandes wie die Beurteilung des gänzlichen Verzichts auf eine Sanktion im Fall von G5._____. Ob die Vorinstanz die Voraussetzungen für die gewährte gänzliche Sanktionsbefreiung sowie für die entsprechenden teilweisen Verzichte auf eine Sanktion zu Recht bejaht hat, steht im vorliegenden Beschwerdeverfahren daher nicht zur gerichtlichen Beurteilung.

8.5.5.9 Für die nachfolgende konkrete Beurteilung der den Beschwerdeführerinnen angelasteten Einzelfälle sind im Hinblick auf die rechtsgleiche Rechtsanwendung bei vergleichbaren Konstellationen die folgenden grundlegenden Beweislagen voneinander abzugrenzen:

a) Isolierte Information nur eines einzigen Selbstanzeigers

Ist trotz den in der vorliegenden Untersuchung vorliegenden mehreren Selbstanzeigen nur eine isolierte (und bestrittene) Information eines einzigen Selbstanzeigers über die angebliche Mitbeteiligung einer Beschwerdeführerin an einer möglichen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG vorhanden und vermag auch kein einziges anderes Beweismittel im Sinne von Art. 12 VwVG die Darstellung dieses Selbstanzeigers zu untermauern, stehen sich die Aussage des Selbstanzeigers und die Aussage der Beschwerdeführerin gegenüber.

In dieser Situation dürfte letztlich häufig unklar bleiben, ob sich die fragliche Beschwerdeführerin tatsächlich am betreffenden Unterfangen mitbeteiligt hat. Dass ein Selbstanzeiger den Wettbewerbsbehörden im Rahmen der zugesicherten Kooperation nach bestem Wissen zutreffende Informationen liefern muss, vermag daran grundsätzlich nichts zu ändern. Es gilt aber auch die Glaubwürdigkeit und Überzeugungskraft einer isolierten und bestrittenen Auskunft eines einzigen Selbstanzeigers im Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu prüfen und frei zu bewerten. Allein massgebend ist die freie richterliche Beurteilung der im konkreten Einzelfall vorliegenden Situation unter Beachtung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung.

b) Information eines einzigen Selbstanzeigers sowie ein oder mehrere weitere aussagekräftige Beweismittel

Anders präsentiert sich die Beweislage zunächst, falls eine Beschwerdeführerin zwar nur von einem einzigen Selbstanzeiger der angeblichen Mitbeteiligung an einer Submissionsabsprache beschuldigt wird, diese (bestrittene) Anschuldigung aber zumindest durch ein weiteres aussagekräftiges Beweismittel im Sinne von Art. 12 VwVG untermauert wird. Als Beweismittel zur Untermauerung der Angaben eines Selbstanzeigers kommen insbesondere sämtliche verwertbaren Urkunden der kartellrechtlichen Untersuchung in Betracht (Art. 12 Bst. a VwVG). Dazu zählen neben den von den Wettbewerbsbehörden anlässlich der Hausdurchsuchungen beschlagnahmten oder auf andere Weise eingeforderten Urkunden auch die von den Selbstanzeigern im Rahmen ihrer Kooperation unaufgefordert eingereichten Beilagen.

Welche Bedeutung einem Aktenstück für den Nachweis der strittigen Mitbeteiligung der fraglichen Beschwerdeführerin zukommt, ist im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu beurteilen. Je nach der konkreten Aussagekraft eines zusätzlich zur isolierten Aussage eines einzelnen Selbstanzeigers vorliegenden Beweismittels können aber durchaus auch bei dieser Beweislage keine ernsthaften Zweifel mehr an der angezeigten Mitbeteiligung der fraglichen Beschwerdeführerin verbleiben.

c) Übereinstimmende und unabhängige Information von zumindest zwei Selbstanzeigern

Weiter liegt eine grundlegende Beweislage dann vor, wenn sich zeigt, dass eine Beschwerdeführerin nicht nur von einem einzelnen, sondern zumindest von zwei (oder weiteren) Selbstanzeigern übereinstimmend und unabhängig voneinander beschuldigt wird, sich an einer Submissionsabsprache in der Form der Schutznahme oder der Abgabe einer Stützofferte mitbeteiligt zu haben.

Um eine unabhängige Information handelt es sich dann, wenn ein Selbstanzeiger im Zeitpunkt, in welchem er die entsprechenden Angaben macht, keine Kenntnis über den Inhalt von allenfalls bereits vorliegenden Selbstanzeigen weiterer kooperierender Unternehmen hatte. Davon dürfte regelmässig auszugehen sein, da die Wettbewerbsbehörden der Vertraulichkeit von Selbstanzeigen zum Schutz dieses Instituts eine grosse Bedeutung zumessen und Akteneinsicht in Selbstanzeigen und die damit eingereichten Beilagen in der Regel erst im Zusammenhang mit dem Versand des Antrags des Sekretariats an die Untersuchungsadressaten zur Stellungnahme erfolgt (vgl. dazu Ziff. 47 ff. des Merkblatts des Sekretariats vom 8. September 2014 zur Bonusregelung, insbesondere Ziff. 49, publiziert im BBl 2015 3346 ff.). Anders kann es sich etwa verhalten, falls mehrere Gesellschaften, welche derselben Unternehmensgruppe angehören, je eine separate Selbstanzeige einreichen. In solchen separaten Selbstanzeigen eines grösseren Unternehmens gelieferte Informationen erfolgten jedoch auch nur dann nicht unabhängig, falls die einzelnen anzeigenden Gesellschaften die Inhalte ihrer Selbstanzeigen unternehmensintern aufeinander abgestimmt haben, worauf beispielsweise die Beauftragung einer gemeinsamen Rechtsvertretung hinweist.

d) Übereinstimmende und unabhängige Information von zumindest zwei Selbstanzeigern sowie ein oder mehrere weitere aussagekräftige Beweismittel

Schliesslich kann die Ausgangslage für die nachfolgende Beurteilung der Beweislage darin bestehen, dass die angebliche Mitbeteiligung einer Beschwerdeführerin an einer Submissionsabsprache zusätzlich zur übereinstimmenden und unabhängigen Beschuldigung durch zumindest zwei Selbstanzeiger auch noch durch ein oder mehrere weitere aussagekräftige Beweismittel im Sinne von Art. 12 VwVG untermauert wird.

8.5.6 Wie erwähnt bestreiten die Beschwerdeführerinnen spezifisch die Glaubwürdigkeit der sie betreffenden Informationen der Selbstanzeiger G15._____, G16._____ und G17._____, welche der Unternehmensgruppe Q._____ angehören (vgl. zur Einreichung der Selbstanzeigen im Sachverhalt unter A.d). Es stellt sich daher die Frage, ob sich die Auskünfte der Unternehmensgruppe Q._____ möglicherweise von vornherein als nicht glaubwürdig erweisen.

8.5.6.1 Die Beschwerdeführerinnen begründen ihren Standpunkt damit, dass das Verhältnis der Unternehmensgruppe Q._____ zur Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen sehr schlecht sei (vgl. Beschwerde, Rz. 8, 94; Replik, Rz. 64). Die Vorinstanz habe die fraglichen Bezichtigungen pauschal als glaubwürdig erachtet, obwohl die Beschwerdeführerinnen aufgezeigt hätten, dass diese Selbstanzeiger den Beschwerdeführerinnen gegenüber schlecht gesinnt seien und deren Bezichtigungen möglicherweise strategische Gründe haben könnten. Auch sei es höchst unwahrscheinlich, dass die Beschwerdeführerinnen ausgerechnet mit der ihr nicht gut gesinnten Unternehmensgruppe Q._____ eng kooperiert hätten. Insbesondere sei unerklärlich, weshalb die Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen gerade diese Gesellschaften nach der Verschlechterung der Beziehungen noch mit Stützofferten im (...) geschützt haben solle. Unglaubwürdig erscheine auch, dass sich die Selbstanzeiger G15._____, G16._____ und G17._____ trotz zwischenzeitlicher Teilnahme an vielen Submissionen angeblich detailliert an mehrere Jahre zurückliegende Ereignisse erinnern würden. Es frage sich, ob es nicht wahrscheinlicher sei, dass diese Selbstanzeiger im Nachhinein versucht hätten, aus den Listen des Baumeisterverbandes zu den einzelnen Ausschreibungen jeweils einen Fall zu konstruieren, um möglicherweise aus strategischen Gründen Konkurrenten zu belasten und die eigene Position durch die Selbstanzeigen zu verbessern.

Hintergrund des schlechten Verhältnisses zwischen den beiden Unternehmensgruppen bilde (...).

Der (...) habe bei der Unternehmensgruppe Q._____ zu stark negativen Reaktionen gegenüber der Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen geführt. Durch (...). Es sei auch (...). Zudem sei ein grosser Konkurrent in das Marktgebiet von G15._____ eingebrochen. Das Klima zwischen den beiden Unternehmensgruppen habe sich massiv verschlechtert. G15._____ habe ihren Standpunkt (...) sogar mit juristischen Schritten zum Ausdruck gebracht. Dies, indem G15._____ einen Rechtsanwalt damit beauftragt habe, juristisch gegen (...) vorzugehen. Auch deuteten die Äusserungen von V._____ in einer E-Mail an (...) darauf hin, dass für G15._____ durchaus eine Veranlassung für Retorsionsmassnahmen gegen die Beschwerdeführerinnen bestanden habe (vgl. [...]).

8.5.6.2 Die Vorinstanz sieht keinen Grund, an der Redlichkeit der Unternehmensgruppe Q._____ zu zweifeln, sondern hält deren Angaben trotz des von den Beschwerdeführerinnen beschriebenen schlechten Verhältnisses zwischen den beiden Unternehmensgruppen für glaubwürdig. Da die Beschwerdeführerinnen die Glaubwürdigkeit der Selbstanzeigen der Unternehmensgruppe Q._____ mit der im Wesentlichen gleichen Argumentation bereits im vorinstanzlichen Verfahren in Frage gestellt haben (vgl. [...]), äusserte sich die Vorinstanz zu den entsprechenden Vorbehalten bereits in der Verfügung (vgl. Verfügung, Rz. 96 ff.).

Unter anderem geht die Vorinstanz in der Verfügung davon aus, dass entgegen der Interpretation der Beschwerdeführerinnen keine systematische Beschuldigung der Beschwerdeführerinnen durch die fraglichen Selbstanzeigen zu erkennen sei. Insbesondere hätten G15._____ und G16._____ in ihren Selbstanzeigen neben den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 auch diverse andere Unternehmen beschuldigt. Nicht nachvollziehbar seien die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen, wonach der Schluss nahe liege, die Unternehmensgruppe Q._____ habe sich bei ihrer dritten Selbstanzeige (vgl. [...]) dazu entschieden, systematisch Ausschreibungen zu benennen, an welchen die Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen gemäss SBV-Liste beteiligt war (vgl. [...], identisch auch Beschwerde, Rz. 102). Auch habe die Unternehmensgruppe Q._____ weit mehr eigene Absprachebeteiligungen gemeldet, als ihr aufgrund der Birchmeier-Liste hätten nachgewiesen werden können. Weiter erscheine es entgegen den Beschwerdeführerinnen nicht als abwegig,

sich auch mit einem unliebsamen Konkurrenten abzusprechen, wenn der Nutzen stimme. Zudem gelte es zu beachten, dass jedes Bauobjekt seine Eigenheiten haben dürfte, welche durchaus eine spezifische Erinnerung über mehrere Jahre zuliessen. Dass sich (...) an die von ihnen angezeigten Fälle erinnern können, sei daher ebenfalls nicht abwegig. Schliesslich begründet die Vorinstanz ihre Einschätzung in der Verfügung auch damit, dass die Aussagen der befragten Vertreter der Unternehmensgruppe Q._____ an den Anhörungen vor der Vorinstanz "*überzeugend, in keiner Weise vorgespielt und auch nicht widersprüchlich*" gewirkt hätten."

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren hält die Vorinstanz an diesem Standpunkt sinngemäss fest (vgl. Vernehmlassung, Rz. 119 ff.). Insbesondere kann die Vorinstanz nicht erkennen, wie gestützt auf die von den Beschwerdeführerinnen herangezogenen Aussagen von V._____ während den Anhörungen bzw. in der E-Mail (...) ein genereller Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Aussage von V._____ entstehen soll. Zudem gebe V._____ das schlechte Verhältnis zur Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen ja auch explizit zu.

8.5.6.3 Es liegt auf der Hand, dass die Vorinstanz aufgrund des unstrittig angespannten Verhältnisses zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Unternehmensgruppe Q._____ gerade auch die Informationen dieses Selbstanzeigers besonders vorsichtig würdigen musste und nicht einfach unkritisch von deren Richtigkeit ausgehen durfte. Die aus (...) hervorgegangenen Spannungen mit der Unternehmensgruppe Q._____ können jedoch nicht dazu führen, dass den vorliegenden Auskünften der Unternehmensgruppe Q._____ von vornherein jede Glaubwürdigkeit abzusprechen wäre. Denn genauso kritisch wie die Auskünfte der Unternehmensgruppe Q._____ sind aufgrund der beschriebenen Interessenlagen (vgl. E. 8.5.5.5 f.) auch die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen zu hinterfragen, soweit diese der Unternehmensgruppe Q._____ vorhalten, die Beschwerdeführerinnen aufgrund des überschatteten Verhältnisses mit falschen Auskünften gegenüber den Wettbewerbsbehörden schädigen zu wollen.

Angesichts der teilweise lange zurückliegenden Ausschreibungen und der grossen Anzahl der Ausschreibungen, an welchen die Unternehmensgruppe Q._____ zwischenzeitlich teilgenommen haben dürfte, sind die von den Beschwerdeführerinnen mit Bezug auf das Erinnerungsvermögen geäusserten Zweifel zwar nicht von der Hand zu weisen. Grundsätzlich scheinen diese wie andere geäusserte Zweifel allerdings dort unbegründet, wo ausser der Unternehmensgruppe Q._____ auch ein oder mehrere andere Selbstanzeiger den Wettbewerbsbehörden glaubwürdig, übereinstimmend und unabhängig voneinander mitteilen, dass sich die fragliche Beschwerdeführerin in der vorgeworfenen Form am Konsens, den Zuschlag der fraglichen Ausschreibung zu steuern, ebenfalls mitbeteiligt hat. Solche übereinstimmenden Hinweise zum Namen und zur Art der Mitbeteiligung einer Beschwerdeführerin sind die wesentlichen Kerninformationen und können als solche durchaus auch ohne detailliertere Angaben etwa zur Art der Kontaktaufnahme oder dem Ablauf der Verhandlungen zentrale Elemente der Beweisführung darstellen.

Soweit die Beschwerdeführerinnen im Übrigen mit dem generellen eigennützigen Interesse der Unternehmensgruppe Q._____ argumentieren, die eigene Position durch die Selbstanzeige zu verbessern, gilt es zu beachten, dass das Interesse, sich gegenüber Konkurrenten eine wirtschaftlich vorteilhafte Position zu verschaffen, jeden konkurrierenden Marktteilnehmer auszeichnet. Aufgrund des blossen egoistischen Interesses, von einem Sanktionserlass oder einer möglichst hohen Reduktion der Sanktion zu profitieren, kann der Unternehmensgruppe Q._____ daher nicht unterstellt werden, sie habe die zugesicherte Kooperationsbereitschaft durch die Meldung konstruierter Fälle zu Lasten der Beschwerdeführerinnen missbraucht (vgl. ähnlich bereits E. 8.5.5.7).

8.5.6.4 Bei einer vorsichtigen Würdigung der gelieferten Informationen verlieren die angeblichen Falschbeschuldigungen der Unternehmensgruppe Q._____ letztlich ohnehin ihre theoretisch denkbare Bedeutung für eine mögliche Fehleinschätzung der die Beschwerdeführerinnen betreffenden Sachverhalte. So stehen sich die Aussage der Unternehmensgruppe Q._____ und die gegenteilige Darstellung der Beschwerdeführerinnen gegenüber, falls die Vorinstanz das fragliche Beweisergebnis einzig auf die isolierte Information der Unternehmensgruppe Q._____ zu stützen vermag. Eine verlässliche Einschätzung des Wahrheitsgehalts der einen oder anderen Seite dürfte in dieser Situation kaum möglich sein. Die Beurteilung hat jedoch im konkreten Einzelfall anhand der konkreten Umstände und unter Beachtung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung zu erfolgen.

Werden die Auskünfte der Unternehmensgruppe Q._____ durch ein oder mehrere weitere aussagekräftige Beweismittel bzw. durch übereinstimmende und unabhängige Informationen von anderen Selbstanzeigern untermauert, sind die entsprechenden Auskünfte der Unternehmensgruppe Q._____ ohne Weiteres trotz des angespannten Verhältnisses mit den Beschwerdeführerinnen dazu geeignet, als zusätzliche Erkenntnisquelle in Verbindung mit den weiteren vorliegenden Auskünften bzw. Beweismitteln gegebenenfalls den rechtsgenüglichen Überzeugungsbeweis für die einer Beschwerdeführerin vorgeworfene Mitbeteiligung zu erbringen. Wiederum bleibt dabei stets die individuelle und freie richterliche Beurteilung der konkret vorliegenden Beweismittel im jeweiligen Einzelfall allein massgebend.

Einschränkend gilt es bei der Würdigung der Auskünfte der Unternehmensgruppe Q._____ zu beachten, dass es sich bei G15._____, G16._____ und G17._____ um konzernmässig verbundene Gesellschaften der Unternehmensgruppe Q._____ handelt, welche sich im vorinstanzlichen Verfahren auch gemeinsam von denselben Rechtsanwälten vertreten liessen (vgl. [...]). Da G15._____, G16._____ und G17._____ ihre Angaben gegenüber den Wettbewerbsbehörden somit über ihre Rechtsvertreter miteinander koordiniert haben, erscheinen deren Hinweise nicht als voneinander unabhängig. Allfällige überein-

stimmende Beschuldigungen der Beschwerdeführerinnen durch die Gruppengesellschaften G15._____, G16._____ und/oder G17._____ können daher nur als unabhängige Information eines einzelnen Selbstanzeigers und nicht als unabhängige Informationen von zwei oder gar drei Selbstanzeigern im Sinne der in E. 8.5.5.9 beschriebenen Beweislage c) gewertet werden.

8.6 Beweiswert der Birchmeier-Liste

Schliesslich fragt sich, welcher Beweiswert der Birchmeier-Liste (vgl. [...]) beim Nachweis der den Beschwerdeführerinnen vorgeworfenen Abredebeteiligungen zukommt. Bei der Birchmeier-Liste handelt es sich um ein neunseitiges, von der Selbstanzeigerin Birchmeier stammendes Dokument in Form einer handschriftlich ausgefüllten Tabelle. Diese enthält Angaben zu 186 Submissionsprojekten, wobei die fünf Spalten der Tabelle die folgenden Überschriften tragen: "*Bauherr*", "*Bauobjekt*", "*Summe*", "*Mitbewerber*" und "*Datum*".

8.6.1 Die Vorinstanz gelangte in der Verfügung unter Berücksichtigung der mündlichen Äusserungen von D._____ an der Anhörung vom 24. Oktober 2011 zum Schluss, dass dieser in der Birchmeier-Liste jeweils diejenigen Projekte eintrug, in welchen Birchmeier zu Gunsten eines Mitbewerbers eine Stützofferte eingereicht hat. Der Zweck der Birchmeier-Liste bestand laut der Vorinstanz gestützt auf die Ausführungen von D._____ darin, die Übersicht über die von Birchmeier gewährten Stützofferten zu behalten. Die Vorinstanz bezeichnet die Birchmeier-Liste daher auch als Liste, mit welcher Birchmeier "*über die von ihr geschützten Projekte Buch geführt hatte*" (vgl. Verfügung, Rz. 942).

Jede Zeile der Liste entspreche einem Projekt, wobei in der Spalte "*Summe*" jeweils die Offertsumme von Birchmeier und in der Spalte "*Mitbewerber*" der geschützte Mitbewerber aufgeführt sei (vgl. Verfügung, Rz. 71). Die eingetragenen Offertsummen würden in der Regel nicht exakt den Zahlen der nachfolgend eingereichten Offerten von Birchmeier entsprechen, weil die entsprechenden Listeneinträge "*auf den überschlagsmässigen Abmachungen der Abredeteilnehmer*" basierten (vgl. Verfügung, Rz. 73). Auch sei die Birchmeier-Liste nicht darauf ausgelegt gewesen, die Zuschlagserteilung eines Projekts zu erfassen bzw. den Erfolg einer Absprache festzuhalten. So habe D._____ während der Anhörung mehrmals erwähnt, dass er jeweils nicht überprüft habe, ob der Schutz bis zum Schluss geklappt habe (mit Verweis auf [...]). Bei nicht erfolgreichen Absprachen sei die Liste nicht nachträglich korrigiert worden. Daher könne in den Fällen, in welchen das in der Spalte "*Mitbewerber*" eingetragene Baugeschäft den Auftrag schliesslich nicht erhalten habe (d.h. die Stützofferte nicht erfolgreich war), nicht von einem Fehler der Birchmeier-Liste gesprochen werden (vgl. Verfügung, Rz. 84 f.).

Die Birchmeier-Liste beweise das Vorliegen einer Abrede, sofern keine abweichenden stichhaltigen Sachverhaltselemente vorlägen (vgl. Verfügung, Rz. 87). Als glaubwürdiges Beweismittel gebe die Liste einerseits Aufschluss darüber, dass Birchmeier bei den eingetragenen Projekten zugunsten des jeweils eingetragenen Unternehmens eine Stützofferte eingereicht hat (vgl. Verfügung, Rz. 87). Andererseits zeige die Birchmeier-Liste aber auch, "*dass ein Unternehmen in einem bestimmten Projekt von Birchmeier geschützt wurde*" (vgl. Vernehmlassung, Rz. 117). Einschränkend weist die Vorinstanz gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht darauf hin, dass die Birchmeier-Liste - mit Ausnahme der Stützofferten von Birchmeier selbst - nicht als hinreichender Beweis für die Einreichung von Stützofferten (durch andere Mitbewerber) dienen könne. Dies, weil die Birchmeier-Liste als einzigen Unternehmensnamen denjenigen des geschützten Mitbewerbers enthalte (vgl. Vernehmlassung, Rz. 117).

Die Vorinstanz wertet die Birchmeier-Liste als ein "*wichtiges und besonders verlässliches Beweismittel*", welchem "*volle Beweiskraft*" zukomme (vgl. Verfügung, Rz. 72, Rz. 107 und [ähnlich] Rz. 942). Bei der Birchmeier-Liste handle es sich um ein objektives Beweismittel, welches als solches besser als "*subjektive Personalbeweise*" vor Verfälschungen geschützt und entsprechend grundsätzlich als eher verlässlich einzustufen sei. Dies auch, weil die Birchmeier-Liste nicht erst nach der Untersuchungseröffnung erstellt worden, sondern bereits während der Absprachetätigkeit entstanden sei (vgl. Verfügung, Rz. 72; Vernehmlassung, Rz. 90). D._____ habe den Eintrag in die Liste gemäss eigenen Aussagen nämlich immer unmittelbar nach einer Absprachesitzung, d.h. in den folgenden 24 bis 48 Stunden, und in der Regel vor der Zuschlagserteilung vorgenommen (vgl. Verfügung, Rz. 72, m.H. auf [...]). Da die Birchmeier-Liste bereits während der Dauer der Absprachetätigkeit entstanden sei, vermöge sie die auf Erinnerungen basierenden Aussagen massgeblich zu stützen (vgl. Verfügung, Rz. 942).

Dass D._____ möglicherweise gewisse Stützofferten nicht in die Liste eingetragen habe, sage nichts über die eingetragenen Projekte aus (vgl. Verfügung, Rz. 86). Eine Veranlassung zur Annahme, dass D._____ auch nicht abgesprochene Projekte in der Liste eingetragen haben könnte, sieht die Vorinstanz nicht. Sie bewertet die Antwort (von) D._____ auf die entsprechende Frage, wie auch dessen Auftritt und Aussagen an der Anhörung vom 24. Oktober 2011, vielmehr als glaubwürdig (vgl. Verfügung, Rz. 86 und Rz. 92). Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zum Beweiswert der Birchmeier-Liste weist die Vorinstanz zurück.

8.6.2 Die Beschwerdeführerinnen machen hinsichtlich des Beweiswerts der Birchmeier-Liste geltend, dass diese Fehler enthalten und kein Indiz für Stützofferten (der Beschwerdeführerinnen) sein könne. Dies, da die Birchmeier-Liste nur gerade das Unternehmen nenne, welches angeblich in den Genuss einer Schutznahme gekommen sein solle.

Wer sich an der konkreten Absprache durch die Einreichung einer Stützofferte beteiligt habe, sei der Birchmeier-Liste nicht zu entnehmen. Wie die Vorinstanz richtig festhalte, vermöge die Birchmeier-Liste nur Schutznahmen zu beweisen. Der Grossteil der den Beschwerdeführerinnen zur Last gelegten Abreden betreffe aber Stützofferten. Bei diesen Stützofferten vermöge die Birchmeier-Liste die angeblichen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerinnen gerade nicht zu beweisen (vgl. Beschwerde, Rz. 94, S. 31; Replik, Rz. 49, 62).

8.6.3 Aus dem anlässlich der Hausdurchsuchung bei Birchmeier verfassten Durchsuchungs- und Beschlagnahmungsprotokoll (vgl. [...]) geht hervor, dass D._____die Birchmeier-Liste dem Durchsuchungsteam während der laufenden Hausdurchsuchung vom 9. Juni 2009 übergeben hat, dies unmittelbar vor Beginn der Durchsuchung seines Büros. Die Birchmeier-Liste war Bestandteil eines roten Ordners (vgl. [...]), der sich im Büro von D._____ befunden hatte.

Da die Birchmeier-Liste im Zeitpunkt ihrer Aushändigung anlässlich der Hausdurchsuchung bereits bestanden hat, kann ausgeschlossen werden, dass sie erst für die Kooperation Birchmeiers mit den Wettbewerbsbehörden erstellt wurde. Darüber hinaus legen die vorliegenden Umstände aber auch nahe, dass die Einträge in die Birchmeier-Liste grundsätzlich fortlaufend während den fraglichen Ausschreibungen gemacht worden sind. Anhaltspunkte, welche diese vorinstanzliche Darstellung nachvollziehbar in Frage stellen würden, sind nicht ersichtlich. Die Führung der Birchmeier-Liste in zeitlicher Nähe zum Geschehen spricht fraglos gegen Fehler bzw. Falschangaben aufgrund von Erinnerungslücken des Verfassers.

8.6.4

8.6.4.1 Bei der Beurteilung des Beweiswerts der Birchmeier-Liste gilt es andererseits aber zu beachten, dass die Birchmeier-Liste als für sich stehendes Dokument nicht selbsterklärend ist. Denn was die Spaltenbezeichnungen und Einträge in der nicht weiter gekennzeichneten Birchmeier-Liste bedeuten und aus welcher Motivation die Birchmeier-Liste geführt wurde, lässt sich dieser Urkunde selber nicht eindeutig entnehmen.

So könnte die Birchmeier-Liste für sich allein betrachtet statt als Liste, mit welcher D._____Buch über mit Stützofferten geschützte Projekte führte, durchaus auch als blosse Marktbeobachtungsliste ohne Absprachehintergrund interpretiert werden (vgl. in diesem Sinne die Einwände verschiedener Untersuchungsadressaten; erwähnt in Verfügung, Rz. 80 sowie auch in Rz. 214 der Verfügung der Vorinstanz vom 22. April 2013 in der parallel geführten Untersuchung betreffend allfällige Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich).

In einer solchen Marktbeobachtungsliste könnte D._____grundsätzlich zu reinen Marktbeobachtungszwecken eingetragen haben, welche Mitbewerber bei Ausschreibungen jeweils den Zuschlag erhielten und zu welchem Preis. Eine Aussage über die tatsächliche Bedeutung der Birchmeier-Liste setzt daher eine korrekte Interpretation dieses Dokuments voraus.

8.6.4.2 Die Vorinstanz begründet ihr Verständnis der Birchmeier-Liste als Liste, mit welcher die Selbstanzeigerin Birchmeier "*über die von ihr geschützten Projekte Buch geführt hatte*", um die Übersicht über die gewährten Stützofferten zu behalten, im Wesentlichen mit den klärenden Auskünften Birchmeiers an der Anhörung zum Zweck und Entstehungszeitpunkt der Birchmeier-Liste (vgl. Verfügung, Rz. 80; [...]).

8.6.4.3 Diese Schlussfolgerung ist angesichts der vorliegenden Erklärungen des Verfassers der Birchmeier-Liste anlässlich der Anhörung im Ergebnis überzeugend. Dies auch, da Birchmeier den Inhalt und Zweck der Birchmeier-Liste bereits in einem früheren Untersuchungsstadium - im Rahmen der Beantwortung des Fragebogens des Sekretariats - verdeutlicht hat.

So hatte Birchmeier den Wettbewerbsbehörden am 9. November 2010 zusammen mit dem ausgefüllten Fragebogen eine elektronisch aufbereitete Tabelle eingereicht (vgl. [...]; Verfügung, Rz. 71). Diese nachgereichte Tabelle trägt ergänzend zur Birchmeier-Liste eine Überschrift, nämlich den Titel "*Schutzerteilung von Birchmeier an Mitbewerber*". Damit übereinstimmend bestätigte Birchmeier im Rahmen der Beantwortung des Fragebogens ausdrücklich, dass in der Birchmeier-Liste "*beinahe alle Objekte enthalten*" seien, für die Birchmeier, "*ihren Mitbewerbern einen Schutz zugestanden hat*" (vgl. [...]).

Die nachgereichte Tabelle enthält ähnlich wie die Birchmeier-Liste Einträge zu insgesamt 177 Submissionsprojekten, dies in den Spalten "*Bauherr*", "*Bauobjekt*", "*Summe CHF*", "*Zuschlag an*" und "*Eingabe Datum*". Laut Birchmeier handelt es sich bei ihr um eine "*Abschrift der handschriftlichen Liste*". Es seien "*lediglich geringfügige Ergänzungen und Präzisierungen eingefügt und die Liste nach Datum sortiert sowie ein paar wenige weitere Objekte aufgeführt worden*" (vgl. [...]).

Zusätzlich liess Birchmeier den Wettbewerbsbehörden mit dem ausgefüllten Fragebogen eine weitere Tabelle zukommen, welche mit dem Titel "*Zuschlag an Birchmeier*" überschrieben ist. Entsprechend dieser Überschrift und gemäss der Erläuterung in der Eingabe Birchmeiers vom 9. November 2010 enthält diese Tabelle die Submissionsprojekte, für die Birchmeier laut eigener Darstellung selber "*einen Schutz erhielt*" (vgl. [...]; Verfügung, Rz. 74, 1153). Birchmeier begründete die Nachreichung dieser weiteren Tabelle im Wesentlichen damit, dass die bereits vorliegende Birchmeier-Liste "*vorwiegend*" Objekte enthalte, für welche Birchmeier ihren Mitbewerbern einen Schutz zugestanden habe. Hingegen seien die Objekte, für die Birchmeier einen Schutz erhalten habe, auf der Birchmeier-Liste "*nur lückenhaft*" aufgeführt (vgl. [...]).

Im Übrigen scheidet eine Interpretation der Birchmeier-Liste als reine Marktbeobachtungsliste vernünftigerweise aber auch deshalb aus, weil Birchmeier gemäss den vorliegenden Erklärungen zur Birchmeier-Liste in sämtlichen darin aufgelisteten Submissionsprojekten die eigene Mitbeteiligung an einer Zuschlagsmanipulation durch die Einreichung einer Stützofferte einräumt. Dass Birchmeier all dies ohne realen Hintergrund eingestehen würde, ist nicht einzusehen. Namentlich kann im erhofften Sanktionserlass keine Motivation für unzutreffende Selbstbelastungen erblickt werden. Solche wären aber vor allem auch mit dem Vorwurf verbunden, Birchmeier würde sämtliche in der Birchmeier-Liste genannten Mitbewerber zu Unrecht beschuldigen, als Schutznehmer an der fraglichen Zuschlagsmanipulation mitbeteiligt gewesen zu sein. Eine derartige Falschbeschuldigung erscheint konstruiert und kann der Selbstanzeigerin Birchmeier nicht unterstellt werden.

8.6.4.4 Der Vorinstanz ist demnach zuzustimmen, dass der Zweck der Birchmeier-Liste aus Sicht Birchmeiers darin bestanden haben muss, die Übersicht über die von

Birchmeier gewährten Stützofferten zu behalten, wobei in der Spalte "*Mitbewerber*" der Birchmeier-Liste entsprechend grundsätzlich die von Birchmeier durch eine Stützofferte geschützten Mitbewerber eingetragen wurden.

Präzisierend ist darauf hinzuweisen, dass in der Spalte "*Mitbewerber*" der Birchmeier-Liste mehrfach auch der Name Birchmeier aufgeführt ist. Weil Birchmeier für sich selber keine Stützofferten eingereicht haben kann, dürfte es sich bei diesen Fällen im Sinne der erwähnten Erläuterungen Birchmeiers um eigene Schutznahmen Birchmeiers handeln. Wie Birchmeier selber andeutet, diente die Birchmeier-Liste somit über die beschriebene Schlussfolgerung der Vorinstanz hinaus teilweise auch der Erfassung von Submissionsprojekten, in welchen Birchmeier für sich selbst Schutznahmen organisierte (vgl. ähnlich immerhin auch Verfügung, Rz. 74).

8.6.5 Soweit die Birchmeier-Liste andere Submissionsteilnehmer als Birchmeier selber namentlich auflistet, handelt es sich somit um einen unverkennbaren Hinweis darauf, dass Birchmeier diesem Mitbewerber zugesagt hat, ihn beim fraglichen Projekt durch eine Stützofferte zu schützen. Die Birchmeier-Liste enthält damit nicht nur das Eingeständnis der eigenen Mitbeteiligung Birchmeiers durch Einreichung einer Stützofferte, sondern belastet auch die in der Liste genannten Mitbewerber, beim fraglichen Submissionsprojekt Schutz genommen zu haben.

Dagegen lässt sich der Birchmeier-Liste keine direkte Aussage dahingehend entnehmen, dass in einem Submissionsprojekt neben Birchmeier weitere Mitbewerber Stützofferten abgegeben haben, und von wem allfällige weitere Stützofferten stammen.

Die Birchmeier-Liste erweist sich insofern einzig in den Fällen als aussagekräftiges Beweismittel, in welchen es um die vorgeworfene Mitbeteiligung eines in der Birchmeier-Liste namentlich erwähnten Mitbewerbers durch Schutznahmen geht. Hingegen eignet sich die Birchmeier-Liste grundsätzlich nicht zur Untermauerung der vorinstanzlichen Vorwürfe, die Beschwerdeführerinnen hätten sich durch die Abgabe von Stützofferten an Submissionsprojekten beteiligt. Dies scheint auch die Vorinstanz einzuräumen (vgl. E. 8.6.1).

8.6.6

8.6.6.1 Die Vorinstanz schreibt der Birchmeier-Liste eine hohe Genauigkeit und Verlässlichkeit zu und geht von deren "vollen Beweiskraft" aus (vgl. Verfügung, Rz. 107, 942). Unabhängig davon, was die Vorinstanz unter "*voller Beweiskraft*" genau versteht, ist festzuhalten, dass es sich bei der Birchmeier-Liste in den Fällen vorgeworfener Schutznahmen nach dem Ausgeführten um ein durchaus aussagekräftiges Beweismittel handelt. Dies bedeutet aber nicht, dass die Angaben der Birchmeier-Liste in Verbindung mit den entsprechenden Parteiauskünften Birchmeiers ohne Weiteres als so verlässlich und genau bezeichnet werden dürfen, dass der Überzeugungsbeweis für die Schutznahme eines auf der Liste genannten Mitbewerbers allein gestützt auf diese Informationen in jedem Fall rechtsgenüglich erbracht werden könnte.

Zwar scheint es grundsätzlich denkbar, dass einer Urkunde wie der Birchmeier-Liste in Verbindung mit überzeugenden Erläuterungen des betreffenden Selbstanzeigers ein so hoher Beweiswert zugemessen werden kann, dass das für den Nachweis eines rechtserheblichen Sachumstands erforderliche Beweismass allein gestützt auf diese Angaben erreicht wird. Misst die Vorinstanz einer Urkunde wie der Birchmeier-Liste aber eine so hohe Bedeutung bzw. Aussagekraft zu, hat sie dies im Rahmen ihrer Beweiswürdigung überzeugend aufzuzeigen (vgl. in diesem Sinne auch die Ausführungen in E. 8.5.5.9 zur grundlegenden Beweislage b).

8.6.6.2 Vorliegend hätte dies vorausgesetzt, dass sich die Vorinstanz zur Begründung der von ihr behaupteten hohen Verlässlichkeit und Genauigkeit der Birchmeier-Liste nicht auf die blosse Würdigung der Erläuterungen Birchmeiers zum Zweck und Entstehungszeitpunkt der Birchmeier-Liste beschränkt. Stattdessen wäre zu erwarten gewesen, dass die Vorinstanz die behauptete hohe Verlässlichkeit der Birchmeier-Liste zusätzlich anhand einer nachvollziehbaren Auswertung der weiteren Daten, welche zu den Submissionsprojekten der Birchmeier-Liste vorliegen, aufzeigt und stichhaltig mit entsprechenden Aktenverweisen dokumentiert. Aufschlussreich für die Nachvollziehbarkeit der Einschätzung der Birchmeier-Liste als besonders verlässliches Beweismittel durch die Vorinstanz wäre namentlich ein übersichtlicher Vergleich sämtlicher in der Spalte "*Summe*" eingetragener Beträge mit den Offertsummen Birchmeiers und den Zuschlagsbeträgen gemäss den Offertöffnungsprotokollen gewesen.

Eine nachvollziehbare Auswertung der objektiven Datenlage mit Bezug auf die 186 in der Birchmeier-Liste genannten Submissionsprojekte fehlt vorliegend jedoch. Stattdessen beschränkt sich die Auseinandersetzung der Vorinstanz mit möglichen Fehlern der Birchmeier-Liste im Wesentlichen auf eine pauschale Argumentation. So werde dem Einwand nicht gefolgt, dass Birchmeier aus Versehen Projekte eingetragen habe, die mit der Absprachetätigkeit nichts zu tun hatten (vgl. Verfügung, Rz. 82). Auch geht die Vorinstanz davon aus, dass sich mögliche Verschreibungsfehler Birchmeiers "*aufgrund der Einträge in den übrigen Spalten bzw. allfälliger weiterer Dokumente wie Offertöffnungsprotokollen klar als Fehler identifizieren lassen*" würden (vgl. Verfügung, Rz. 82).

Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz die von ihr in Anspruch genommene hohe Verlässlichkeit der Birchmeier-Liste nur ungenügend aufgezeigt. Mögliche Fehler der Birchmeier-Liste können somit vernünftigerweise nicht ausgeschlossen werden.

8.6.6.3 Dies zeigt sich im Übrigen auch in der eigenen Fallauswahl der Vorinstanz, hat diese die weit überwiegende Anzahl der in der Birchmeier-Liste aufgeführten Schutznahmen doch anerkanntermassen nicht aufgegriffen bzw. sanktioniert (vgl. in diesem Sinne Rz. 100 der Verfügung der Vorinstanz vom 22. April 2013 in der parallel geführten Untersuchung betreffend allfällige Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich). Auch der Beschwerdeführerin 2 und der Beschwerdeführerin 3 wirft die Vorinstanz entgegen ihrer eigenen angeblich hohen Einschätzung der Verlässlich-

keit der Birchmeier-Liste die Fälle, in welchen die Birchmeier-Liste diese Beschwerdeführerinnen als Schutznehmer nennt, nur unvollständig vor.

Nach welchen Kriterien die Vorinstanz die den Verfügungsadressaten vorgeworfenen Schutznahmen aus der Birchmeier-Liste ausgewählt hat, ist nicht nachvollziehbar. Dass sie diverse aus ihrer Sicht grundsätzlich erstellte Kartellrechtsverstösse "*aus verfahrensökonomischen Gründen*" nicht weiterverfolgt habe, vermag nur sehr beschränkt zu überzeugen (vgl. Verfügung, Rz. 66, 87). Diese widersprüchliche Vorgehensweise lässt zwar nicht darauf schliessen, dass die Vorinstanz die Angaben der Birchmeier-Liste in den "*nicht näher betrachteten Fällen*" für unzutreffend gehalten hat. Doch macht das Vorgehen der Vorinstanz deutlich, dass auch sie den Angaben in der Birchmeier-Liste und den entsprechenden Parteiauskünften Birchmeiers nicht durchwegs einen Beweiswert zuschreibt, der für sich allein für den rechtsgenüglichen Nachweis einer Schutznahme genügen würde.

8.6.7 Insgesamt verbleiben unter diesen Umständen gewisse Vorbehalte, den Angaben der Birchmeier-Liste und den entsprechenden Parteiauskünften Birchmeiers bei der Beurteilung der den Beschwerdeführerinnen vorgeworfenen (und in der Birchmeier-Liste aufgeführten) Schutznahmen für sich allein ein allzu hohes Gewicht beizumessen. Aufgrund der geltenden Unschuldsvermutung ist es daher angezeigt davon auszugehen, dass der rechtsgenügliche Überzeugungsbeweis für die Schutznahme einer in der Birchmeier-Liste genannten Beschwerdeführerin zusätzlich zu dieser Nennung und der entsprechenden Parteiauskunft Birchmeiers zumindest ein weiteres einschlägiges Beweismittel erfordert. Dies etwa in Form einer übereinstimmenden und unabhängigen Information eines anderen Selbstanzeigers. Massgeblich bleibt jedoch die nachfolgende Beurteilung im Einzelfall.

8.7 Beweislage der Einzelfälle

8.7.1 Beweisthema

8.7.1.1 Gemäss dem Beweisergebnis der angefochtenen Verfügung (vgl. E. 8.1) wirft die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 wie ausgeführt vor, sich an den Ausschreibungen, welche in den vorstehenden Tabellen 1 und 2 (vgl. E. 8.1.9) aufgelistet sind, durch eine Schutznahme, die Einreichung einer Stützofferte oder im Rahmen eines Informationsaustauschs beteiligt zu haben. Die nachfolgende Beurteilung der Beweislage beschränkt sich auf die in diesen Tabellen aufgeführten Fallnummern.

8.7.1.2 Bei jedem vorgeworfenen Einzelfall stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz gestützt auf die vorliegenden Beweismittel unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen insgesamt rechtsgenüglich - d.h. mit dem Beweismass des Überzeugungsbeweises (vgl. E. 8.4.4.5, E. 8.5.4.4) - nachzuweisen vermag, dass sich die betroffene Beschwerdeführerin an der jeweiligen Ausschreibung auf die ihr vorgeworfene Weise beteiligt hat (d.h. dass sie vereinbarungsgemäss Schutz genommen, für einen anderen Ausschreibungsteilnehmer eine Stützofferte abgegeben oder an einem Informationsaustausch mitgewirkt hat).

8.7.1.3 Nicht Gegenstand der nachfolgenden Beurteilung der Beweislage ist die rechtliche Würdigung, ob im Fall von rechtsgenüglich erstellten Beteiligungsvorwürfen auch Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bzw. horizontale Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG vorliegen (vgl. dazu E. 9 und E. 10.2). Ebenso wenig wird an dieser Stelle beurteilt, ob sich entsprechende Wettbewerbsabreden im Ergebnis als unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erweisen (vgl. dazu E. 10.3 ff.). Somit geht es nachfolgend insbesondere nicht um die Beurteilung der vorinstanzlichen Analyse der Wettbewerbsverhältnisse bzw. die Frage, wie sich allfällige Wettbewerbsabreden tatsächlich auf den Wettbewerb im relevanten Markt ausgewirkt haben.

8.7.2 Umfang der gerügten fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung

Die Beschwerdeführerinnen weisen sämtliche der Beschwerdeführerin 2 und der Beschwerdeführerin 3 in der Verfügung vorgeworfenen Beteiligungen an einer Manipulation des Vergabeverfahrens als nicht rechtsgenüglich erwiesen zurück. Mit der zulässigerweise gerügten (vgl. Art. 49 Bst. b VwVG) fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung gilt es sich im Folgenden "*Punkt für Punkt*" auseinanderzusetzen (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.5).

8.7.3 Erfolgreiche Schutznahmen der Beschwerdeführerin 2 zwischen 8. Juni 2006 und 7. Juni 2009

8.7.3.1 Fall 15: (...)

a) Basisangaben zur Ausschreibung

(...) schrieb mit Eingabefrist vom (...) die (...) aus. Den Zuschlag erhielt nach unbestrittenen Angaben der Vorinstanz die Beschwerdeführerin 2 (vgl. Beschwerde, Rz. 167). Diese reichte laut den vorliegenden Angaben die preisgünstigste Offerte ein. Weitere Offerenten waren G1._____, G2._____ und G3._____ (vgl. Verfügung, Rz. 236).

b) Vorliegende Beweismittel

Gemäss der Selbstanzeige der Unternehmensgruppe Q._____ hat E._____ von der Beschwerdeführerin 2 bei G1._____ (G._____) telefonisch angefragt, ob G1._____ bei den Arbeiten zurückstehen würde, da (...). Die Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen sei (...) (vgl. [...]).

Anlässlich der Anhörung vom 31. Oktober 2011 bestätigte G._____, (...), auf Nachfrage des Präsidenten der Vorinstanz, dass G1._____ im Fall 15 im Nachgang zu einem Telefongespräch mit der Beschwerdeführerin 2 höher als diese offeriert habe (vgl. [...]).

c) Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz ist der Auffassung, es sei bewiesen, dass es im Fall 15 zu einer Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin 2 (Schutznahme) und G1._____ (Stützofferte) gekommen sei. G1._____ habe glaubwürdig dargelegt, dass die Beschwerdeführerin 2 im Fall 15 einen Schutz organisiert habe. Die Aussagen von G._____ anlässlich der Anhörung vom 31. Oktober 2011 seien glaubwürdig. Es lägen keine Anzeichen dafür vor, dass G._____ seine Anschuldigung frei erfunden habe. Hingegen herrschten Zweifel an der Ernsthaftigkeit der internen Abklärungen bei den Beschwerdefüh-

rerinnen, zumal diese auch mit keinerlei Unterlagen dokumentiert würden.

G._____ habe den Anruf von E._____ und die hinter der Abrede stehende (...) Motivation beschrieben. Entgegen der Einschätzung der Beschwerdeführerinnen könne diese Motivation sehr wohl ein nachvollziehbarer Antrieb für eine Abrede darstellen. Zudem ergebe sich aus (...) (vgl. [...]), dass sich auch (...) mit ca. Fr (...).- und (...) mit über Fr. (...) beteiligt hätten. Die Beschwerdeführerinnen hätten daher kein Interesse (...).

d) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten, im Fall 15 Schutz genommen zu haben. Basis der Anschuldigung bilde einzig und allein die Aussage eines Selbstanzeigers, was als Beweis nicht genüge. Die von G1._____ gegen die Beschwerdeführerin 2 in der Selbstanzeige erhobene Anschuldigung wie auch die Bestätigung durch G._____ an der Anhörung seien unglaubwürdig.

Angesichts des bereits zum hier interessierenden Zeitpunkt gespannten Verhältnisses zwischen den Beschwerdeführerinnen und (...) sei es wenig wahrscheinlich, dass G1._____ bereit gewesen wäre, eine Stützofferte zugunsten der Beschwerdeführerin 2 einzureichen. Denn das Zurückstehen bei einem Projekt und das Hoffen, später bei einem anderen Projekt selber einen Schutz zu erhalten, setzten ein gewisses Vertrauen zwischen den Unternehmen voraus. Zwischen zwei verfeindeten Unternehmen fehle dieses Grundvertrauen, später selber berücksichtigt zu werden, aber regelmässig. Zudem habe E._____ eine Beteiligung an einer Abrede anlässlich einer internen Befragung bestritten. Indem die Vorinstanz den angeblich an der Abrede beteiligten E._____ nicht befragt habe, habe sie den Untersuchungsgrundsatz verletzt. Ohne Befragung von E._____ sei es für die Vorinstanz letztlich aber unmöglich, die Glaubwürdigkeit von dessen Aussagen zu beurteilen.

Im Übrigen sei nicht einzusehen, weshalb die Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen überhaupt ein Interesse (...). (...). Da (...), habe die Beschwerdeführerin 2 selbst ein Interesse (...). Abgesehen davon handle es sich bei näherem Hinsehen nicht um einen kartellrechtlich relevanten Fall, sondern um einen konzerninternen Vorgang innerhalb der Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen.

e) Würdigung des Gerichts

Als Beweismittel für eine Schutznahme seitens der Beschwerdeführerin 2 im Fall 15 liegt einzig die Auskunft der (...) Selbstanzeigerin G1._____ vor. Dass (...) die schriftliche Information der Selbstanzeige anlässlich der Anhörung vom 31. Oktober 2011 mündlich bestätigt hat, ändert nichts am Umstand, dass sich die Beweiswürdigung der Vorinstanz nur auf die isolierte und von den Beschwerdeführerinnen bestrittene Information eines einzigen Selbstanzeigers stützt (vgl. grundlegende Beweislage a unter E. 8.5.5.9).

Auch die wirtschaftlichen Besonderheiten - die sich aus dem Umstand ergeben, dass (...) - vermögen die angebliche Schutznahme der Beschwerdeführerin 2 im Fall 15 nicht stichhaltig zu klären. Zwar darf angenommen werden, dass (...). Es liegt insbesondere nahe, dass (...). Dennoch erscheint es erheblich unsicher, ob die Beschwerdeführerin 2 für sich im Fall 15 tatsächlich einen Schutz organisiert hat. So geht denn insbesondere auch die Vorinstanz selbst davon aus, dass sie ein Zurückstehen auch der beiden anderen Submissionsteilnehmer (d.h. G2._____ und G3._____) zu Gunsten der Beschwerdeführerin 2 nicht aufzeigen konnte (vgl. in diesem Sinne das Prüfungsergebnis gemäss Verfügung, Rz. 241 sowie auch Tabelle 7 in Verfügung, Rz. 1123, wonach die Vorinstanz weder G2._____ noch G3._____ vorwirft, zugunsten der Beschwerdeführerin 2 eine Stützofferte abgegeben zu haben). Hinsichtlich des verbleibenden Vorwurfs, die Beschwerdeführerin 2 habe für sich einen Schutz zumindest durch eine überhöhte Offerte von G1._____ organisiert, stehen sich die Aussage der Beschwerdeführerinnen und die Aussage der Selbstanzeigerin G1._____ gegenüber. Beweiserhebungen, durch welche der rechtserhebliche Sachverhalt nachträglich noch in einem befriedigenden Ausmass aufgeklärt werden könnte, sind nicht ersichtlich. Da zudem das Verhältnis zwischen den beiden Unternehmensgruppen bereits zu jenem Zeitpunkt problematisch war, kann nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts gestützt auf die vorliegende Beweislage nicht mit der erforderlichen Überzeugung darauf geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin 2 für diese Ausschreibung tatsächlich eine eigene Schutznahme für sich organisiert hat (vgl. zur Glaubwürdigkeit der Auskünfte der Unternehmensgruppe Q._____ E. 8.5.6).

Insgesamt verbleiben dem Bundesverwaltungsgericht aufgrund der gegebenen Beweislage erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel, dass sich die Beschwerdeführerin 2 im Fall 15 an einer Zuschlagsmanipulation durch eine Schutznahme beteiligt hat.

Damit kann der Beschwerdeführerin 2 im Zusammenhang mit Fall 15 die angebliche Schutznahme nicht rechtsgenüglich nachgewiesen werden. Fall 15 hat im Folgenden daher unberücksichtigt zu bleiben.

8.7.3.2 Fall 17: (...)

a) Basisangaben zur Ausschreibung

(...) schrieb mit Eingabefrist vom (...) (...) in (...) aus. Den Zuschlag erhielt nach unbestrittenen Angaben der Vorinstanz eine ARGE bestehend aus der Beschwerdeführerin 2 und G1._____ (vgl. Beschwerde, Rz. 181). Diese reichte nach den vorliegenden Angaben die preisgünstigste Offerte ein.

Die angefochtene Verfügung nennt als weitere Offerenten, welche im Fall 17 je eine Offerte mit einer höheren Offertsumme als jene der Zuschlagsempfängerin eingereicht hätten, G4._____, G2._____, G3._____, G5._____, G6._____ und G7._____ (vgl. dazu die in Verfügung, Rz. 250 aufgelisteten Offertsummen). Unklare Angaben macht die Verfügung, ob sich neben diesen Offerenten weitere Gesellschaften durch die Einreichung einer Offerte um die Ausführung der (...) beworben haben. Die Vorinstanz scheint dies anzunehmen. Darauf deutet deren Einzelfallanalyse von Fall 17, hat die Vorinstanz in ihrer tabellarischen Auflistung der Ausschreibungsbeteiligten in der Spalte "*Offerenten*"

doch vier weitere Gesellschaften mit dem Vermerk "*Offen*" bzw. "*keine Unterlagen*" aufgelistet (vgl. Verfügung, Rz. 250). Allerdings beschränkt sich die Einzelfallanalyse der Vorinstanz von Fall 17 diesbezüglich auf diese stichwortartigen Vermerke.

b) Vorliegende Beweismittel

Die von (...) ausgeschriebene (...) ist in der Birchmeier-Liste aufgeführt. In der Spalte "*Mitbewerber*" der Birchmeier-Liste werden die Beschwerdeführerin 2 sowie auch G1._____ namentlich erwähnt (vgl. [...]).

Gemäss der Selbstanzeige der Unternehmensgruppe Q._____ haben sich G1._____ und die Beschwerdeführerin 2 im Hinblick auf die Ausschreibung zu einer ARGE zusammengeschlossen. Die Federführung habe bei der Beschwerdeführerin 2 (E._____) gelegen. Es sei vorgesehen gewesen, dass die Arbeiten innerhalb der ARGE (...) von der Beschwerdeführerin 2 und G1._____ ausgeführt würden. Die ARGE habe vor der Submission das Gespräch mit den anderen Anbietern gesucht. Diese seien bereit gewesen, höher zu offerieren als die ARGE. Als an der Zuschlagsmanipulation Beteiligte nennt die Selbstanzeige der Unternehmensgruppe Q._____ insgesamt (...) Gesellschaften namentlich. Letztlich hätten nach der Erinnerung von G1._____ ca. (...) Anbieter offeriert (vgl. [...]).

Im Sinne einer Ergänzung dieser Auskünfte zu Fall 17 teilte die Unternehmensgruppe Q._____ den Wettbewerbsbehörden mit Eingabe vom (...) namens und im Auftrag der Gruppengesellschaft G10._____ mit, dass die Beschwerdeführerin 2 und G1._____ auch W._____ angefragt hätten, ob sich G10._____ für das Objekt interessiere und ob G10._____ zu Gunsten der ARGE höher offerieren würde. Weil das Objekt (...), habe G10._____ auf eine Offerte verzichtet (vgl. [...]).

Als Beilage zu ihren Auskünften reichte die Unternehmensgruppe Q._____ verschiedene im Zusammenhang mit der Ausschreibung im Fall 17 gemachte Handnotizen ein (vgl. [...]). Diese Handnotizen enthalten mit Bezug auf folgende Gesellschaften den Vermerk "*gut*": G22._____, G23._____, G3._____, G2._____, G15._____ und G24._____. Zudem bezeichnen die Handnotizen die Gesellschaften G7._____ und G10._____ als "*erledigt*". N._____ wird als "*bereit*" vermerkt ([...]). Weiter sind an der gleichen Stelle der Notiz die Worte *"(G9._____) (G42._____) nochmals*" handschriftlich notiert. Zudem enthält ein am (...) datiertes und mit "*(...)*" überschriebenes Blatt Notizen zu verschiedenen im Vorfeld der Ausschreibung geführten Telefongesprächen. Bezüglich G4._____ heisst es auf diesem Blatt etwa "*kein 100 % Interesse*". Weiter habe D._____"*1 Woche Ferien*", wobei die Abwesenheitsdauer und der Name des in dieser Zeit zuständigen Stellvertreters festgehalten sind. Wie aus den Notizen weiter hervorgeht, bespreche sich dieser Stellvertreter mit D._____, wobei "*er meint es sollte möglich sein!*" Zu G6._____ findet sich die Bemerkung "*Hr. (...) bespricht sich mit (...) Gesprächsbereit*" ([...]).

Als Beilage zu ihren Auskünften zu Fall 17 reichte die Unternehmensgruppe Q._____ den Wettbewerbsbehörden zudem die Offerte der ARGE ein. Diese (...) Offerte trägt die Firmenstempel sowohl der Beschwerdeführerin 2 als auch von G1._____. Als Kontaktperson nennt die Offerte E._____, d.h. den zuständigen Mitarbeiter der Beschwerdeführerin 2 (vgl. [...]).

An der Anhörung vom 24. Oktober 2011 äusserte sich V._____ für die Unternehmensgruppe Q._____ zu Fall 17. Auf die Frage, ob es realistisch sei, dass eine Absprache nur einen Partner der ARGE betreffe, sagte er aus, dies würde ihn erstaunen. Es könne sein, aus irgendeinem Grund. Aber eigentlich könne er sich das nicht vorstellen. Plausibel sei ihm das nicht (vgl. [...]).

An der Anhörung vom 31. Oktober 2011 bestätigte (...), G._____, dass sich G1._____ und die Beschwerdeführerin 2 für das Projekt 17 zusammengetan und eine unechte ARGE gebildet hätten. Vorgängig hätten sich G1._____ und die Beschwerdeführerin 2 die Telefonate aufgeteilt. Ein Teil der Absprachen sei über G1._____, ein Teil über die Beschwerdeführerin 2 gelaufen (vgl. [...]).

Zu den vorstehend erwähnten Handnotizen (vgl. [...]) sagte G._____ an der Anhörung vom 31. Oktober 2011 namens G1._____ aus, dass darauf die Firmen seien, die von der Beschwerdeführerin 2 und G1._____ angefragt worden seien. *"(G22._____) gut*" bedeute etwa, dass diese einverstanden sei mit einem Schutz. Weiter bestätigte G._____, diese Notizen selbst geschrieben zu haben. Aber natürlich hätten die Beschwerdeführerin 2 und G1._____ miteinander telefoniert. Wenn eine Firma einverstanden gewesen sei, hätten sie einander orientiert. Betreffend die am (...) datierte Notiz bestätigte G._____ weiter, dass er mit den darin aufgeführten Personen ein Telefonat gehabt habe. Er habe hier etwa geschrieben, dass die Firma G4._____ zu 100 % kein Interesse habe. Auch habe sich der Stellvertreter von D._____nach seinen Ferien mit diesem besprochen und gemeint, "*das sollte möglich sein*." Projekt 17 sei (...). Daher sei es (...). Organisiert in der ARGE mit der Beschwerdeführerin 2 seien sie (...).

Weiter erteilte auch G4._____ den Wettbewerbsbehörden die Auskunft, dass die vorliegende Ausschreibung von einer Abrede betroffen war. Dies im Rahmen der gleichzeitigen Zusicherung der vollen und uneingeschränkten Kooperation. Nähere Angaben zu Fall 17 machte G4._____ dabei nicht (vgl. [...]).

Darüber hinaus haben G2._____ und G3._____ die Einreichung einer Stützofferte im Fall 17 implizit eingestanden (vgl. [...]).

c) Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz ist der Auffassung, aufgrund der vorliegenden Beweismittel sei rechtsgenüglich nachgewiesen, dass es im Fall 17 zu einer Steuerung des Zuschlags zu Gunsten der ARGE bestehend aus G1._____ und der Beschwerdeführerin 2 gekommen ist. Die folgenden Gesellschaften hätten Stützofferten zu Gunsten der Schutznahme von G1._____ und der Beschwerdeführerin 2 eingegeben: G4._____, G3._____, G2._____, G15._____, G5._____, G6._____ und G11._____ (vgl. Verfügung, Rz. 266). Dass die Beschwerdeführerin 2 über die Absprachen beim vorliegenden Projekt informiert gewesen sei und sich auch aktiv daran beteiligt habe, gehe aus den präzisierenden

Erläuterungen von G._____ klar hervor. Auch würden die vorliegenden Handnotizen viele Details über die getätigten Telefonanrufe liefern. Der Vermerk "*(G9._____), (G42._____) nochmals zurückrufen*" auf der Handnotiz untermauere, dass ein Teil der Telefonate durch die Beschwerdeführerin 2 getätigt wurde (vgl. Verfügung, Rz. 262). Die Beweislage sei im vorliegenden Fall erdrückend und die Beschwerdeführerin 2 habe offensichtlich gewusst, dass (...) Gegenstand einer Submissionsabsprache waren.

d) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen machen demgegenüber geltend, aufgrund der vorliegenden Beweislage sei eine Schutznahme der Beschwerdeführerin 2 im Fall 17 nicht bewiesen. Im Rahmen der eigenen Nachforschungen habe die Beschwerdeführerin 2 keine Anhaltspunkte für eine aktive Beteiligung an einer allfälligen Wettbewerbsabrede ausmachen können. Der angeblich involvierte Mitarbeiter, E._____, habe glaubhaft bestritten, an derartigen Absprachen teilgenommen zu haben. Als Beweis seien sowohl die vorliegenden handschriftlichen Notizen von G1._____ als auch die Birchmeier-Liste untauglich.

Die Behauptung von G1._____, dass die Beschwerdeführerin 2 (...), sei äusserst unglaubwürdig. In die vorliegende handschriftliche Unternehmensliste mit den Vermerken "*gut*", "*erledigt*" oder "*bereit*" lasse sich kein Bezug zu einer allfälligen Absprache hineininterpretieren. Ebenso gut könne es sich um eine abstrakte Einschätzung der Offerten der angeführten Unternehmen handeln.

Entgegen der Unterstellung der Vorinstanz sei auch der Sinn des handschriftlichen Vermerks *"(G9._____), (G42._____) nochmals zurückrufen*" nicht klar verständlich. Diese Aussage belege einzig, dass G._____ von sich aus Absprachen mit anderen Unternehmen getroffen und versucht habe, auch die Beschwerdeführerin 2 einzubeziehen. Dass ein Anruf der Beschwerdeführerin 2 an G9._____ stattgefunden habe, sei keineswegs erwiesen. Tatsache sei aber, dass für G9._____ dieser Fall nicht gerechnet worden sei, und dass G9._____ trotz Kooperation mit der Vorinstanz bei diesem Fall keine Selbstbezichtigung abgegeben habe (sondern lediglich den Hinweis, dass zu diesem Fall keine Unterlagen vorhanden seien).

Eine Beteiligung der Beschwerdeführerin 2 könne auch aufgrund der Aussagen von G._____ an der Anhörung nicht als erstellt gelten. Dessen Aussagen bezüglich der angeblichen Beteiligung der Beschwerdeführerin 2 seien unglaubwürdig. G._____ sei diesbezüglich sehr vage geblieben und den entscheidenden Fragen ausgewichen. Die Behauptungen der Unternehmensgruppe Q._____ seien auch unglaubwürdig, da D._____anlässlich der Befragung (...). Zudem berufen sich die Beschwerdeführerinnen auch in diesem Fall auf ihre offizielle Geschäftspolitik, sich nicht an Abreden zu beteiligen.

Angesicht der vorliegenden Umstände sei davon auszugehen, dass eine allfällige Absprache alleine durch G1._____ und ohne Wissen der Beschwerdeführerin 2 getroffen worden sei. Die eingereichten Notizen von G1._____ würden einzig aufzeigen, dass G1._____ versucht habe, eine Abrede zu organisieren. Konkrete Hinweise darauf, dass sich die Beschwerdeführerin 2 an der Organisation der Abrede beteiligt habe, würden fehlen. Indem die Vorinstanz auf eine Befragung des (...), E._____, und von G9._____ verzichtet habe, habe sie den Untersuchungsgrundsatz verletzt.

e) Würdigung des Gerichts

Die Einreichung einer Stützofferte zugunsten der Beschwerdeführerin 2 und G1._____ durch G5._____ ist auf der Birchmeier-Liste verzeichnet (vgl. [...]). Wie bereits erwähnt, ist im entsprechenden Eintrag auf der Birchmeier-Liste nicht bloss G1._____ eingetragen, sondern auch die Beschwerdeführerin 2; dies entgegen der ursprünglichen Annahme der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 185). Die Birchmeier-Liste stellt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen auch mit Bezug auf den Nachweis der vorliegend strittigen Schutznahme der Beschwerdeführerin 2 im Fall 17 ein durchaus aussagekräftiges Beweismittel dar. Wie früher ausgeführt, bestand der Zweck der Birchmeier-Liste aus Sicht (von) G5._____ darin, die Übersicht über die von G5._____ gewährten Stützofferten zu behalten, wobei in der Spalte "*Mitbewerber*" der Birchmeier-Liste grundsätzlich die von G5._____ durch eine Stützofferte geschützten Mitbewerber eingetragen wurden (vgl. E. 8.6.4.4). Da diese Einträge darüber Aufschluss geben, welche Gesellschaften sich G5._____ aufgrund gewährter Schutznahmen verpflichtet gemacht hat, darf davon ausgegangen werden, dass die gleichzeitige namentliche Erwähnung von G1._____ sowie der Beschwerdeführerin 2 bezüglich des vorliegenden Bauprojekts durchaus bewusst gesetzt worden ist. Neben dem eigenen Eingeständnis (von) G5._____, sich im Fall 17 durch Einreichung einer Stützofferte an einer Zuschlagsmanipulation mitbeteiligt zu haben, belastet der fragliche Listeneintrag somit neben G1._____ auch die Beschwerdeführerin 2 damit, Schutz genommen zu haben (vgl. auch E. 8.6.5).

Da die Vorinstanz die von ihr in Anspruch genommene hohe Verlässlichkeit der Birchmeier-Liste wie früher ausgeführt nur ungenügend aufgezeigt hat und mögliche Fehler somit vernünftigerweise nicht ausgeschlossen werden können, erfordert der rechtsgenügliche Überzeugungsbeweis für die Schutznahme einer in der Birchmeier-Liste genannten Gesellschaft zusätzlich zu dieser Nennung und der entsprechenden Parteiauskunft (von) G5._____ zumindest ein weiteres einschlägiges Beweismittel (vgl. E. 8.6.6.1 ff., E. 8.6.7).

Im vorliegenden Fall zeigt sich, dass die Belastung der Beschwerdeführerin 2 durch den Eintrag in der Birchmeier-Liste durch verschiedene weitere Beweismittel untermauert wird, sodass der Überzeugungsbeweis für die der Beschwerdeführerin 2 angelastete Schutznahme im Fall 17 insgesamt rechtsgenüglich erbracht ist:

So bilden ergänzend zur Birchmeier-Liste auch die erwähnten Auskünfte der Unternehmensgruppe Q._____ Bestandteil des Beweisergebnisses. Wie erwähnt, soll die Beschwerdeführerin 2 nach diesen Auskünften nicht nur über die Organisation der von G1._____ eingestandenen Schutznahme im Bild ge-

wesen sein, sondern ebenfalls ihren Teil zum Zustandekommen der Schutznahme beigetragen haben.

Weiter handelt es sich bei den erwähnten handschriftlichen Notizen von G._____ zunächst um eine unverkennbare Bestätigung dafür, dass es tatsächlich zu einer Schutznahme zumindest von G1._____ gekommen ist. Darüber hinaus gewinnt die Interpretation der in den Notizen enthaltenen Passage "*(G9._____) (G42._____) nochmals*" zentrale Bedeutung. Im Quervergleich zu den anderen Einträgen, bei welchen andere Unternehmen als "*gut*" beurteilt wurden, muss diese Passage dahingehend ausgelegt werden, dass es im Hinblick auf G9._____ noch weiterer Bemühung bedurfte, um sie zur Abgabe einer Stützofferte zu bewegen, und dass die Beschwerdeführerin 2 die entsprechenden Bemühungen auf sich nehmen sollte. Kohärent erscheint damit die namens G10._____ von der Unternehmensgruppe Q._____ nachgereichte Auskunft, dass sowohl G1._____ als auch die Beschwerdeführerin 2 mit W._____ bezüglich einer Schutznahme Kontakt aufgenommen hätten. Dies ist ein weiterer belastender Hinweis für die Beteiligung auch der Beschwerdeführerin 2 bei dieser Zuschlagsmanipulation.

G._____ hat die Bezichtigung seitens G1._____ anlässlich der genannten Anhörung vom 31. Oktober 2011 bekanntlich wiederholt. Seine vorstehend beschriebenen Erläuterungen zu den von ihm verfassten Handnotizen wie auch die Bestätigung, dass beide ARGE-Partner über die Organisation der Schutznahme orientiert gewesen seien und man arbeitsteilig vorgegangen sei, wirken schlüssig. Dies gilt auch für die Aussage von V._____ anlässlich seiner Befragung vom 24. Oktober 2011, dass er sich eine Absprache nur mit einem Partner der ARGE eigentlich nicht vorstellen könne.

Demgegenüber steht die mehrfach geäusserte Behauptung der Beschwerdeführerinnen, an einer Abrede nicht beteiligt gewesen zu sein. Wohlgemerkt hat aber A._____ (Beschwerdeführerin 2) anlässlich der Anhörung vom 24. Oktober 2011 auf die Frage nach einer Schutznahme in diesem Fall lediglich ausgesagt, er müsse dabei bleiben, dass Absprachen verboten gewesen seien. (...) können denn auch ohne Weiteres trotz dieses grundsätzlichen Verbots der offiziell kommunizierten Geschäftspolitik Schutznahmen organisiert oder Stützofferten zu Gunsten anderer Gesellschaften abgegeben haben. Im vorliegenden Fall wirken die Thesen, welche die Beschwerdeführerinnen gegen die in jeder Hinsicht naheliegende Interpretation der vorliegenden Handnotizen, gegen die mündlichen Erläuterungen von G._____ sowie gegen die übrigen vorliegenden Hinweise auf die Schutznahme der ARGE und Mitbeteiligung auch der Beschwerdeführerin 2 im Fall 17 aufstellt, konstruiert und unrealistisch. Unter Würdigung der vorliegenden Aktenlage lässt sich die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, dass vorliegend ihre ARGE-Partnerin G1._____ ohne ihr Wissen eine Schutznahme für die ARGE organisiert habe, nicht aufrecht halten.

Namentlich kann daraus, dass G9._____ die Abgabe einer Stützofferte gemäss dem Beweisergebnis der Verfügung nicht nachgewiesen werden konnte, unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise nicht abgeleitet werden, dass die Beschwerdeführerin 2 keine Schutznahme für sich mitorganisiert hat. An dem im Übrigen schlüssigen Gesamtbild der verschiedenen Beweismittel ändern auch die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nichts, wonach die Beschwerdeführerin 2 entgegen der Darstellung von G1._____ (...).(...).(...).

Schliesslich trifft es nicht zu, dass G._____ an der Anhörung bestätigt hat, die Federführung bei der Absprache habe bei G1._____ gelegen. G._____ brachte vielmehr zum Ausdruck, dass G1._____ höchstens mit einem Partner genügend verhandlungsstark war, um diese (...) Absprache zu bewerkstelligen. Die von G5._____ generell geäusserte Regel, wonach die Organisation einer Schutznahme bei einer grossen Zahl von Beteiligten sehr schwierig sei, vermag nichts daran zu ändern, dass im vorliegenden Einzelfall gestützt auf die vorliegende Beweislage darauf geschlossen werden muss, dass dies mit den vereinten Kräften von G1._____ und der Beschwerdeführerin 2 gelungen ist.

Demnach erweist sich die Schutznahme durch die Beschwerdeführerin 2 im vorliegenden Fall als bewiesen. Aufgrund des stimmigen Gesamtbildes der vorliegenden Beweismittel hat das Bundesverwaltungsgericht keine Zweifel daran, dass die Beschwerdeführerin 2 von der Organisation der Schutznahme im Fall 17 nicht nur gewusst hat, sondern auch selbst bei der Planung dieser Zuschlagsmanipulation mitgewirkt hat. Eine Befragung von E._____ macht angesichts des klaren Beweisergebnisses, das insgesamt keinen Zweifel an der Schutznahme durch die Beschwerdeführerin 2 offen lässt, keinen Sinn. Es ist demnach erstellt, dass die Beschwerdeführerin 2 vorliegend mit ihrer ARGE-Partnerin eine Schutznahme zu eigenen Gunsten organisiert hat.

8.7.3.3 Fall 40: (...)

8.7.3.4 Fall 73: (...)

8.7.3.5 Fall 75: (...)

8.7.4 Weitere Schutznahme der Beschwerdeführerin 2 (vor 8. Juni 2006)

8.7.4.1 Fall 21: (...)

8.7.5 Erfolgreiche Stützofferten der Beschwerdeführerin 2

8.7.5.1 Fall 2: (...)

a) Basisangaben zur Ausschreibung

(...) schrieb mit Eingabefrist vom (...) aus. Den Zuschlag erhielt nach unbestritten gebliebenen Angaben der Vorinstanz G11._____, dies als Anbieterin mit dem tiefsten Preis. Weitere Offerenten waren gemäss dem in diesem Fall vorliegenden Offertöffnungsprotokoll die Beschwerdeführerin 2, G9._____, G12._____, G8._____ und G13._____ (vgl. [...] sowie die in Verfügung, Rz. 137 aufgelisteten Offertsummen).

b) Vorliegende Beweismittel

Die Unternehmensgruppe Q._____ legte in ihrer Selbstanzeige offen, dass ihre Gruppengesellschaft G8._____ bei diesem Projekt für G11._____ eine

Stützofferte abgegeben hat. Gemäss den Angaben dieser Selbstanzeige habe M._____ von G11._____ mehrmals F._____ von G8._____ angerufen. Dabei habe G11._____ G8._____ mitgeteilt, mit allen Anbietern gesprochen zu haben. G11._____ werde am tiefsten offerieren, dies für Fr. (...). G8._____ solle für rund Fr. (...) und ohne Pauschale offerieren. G8._____ habe darauf für Fr. (...) offeriert. Als an der Zuschlagsmanipulation Beteiligte nennt die Selbstanzeige der Unternehmensgruppe Q._____ neben G11._____ und ihrer Gruppengesellschaft G8._____ weiter die Beschwerdeführerin 2 sowie G9._____, G13._____ und G12._____ (vgl. [...]).

Als Beilagen zu diesen Auskünften reichte die Unternehmensgruppe Q._____ das Deckblatt der Offerte von G8._____ mit handschriftlichen Notizen sowie das Offertöffnungsprotokoll ein (vgl. [...]). Auf dem erwähnten Deckblatt ist neben dem Betrag von Fr. (...) mit (...) auch die telefonisch vereinbarte minimale Offertsumme von G8._____ handschriftlich vermerkt (vgl. [...]). Das vorliegende Offertöffnungsprotokoll bestätigt, dass G8._____ bei dieser Ausschreibung wie angegeben eine Offerte in der Höhe von Fr. (...) einreichte (vgl. [...]).

Weiter legte auch G9._____ in ihrer Selbstanzeige die Abgabe einer Stützofferte für G11._____ offen. Konkret weist G9._____ darauf hin, im Zusammenhang mit der vorliegenden Submission scheine es gemäss internen Abklärungen "*zu Gesprächen unter Wettbewerbern*" gekommen zu sein. An diesen "*Gesprächen über die Angebotseingaben*" seien nach gegenwärtigem Kenntnisstand nebst G9._____ und G11._____ auch G12._____, G8._____ und die Beschwerdeführerin 2 beteiligt gewesen. Gemäss Kenntnis von G9._____ sollte gemäss den Gesprächen G11._____ den Zuschlag erhalten. Ob die Gespräche telefonisch stattgefunden hätten, oder ob es zu einem Treffen unter den Unternehmen gekommen sei, sei für G9._____ nicht mehr nachvollziehbar (vgl. [...]).

Als Beilage zu diesen Auskünften reichte G9._____ einen Auszug aus dem System des Baumeisterverbandes sowie das Offertöffnungsprotokoll ein. Einschränkend wies G9._____ darauf hin, dass "*relevante Dokumente*" nicht hätten gefunden werden können (vgl. [...]).

c) Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz erachtet es gestützt auf die vorliegenden Beweismittel als bewiesen, dass es im Fall 2 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen G11._____ (Schutz) und G8._____, G9._____, der Beschwerdeführerin 2 sowie G12._____ (Stützofferten) gekommen ist (vgl. Verfügung, Rz. 146). Die Vereinbarungen zwischen G11._____ und der Beschwerdeführerin 2 und G12._____ würden sowohl von G9._____ wie auch von G8._____ bestätigt. Die Aussagen der Selbstanzeiger G8._____ und G9._____ seien glaubwürdig und könnten durch das generelle Bestreiten seitens der Beschwerdeführerin 2 nicht widerlegt werden.

Die Beschwerdeführerin 2 werde von zwei Konkurrenten unabhängig voneinander als an der Zuschlagsmanipulation Beteiligte genannt. Dass diese Gesellschaften nicht direkten Kontakt zur Beschwerdeführerin 2 gehabt haben mögen, ändere nichts an ihrer Aussage, wonach sie gewusst hätten, dass auch die Beschwerdeführerin 2 eine Stützofferte einreichen werde. Entgegen dem, was die Beschwerdeführerinnen suggerierten, gehe es hier nicht um bloss zufällig Mitbekommenes bzw. um unzuverlässige Informationen, die man bloss irgendwo gehört habe oder gehört haben wolle. Die Information, ob auch ein anderes Unternehmen oder gar alle anderen an der Submission Beteiligten eine Stützofferte einreichen würden, könne grundsätzlich als wichtige Information bewertet werden. Es sei nicht erstaunlich, dass sich ein Kalkulator an derartige Informationen erinnern könne. Wenn sich ein Unternehmen auf seine Erinnerung daran berufe, welche anderen Unternehmen mit ins Boot geholt worden seien, könne auf diese Erinnerungen abgestellt werden. Dies vor allem auch, wenn es wie vorliegend zwei verschiedene Unternehmen seien. Die übereinstimmenden Aussagen von G8._____ und G9._____ würden deshalb den Beweis dafür erbringen, dass auch die Beschwerdeführerin 2 eine Stützofferte eingereicht habe (vgl. Vernehmlassung, Rz. 156 ff.).

d) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerin 2 bestreitet, eine Stützofferte eingereicht zu haben. Ein rechtsgenüglicher Beweis hierfür fehle. Die Selbstanzeigen von G9._____ und G8._____ seien sehr vage und enthielten insbesondere bezüglich der Beschwerdeführerin 2 keine konkreten Angaben.

So sei es gemäss der Selbstanzeige von G9._____ nicht mehr klar, auf welchem Weg die Gespräche stattgefunden hätten. Zudem laute die Aussage von G9._____ gar so, dass es zu einer Absprache bloss gekommen zu sein scheine. Aus der Selbstanzeige von G8._____ ergebe sich lediglich, dass offenbar mehrere Telefongespräche zwischen G8._____ und G11._____ stattgefunden hätten und G11._____ angeblich mit allen Anbietern gesprochen habe. Es gebe keine Hinweise, dass G9._____ oder G8._____ bezüglich einer Abrede direkt mit der Beschwerdeführerin 2 Kontakt gehabt hätten. Allein aus dem Umstand, dass G8._____ in der interessierenden Angelegenheit von G11._____ kontaktiert worden sei, dürfe nicht gefolgert werden, dass auch die Beschwerdeführerin 2 entsprechend angegangen worden sei (und schon gar nicht, dass sich die Beschwerdeführerin 2 an der Absprache beteiligt habe). Auch würden die Selbstanzeigen keine Mitarbeiter der Beschwerdeführerin 2 nennen, welche an den Telefongesprächen beteiligt gewesen wären. Interne Untersuchungen bei der Beschwerdeführerin 2 oder eine sinnvolle Befragung an der Anhörung der Beschwerdeführerin 2 seien deshalb nicht möglich gewesen.

Möglicherweise schlössen G9._____ und G8._____ aus dem blossen Umstand, dass der Name der Beschwerdeführerin 2 in der Datenbank des Baumeisterverbands aufgeführt sei, auf ihre Mitbeteiligung. Der vorinstanzliche Vorwurf, die Beschwerdeführerin 2 bestreite die Bezichtigungen in pauschaler Weise, treffe nicht zu. Denn die Beschwerdeführerin 2 habe darauf hingewiesen, dass die Selbstanzeigen keine genügen-

den Anhaltspunkte für eine Beteiligung der Beschwerdeführerin 2 an den angeblichen Telefongesprächen böten.

Es handle sich um einen "*Hörensagen-Fall*". Die Beweiskraft einer auf Hörensagen basierenden Aussage sei von vornherein als geringer einzuschätzen. In dieser Hinsicht sei darauf hinzuweisen, dass die vorliegend interessierenden Ereignisse zum Zeitpunkt der Erstellung der Selbstanzeigen bereits (...) zurückgelegen seien und das Erinnerungsvermögen daher verblasst gewesen sei. Der Mitarbeiter von G8._____ werde wohl kaum mit Sicherheit beurteilen können, ob der entsprechende Mitarbeiter von G11._____ tatsächlich von allen anderen Mitanbietern gesprochen habe und ob er dabei auch an die Beschwerdeführerin 2 gedacht habe. Aber selbst wenn G11._____ gegenüber G8._____ tatsächlich von allen Mitanbietern gesprochen haben sollte, könne nicht einfach auf die Beteiligung der Beschwerdeführerin 2 geschlossen werden. Denn es sei möglich, dass G11._____ gegenüber G8._____ "*bloss aus taktischen Gründen erwähnt haben*" könnte, "*dass alle anderen Mitanbieter zurückstehen würden, damit auch G8._____ zurücksteht*" (vgl. Replik, Rz. 75).

Schliesslich argumentieren die Beschwerdeführerinnen mit einem Entscheid des Bundesgerichts, in welchem dieses entschieden habe, dass die entscheidende Behörde bei strafrechtlichen Verfahren, bei denen eine Verurteilung gestützt auf Aussagen über Drittwissen erfolgen solle, abklären müsse, wie die aussagende Person zu diesem Wissen gekommen sei (m.H. auf Urteil des BGer 1P.274/2000 vom 7. Juli 2000 E. 2 c cc). Die Vorinstanz habe daher die entsprechenden Personen von G8._____ und G9._____ einvernehmen und die genauen Umstände des Telefongesprächs abklären müssen, und inwiefern sich daraus eine Beteiligung der Beschwerdeführerin 2 ergibt. Weiter hätte sich die Vorinstanz nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen erkundigen müssen, welcher Mitarbeiter der Beschwerdeführerin 2 an den angeblichen Gesprächen mit G11._____ beteiligt war, wobei die Vorinstanz diese Person hätte befragen müssen. Indem die Vorinstanz dies unterlassen und eine Beteiligung der Beschwerdeführerin 2 einzig aufgrund der vorliegenden Auskünfte angenommen habe, habe die Vorinstanz den Untersuchungsgrundsatz und die Unschuldsvermutung verletzt (vgl. Beschwerde, Rz. 131 ff., Replik, Rz. 74 ff.).

e) Würdigung des Gerichts

Aus der vorstehenden Beschreibung der vorliegenden Beweismittel geht hervor, dass die Beschwerdeführerin 2 von zwei Selbstanzeigern übereinstimmend beschuldigt wird, sich an der eingestandenen Zuschlagsmanipulation im vorliegenden Fall mitbeteiligt zu haben. Dies, indem die Beschwerdeführerin 2 wie die beiden Selbstanzeiger eine Stützofferte für die Schutznehmerin G11._____ abgegeben habe. Dass es sich hierbei um voneinander unabhängige Informationen handelt, blieb unstrittig und ist auch nicht anzuzweifeln (vgl. grundlegende Beweislage c unter E. 8.5.5.9).

Die Auskünfte von G8._____ und G9._____ zu diesem Fall sind durchaus schlüssig. Auch sind die vorliegenden Auskünfte hinreichend detailliert, was die angegebene Mitbeteiligung der Beschwerdeführerin 2 betrifft. So beinhalten beide Selbstanzeigen die übereinstimmende und klare Auskunft, dass G8._____ wie G9._____ Kenntnis von der durch die Beschwerdeführerin 2 zugesagten Stützofferte hatten. Die etwas vage Formulierung in der Selbstanzeige von G9._____, es "*scheine*" im Zusammenhang mit der vorliegenden Ausschreibung zu Gesprächen unter Wettbewerbern gekommen zu sein, entspricht der von G9._____ für alle aufgedeckten Einzelfälle gewählten Standardformulierung (vgl. [...]). Diese Wortwahl vermag aber nichts daran zu ändern, dass auch G9._____ die Vorinstanz letztlich darüber informiert hat, dass sich auch die Beschwerdeführerin 2 an der Zuschlagsmanipulation zu Gunsten von G11._____ beteiligt hat. Anders können die Informationen von G9._____, wonach sich auch die Beschwerdeführerin 2 an den "*Gesprächen über Angebotseingaben*" beteiligt habe, wobei gemäss diesen Gesprächen G11._____ den Zuschlag habe erhalten sollen, vernünftigerweise nicht verstanden werden. Die Beschwerdeführerinnen können daher aus der entsprechenden Formulierung nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Das Bundesverwaltungsgericht hat unter Würdigung der gegebenen Umstände keine Zweifel daran, dass die Schutznehmerin G11._____ die beiden Stützofferenten G8._____ und G9._____ im Rahmen der Organisation der Schutznahme darüber ins Bild gesetzt hat, dass sich auch die Beschwerdeführerin 2 bereits zur Abgabe einer Stützofferte bereit erklärt hatte. Dass G11._____ als schutzsuchende Gesellschaft bei der telefonischen Organisation der Schutznahme als eine Art Schaltstelle zwischen allen Beteiligten fungierte, liegt auf der Hand.

Die Darlegungen der Beschwerdeführerinnen gegen die vorinstanzliche Beweiswürdigung erwecken insgesamt einen wenig stichhaltigen Eindruck. So besteht entgegen den Beschwerdeführerinnen keine Veranlassung dafür, das Erinnerungsvermögen von G8._____ und G9._____ anzuzweifeln. Wie die Vorinstanz korrekt erwähnt, stellt es für potentielle Stützofferenten grundsätzlich eine wichtige Information dar, ob und welche anderen Anbieter dem designierten Zuschlagsempfänger bereits die Abgabe einer Stützofferte zugesagt haben. Ebenso ist die Tragweite der Information evident, dass die schutzsuchende Gesellschaft entsprechende Zusagen bereits von allen anderen Anbietern erwirkt hat. Im Übrigen ist die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, die vorliegend interessierenden Ereignisse seien zum Zeitpunkt der Erstellung der Selbstanzeigen bereits (...) zurückgelegen, unzutreffend. Denn die (...) Selbstanzeige durch G8._____ vom (...) (vgl. [...]) ist nur (...) als die Eingabefrist der vorliegenden Ausschreibung vom (...). Auch vor diesem Hintergrund besteht kein Grund, an der Verlässlichkeit der vorliegenden übereinstimmenden Auskünfte zu zweifeln.

Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass beim Aufarbeiten der Sachverhalte und beim Erstellen der Selbstanzeigen auch Quellen wie das Offertöffnungsprotokoll und der Eintrag im System des Baumeisterverbandes eine gewisse Rolle gespielt haben können. Ernsthafte Zweifel an der Wahrheit der übereinstimmenden und unabhängigen Information der zwei Selbstanzeiger ergeben sich daraus keine. Die grundsätzlich zurückhaltenden Informationen der Selbstanzeiger über

weitere beteiligte Gesellschaften legen vielmehr nahe, dass die beiden Selbstanzeiger weitere Mitbeteiligte nicht leichtfertig, sondern nur bei tatsächlich vorhandenen Kenntnissen über die Vorgänge angegeben haben.

Weiter ist auch durchaus schlüssig, dass weder G9._____ noch G8._____ Details wie die bei der Beschwerdeführerin 2 beteiligte Person angegeben haben. Denn es darf angenommen werden, dass grundsätzlich nur G11._____ als "*Schaltstelle*" zwischen den Beteiligten direkten Kontakt mit den übrigen Stützofferenten gehabt hat. Schliesslich besteht keinerlei grundsätzliches Verbot "*Hörensagen-Fälle*" allein gestützt auf die vorliegende Beweislage zu verwerten, wie die Beschwerdeführerinnen unter Berufung auf das Urteil des Bundesgerichts 1P.274/2000 vom 7. Juli 2000 E. 2. c) cc) behaupten. Anders als im genannten Urteil ist vorliegend sowohl klar, woher das Wissen um die Beteiligung auch der Beschwerdeführerin 2 herrührt. Ferner wird vorliegend der entsprechende Vorwurf gleich von zwei voneinander unabhängigen Seiten erhoben.

Die Überzeugung, dass sich die Beschwerdeführerin 2 wie vorgeworfen an der vorliegenden Ausschreibung mitbeteiligt hat, kann ohne Weiteres durch die vorliegende übereinstimmende und unabhängige Auflistung der Beschwerdeführerin 2 in einer zweiten Selbstanzeige mit ihrem Namen und der Beteiligungsform begründet werden. Damit und in Verbindung mit den Eingeständnissen der beiden Selbstanzeiger über die eigene Teilnahme an einer Übereinkunft, den Zuschlag der Ausschreibung gemeinsam zu steuern, ist der rechtserhebliche Sachumstand - d.h. die Mitbeteiligung der Beschwerdeführerin 2 durch Abgabe einer Stützofferte - vorliegend hinreichend belegt. Nähere Angaben zum eigentlichen Zustandekommen der Übereinkunft, den Zuschlag gemeinsam zu steuern, sind vorliegend zur Erfüllung des Überzeugungsbeweises nicht notwendig.

Insgesamt hat das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der vorliegenden Beweismittel keine Zweifel daran, dass die Beschwerdeführerin 2 im Fall 2 für die Schutznehmerin G11._____ eine Stützofferte eingereicht hat. Gestützt auf die Auskünfte von G9._____ und G8._____ ist die der Beschwerdeführerin 2 vorgeworfene Abgabe einer Stützofferte für G11._____ hinreichend belegt.

Dass die Vorinstanz beim vorliegenden Beweisergebnis darauf verzichtet hat, die für G8._____, G9._____ und die Beschwerdeführerin 2 handelnden Personen zu befragen, ist nicht zu beanstanden. Darin kann weder eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes noch der Unschuldsvermutung erblickt werden. Die Auffassung der Beschwerdeführerinnen, eine rechtsgenügliche Beweisführung in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren bzw. die Unschuldsvermutung setzten in jedem Fall zwingend auch eine Befragung der unmittelbar handelnden Angestellten voraus, geht fehl (vgl. dazu die Ausführungen unter E. 6.5.3 ff.). Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe die Unschuldsvermutung verletzt, indem sie die angeblich für die Beschwerdeführerinnen handelnden natürlichen Personen nicht befragt habe, ist wie dargelegt unbegründet (vgl. E. 6.5.5). Die Abnahme weiterer Beweise erweist sich angesichts des beschriebenen Beweisergebnisses auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren als nicht erforderlich. Der Antrag der Beschwerdeführerinnen, wonach das Bundesverwaltungsgericht "*die angeblichen Täter*" als Zeugen einvernehme solle (vgl. Replik, Rz. 5), ist daher abzuweisen.

Zusammenfassend ist es somit rechtsgenüglich erstellt, dass die Beschwerdeführerin 2 im Fall 2 eine Stützofferte abgegeben hat.

8.7.5.2 Fall 9: (...)

a) Basisangaben zur Ausschreibung

(...) schrieb mit Eingabefrist vom (...) die (...) in (...) aus. Den Zuschlag erhielt nach unbestrittenen Angaben G8._____, dies als Anbieterin mit dem tiefsten Preis. Weitere Offerenten waren gemäss dem vorliegenden Offertöffnungsprotokoll G1._____ und die Beschwerdeführerin 2 (vgl. [...] sowie die in Verfügung, Rz. 196 aufgelisteten Offertsummen).

b) Vorliegende Beweismittel

Gemäss der Selbstanzeige der Unternehmensgruppe Q._____ hat G._____ von G1._____ E._____ von der Beschwerdeführerin 2 kontaktiert und gefragt, ob die Beschwerdeführerin 2 bei diesen Arbeiten höher rechne als G8._____. Die Beschwerdeführerin 2 habe dies zugesagt. G8._____ habe tiefer offeriert und den Zuschlag erhalten. Ausgeführt habe die Arbeiten G1._____ als (...) (vgl. [...]).

Als Beilage zu diesen Auskünften reichte die Unternehmensgruppe Q._____ das bereits erwähnte Offertöffnungsprotokoll ein (vgl. [...]). An den Anhörungen vom 17., 24. und 31. Oktober 2011 erfolgte keine spezifische Befragung zu Fall 9 (vgl. [...]).

c) Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz hält es für bewiesen, dass es im Fall 9 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen G8._____ (Schutznahme) und der Beschwerdeführerin 2 (Stützofferte) gekommen sei (vgl. Verfügung, Rz. 200).

Zur Begründung beruft sich die Vorinstanz auf die eingestandene Schutznahme von G8._____ und verweist allgemein auf die Beweiskraft, welche sie der Selbstanzeige der Unternehmensgruppe Q._____ zuschreibt. G._____ von G1._____ sei bei seiner Befragung zu verschiedenen Projekten an der Anhörung vom 31. Oktober 2011 glaubwürdig gewesen. Die Beschwerdeführerin 2 habe auf Fragen an G._____ verzichtet und auch keine konkreten Hinweise vorgebracht, welche die Aussagen von G._____ in Frage stellen würden. Auch V._____ von G8._____ habe ausführlich und glaubwürdig erklärt, wie das Unternehmen die Aufarbeitung der Absprachetätigkeit vorgenommen habe. Zu keinem Zeitpunkt sei der Verdacht aufgekommen, dass G8._____ die Beschwerdeführerin 2 gezielt und zu Unrecht der Einreichung von Stützofferten beschuldige. Das angespannte Verhältnis zwischen G8._____ und der Beschwerdeführerin 2 spreche nicht dagegen, dass sich zwei Mitarbeiter dieser Gesellschaften über die Einreichung einer Stützofferte geeinigt hätten. Die Vorinstanz sehe keinen Grund, an den vorliegenden Aus-

sagen der Unternehmensgruppe Q._____ zu zweifeln (vgl. Verfügung, Rz. 199; Vernehmlassung, Rz. 168 f.).

d) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vorinstanz habe den rechtsgenüglichen Beweis für die der Beschwerdeführerin 2 vorgeworfene Abgabe einer Stützofferte nicht erbracht. Über den Sachverhalt im Fall 9 sei sehr wenig bekannt. Es werde lediglich auf die wenig glaubwürdigen Anschuldigungen der Unternehmensgruppe Q._____ abgestellt. Der vorliegende Fall falle (...). Dass sich ein Mitarbeiter der Beschwerdeführerin 2 (...).

Die Beschwerdeführerinnen werfen der Vorinstanz vor, dass diese weder G._____ noch E._____ zu diesem Fall befragt hat. Gerade E._____, welcher die angebliche Beteiligung der Beschwerdeführerin 2 gegenüber der Geschäftsleitung glaubwürdig bestritten habe, wäre als "*Entlastungszeuge*" einzuvernehmen gewesen. Die Vorinstanz verletze die Unschuldsvermutung, indem sie die angebliche Mitbeteiligung der Beschwerdeführerin 2 einzig gestützt auf die Aussage eines Konkurrenten und ohne Abnahme des von den Beschwerdeführerinnen angebotenen Beweises als erstellt erachte. Die Beschwerdeführerin 2 sei vom Vorwurf der Beteiligung im Fall 9 zu entlasten (vgl. Beschwerde, Rz. 143 ff.; Replik, Rz. 77 ff.).

e) Würdigung des Gerichts

Grundsätzlich könnte argumentiert werden, die Schlussfolgerung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin 2 habe im Fall 9 eine Stützofferte eingereicht, werde durch die übereinstimmende Information der beiden anderen Offerenten der Ausschreibung untermauert. Es gilt aber zu beachten, dass diese - d.h. G8._____ und G1._____ - der Vorinstanz ihre Auskunft nicht unabhängig voneinander erteilten. Die beiden Mitofferenten G8._____ und G1._____ reichten vielmehr keine separaten Selbstanzeigen ein, sondern liessen der Vorinstanz ihre Auskunft über (...) in einer einheitlichen Eingabe zukommen (vgl. [...]). (...) sind G8._____ und G1._____ unstrittig eng miteinander verbunden. Gerade im vorliegenden Fall - in welchem G8._____ den Zuschlag erhielt, die Ausführung der Arbeiten dann aber G1._____ überlassen wurde - kommen diese engen Beziehungen zum Ausdruck. Vorliegend kann somit nicht von zwei übereinstimmenden und unabhängigen Meldungen im Sinne der grundlegenden Beweislage c (vgl. E. 8.5.5.9) gesprochen werden. Vielmehr stützt sich die Beweiswürdigung der Vorinstanz hinsichtlich der angeblichen Stützofferte der Beschwerdeführerin 2 im Fall 9 einzig auf die isolierte und von den Beschwerdeführerinnen bestrittene Auskunft der Unternehmensgruppe Q._____ (vgl. grundlegende Beweislage a unter E. 8.5.5.9).

Den Beschwerdeführerinnen ist zuzustimmen, dass unter den gegebenen Umständen unklar ist, ob die Beschwerdeführerin 2 im Fall 9 tatsächlich eine Stützofferte für die Unternehmensgruppe Q._____ abgegeben hat. Hinsichtlich des zu beurteilenden Vorwurfs stehen sich die Aussage der Beschwerdeführerinnen und die Aussage der Unternehmensgruppe Q._____ gegenüber. Die generellen Ausführungen der Vorinstanz zur angeblichen Beweiskraft der Selbstanzeige der Unternehmensgruppe Q._____ vermögen dieses Defizit ebenso wenig wettzumachen wie die allgemeinen Ausführungen zur Glaubwürdigkeit von G._____ und V._____. Die Beschwerdeführerinnen müssen sich auch nicht vorwerfen lassen, dass sie an der Anhörung das Thema nicht selber auf Fall 9 gelenkt haben.

Da zudem das Verhältnis zwischen den beiden Unternehmensgruppen damals problematisch war, kann gestützt auf die vorliegende Beweislage nicht mit der erforderlichen Überzeugung darauf geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin 2 bei dieser Ausschreibung tatsächlich eine Stützofferte abgegeben hat (vgl. zur Glaubwürdigkeit der Auskünfte der Unternehmensgruppe Q._____ E. 8.5.6). Eine Einvernahme von E._____ im heutigen Zeitpunkt scheint wenig gewinnbringend. Sinnvolle weitere Sachverhaltsabklärungen, durch welche die bestehenden Unklarheiten geklärt werden könnten, sind nicht ersichtlich. Insgesamt verbleiben dem Bundesverwaltungsgericht - auch unter Berücksichtigung des problematischen Verhältnisses zwischen den beiden Unternehmensgruppen - erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel, dass die Beschwerdeführerin 2 im Fall 9 eine Stützofferte abgegeben hat.

Im Ergebnis kann der Beschwerdeführerin 2 im Zusammenhang mit Fall 9 die angebliche Einreichung einer Stützofferte nicht rechtsgenüglich nachgewiesen werden. Fall 9 hat im Folgenden daher unberücksichtigt zu bleiben.

8.7.5.3 Fall 14 und Fall 85: (...)

8.7.5.4 Fall 47 und Fall 48: (...)

8.7.5.5 Fall 69: (...)

8.7.5.6 Fall 71: (...)

8.7.5.7 Fall 80: (...)

8.7.5.8 Fall 97: (...)

8.7.6 Nicht erfolgreiche Stützofferte der Beschwerdeführerin 2

8.7.6.1 Fall 1: (...)

a) Basisangaben zur Ausschreibung

(...) schrieb mit Eingabefrist vom (...) zur (...) in (...) aus. Das preisgünstigste Angebot reichte G9._____ ein. Den Zuschlag erhielt jedoch G12._____ als Anbieterin mit dem preislich zweitgünstigsten Angebot. Dies, weil die Vergabestelle bei der Offertauswertung neben dem Preis ausdrücklich auch das Zuschlagskriterium (...). Aufgrund (...) erreichte G12._____ trotz der preislich nur zweitgünstigsten Offerte insgesamt den ersten Rang. Weitere Offerenten neben G9._____ und G12._____ waren G11._____, G4._____, G6._____, G8._____, G5._____ und die Beschwerdeführerin 2 (vgl. die hier vorliegende Mitteilung des Submissionsergebnisses durch (...) vom (...) inklusive (...) sowie die in Verfügung, Rz. 119 aufgelisteten Offertsummen).

b) Vorliegende Beweismittel

G9._____ hat gegenüber der Vorinstanz eingestanden, dass sie im Fall 1 versuchte, einen Schutz für sich

zu organisieren. Es hätten Telefongespräche über die Angebotseingaben stattgefunden. An diesen seien nebst G9._____ G6._____, G4._____, G5._____, G8._____, G11._____ und auch die Beschwerdeführerin 2 beteiligt gewesen. Die Selbstanzeige nennt für diese bezichtigten Gesellschaften jeweils den Namen der zuständigen Kontaktperson, bei der Beschwerdeführerin 2 J._____. Die Telefongespräche hätten jedoch keine Wirkung gehabt, da mit G12._____ eine an den Gesprächen nicht beteiligte Gesellschaft den Zuschlag erhalten habe (vgl. [...]).

Damit übereinstimmend gibt die Unternehmensgruppe Q._____ in der Selbstanzeige bekannt, dass H._____ von G9._____ ca. eine Woche vor der Eingabe zweimal mit F._____ von G8._____ telefoniert und gewünscht habe, dass G8._____ höher offeriere. Kurz danach habe G8._____ die Offerte von G9._____ per E-Mail erhalten. Die von G8._____ darauf eingereichte Offerte sei preislich höher gewesen als die Offerte (von) G9._____. Als Beteiligte nennt die Selbstanzeige der Unternehmensgruppe Q._____ namentlich einzig G9._____ und ihre Gruppengesellschaft G8._____. Gleichzeitig wird aber erwähnt, dass G8._____ davon auszugehe, dass G9._____ die Preise auch mit anderen Anbietern koordiniert habe. Weiter verweist auch die Unternehmensgruppe Q._____ auf den Umstand, dass G12._____ den Auftrag ausgeführt hat: G12._____ sei teurer wie G9._____ aber (...) (vgl. [...]). Als Beilage zu diesen Auskünften reichte die Unternehmensgruppe Q._____ die Mitteilung des (...) vom (...) inklusive (...) ein (vgl. [...]). Das E-Mail von G9._____ habe G8._____ bereits gelöscht.

Weiter ist das vorliegende Bauprojekt auch in der Birchmeier-Liste aufgeführt. So wird die designierte Schutznehmerin G9._____ in der Spalte "*Mitbewerber*" der Birchmeier-Liste namentlich erwähnt (vgl. [...]). Damit übereinstimmend erklärte G5._____ im Rahmen der Beantwortung des Fragebogens des Sekretariats, G9._____ im Fall 1 geschützt zu haben. Gleichzeitig wies auch G5._____ darauf hin, dass der Schutz (von) G9._____ nicht funktioniert habe und der Auftrag an G12._____ gegangen sei (vgl. [...]).

Anlässlich der Hausdurchsuchung fanden die Mitarbeiter des Sekretariats in den Räumlichkeiten von G4._____ zudem einen am (...) von G9._____ an G4._____ übermittelten Fax, welcher das vorliegende Bauprojekt im Betreff ausdrücklich erwähnt. Das (...) Seiten umfassende Faxschreiben ist an den Mitarbeiter (von) G4._____ gerichtet, welchen G9._____ in der Selbstanzeige namentlich genannt hat. Das Faxschreiben nimmt Bezug auf eine Besprechung mit H._____ von G9._____ und enthält detaillierte Angaben zur Offertkalkulation (von) G9._____ im vorliegenden Bauprojekt (vgl. [...]).

Zudem befindet sich eine interne E-Mail-Kommunikation zwischen Mitarbeitern von G12._____ bei den Akten, welche ebenfalls die Ausschreibung (...) im Fall 1 betrifft. Darin weist ein (...) Mitarbeiter von G12._____ einen anderen Mitarbeiter von G12._____ mit folgenden Worten an, für dieses Projekt keinen Schutz zugunsten von G9._____ zu gewähren: "*Bitte gib mir Bescheid, ob ihr diese Arbeit rechnet oder wer. Bitte kein Schutz für (G9._____) oder sonst wer*" (vgl. [...]).

An der Anhörung vom 24. Oktober 2011 nahm der Präsident der Vorinstanz im Rahmen der Befragung von G11._____ Bezug auf die entsprechende Bezichtigung (von) G9._____. Dabei wies der Präsident den Unternehmensvertreter darauf hin, dass G11._____ das von G9._____ genannte Telefongespräch nicht bestritten habe und fragte, was denn während dem Telefongespräch diskutiert worden sei. Der Unternehmensvertreter von G11._____ antwortete im Wesentlichen, er habe nur kurz und scharf gesagt, dass er frei bleiben wolle. Wer ihn kenne und ihn in einem solchen Fall mit einem Anruf in seiner täglichen Arbeit störe, wisse, dass er ihm innerhalb von zwei Minuten einen schönen Tag wünsche und den Hörer wieder zurücklege (vgl. [...]).

c) Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz erachtet es gestützt darauf als erwiesen, dass G8._____, G5._____, G11._____, G4._____, G6._____ und die Beschwerdeführerin 2 im Fall 1 je eine Stützofferte für G9._____ abgegeben haben, wobei die geplante Zuschlagsmanipulation nicht erfolgreich gewesen sei. Mit G12._____ sei der Zuschlag an eine an den Gesprächen nicht beteiligte Gesellschaft gegangen. Die Vorinstanz geht jedoch aufgrund der Äusserung "*Bitte kein Schutz für (G9._____)*" in der erwähnten E-Mail-Kommunikation von G12._____ davon aus, dass auch G12._____ die angestrebte Schutznahme (von) G9._____ bekannt gewesen ist.

Gestützt auf die vorliegenden Beweismittel bezeichnet die Vorinstanz auch die Abgabe einer Stützofferte durch die Beschwerdeführerin 2 als rechtsgenüglich erstellt. Aus dem Eintrag von Fall 1 in der Birchmeier-Liste ergebe sich bereits, dass es in diesem Fall zwischen G9._____ und G5._____ zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Zudem liege das Eingeständnis von G9._____ vor, in diesem Fall für sich selbst einen Schutz organisiert zu haben. Als eingeplante Schutznehmerin habe G9._____ ausgesagt, dass sie (u.a.) mit der Beschwerdeführerin 2 Gespräche über die Angebotseingabe geführt habe, wobei G9._____ J._____ als Mitarbeiter der Beschwerdeführerin 2 genannt habe. Die Aussagen (von) G9._____ seien konkret, präzis und glaubwürdig. Als Schutznehmerin wisse G9._____ mit Sicherheit, mit wem sie was besprochen habe. Zudem habe neben G5._____ auch G8._____ die Einreichung einer Stützofferte eingestanden. Und bei G4._____ sei ein Teil der Offerte von G9._____ gefunden worden (vgl. Verfügung, Rz. 133 ff.; Vernehmlassung, Rz. 151 ff.).

d) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen stellen sich auf den Standpunkt, dass über den Sachverhalt der vorliegenden Ausschreibung sehr wenig bekannt sei. Gestützt auf die erhobenen Beweise sei der "*volle Beweis*" für die der Beschwerdeführerin 2 im Fall 1 vorgeworfene Abgabe einer Stützofferte nicht erbracht. Die Annahme der Vorinstanz stütze sich einzig auf die vagen Aussagen von G9._____, wonach ein Telefongespräch stattgefunden

haben solle. Nähere Umstände zum vermeintlichen Telefonat zwischen der Beschwerdeführerin 2 und G9._____ seien nicht bekannt. Der angebliche Anruf von G9._____ werde bestritten. Dass G9._____ den Mitarbeiter der Beschwerdeführerin 2 nenne, ändere nichts daran, dass diese Auskunft mit grösster Vorsicht zu behandeln sei. Zum Zeitpunkt der Aussage (von) G9._____ seien die Ereignisse (...). Damit müsse davon ausgegangen werden, dass (...). Zudem sei die der Beschwerdeführerin 2 vorgeworfene Stützofferte keinesfalls bewiesen, selbst wenn ein solches Telefongespräch stattgefunden haben sollte.

In der Birchmeier-Liste werde die Beschwerdeführerin 2 nicht genannt. Daher könne die Birchmeier-Liste höchstens als Indiz dafür dienen, dass eine Abrede stattgefunden habe, keinesfalls aber dafür, dass die Beschwerdeführerin 2 eine Stützofferte abgegeben habe. Die Vorinstanz habe im Übrigen den Untersuchungsgrundsatz verletzt, indem sie den beschuldigten Mitarbeiter der Beschwerdeführerin 2 nicht befragt habe. Die Beschwerdeführerinnen beantragen, dass dieser Mitarbeiter entweder vom Bundesverwaltungsgericht oder - im Fall einer Rückweisung - von der Vorinstanz zu Fall 1 befragt wird (vgl. Beschwerde, Rz. 120 ff.; Replik, Rz. 69 ff.).

e) Würdigung des Gerichts

Dass über den Sachverhalt der vorliegenden Ausschreibung sehr wenig bekannt ist, wie dies die Beschwerdeführerinnen geltend machen, trifft nicht zu. Entgegen deren Darstellung geht der Ablauf wie auch das Ausmass der von G9._____ zugegebenen (im Ergebnis nicht erfolgreichen) Schutznahme im Fall 1 aus den vorliegenden Beweismitteln insgesamt schlüssig hervor. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass sich die Aussagen (von) G9._____ zum vorliegenden Fall als glaubwürdig erweisen. Unter Berücksichtigung der übrigen vorliegenden Beweismittel besteht keine Veranlassung, an der Richtigkeit der erwähnten (vgl. Bst. b) Angaben (von) G9._____ - einschliesslich der Bezichtigung der Beschwerdeführerin 2 - zu zweifeln.

So weisen zunächst die Angaben der Unternehmensgruppe Q._____ eine hohe Übereinstimmung mit den Auskünften (von) G9._____ auf. Namentlich wird in der Selbstanzeige der Unternehmensgruppe Q._____ übereinstimmend mit den Angaben (von) G9._____ nicht nur bestätigt, dass G8._____ dem Wunsch (von) G9._____ auf Abgabe einer höheren Offerte nachgekommen ist, sondern auch, dass der Auftrag trotz der erfolgten Koordination an G12._____ vergeben wurde. Obwohl die Unternehmensgruppe Q._____ ausser G9._____ und G8._____ keine weiteren Namen nennt, gilt es zu beachten, dass auch die Unternehmensgruppe Q._____ angibt davon auszugehen, dass G9._____ die Preise mit anderen Anbietern ebenfalls koordiniert hat.

Zudem zeigen der Eintrag in der Birchmeier-Liste und die Beantwortung des Fragebogens durch G5._____, dass sich im Sinne der Auskunft (von) G9._____ auch G5._____ an der vorliegenden Zuschlagsmanipulation beteiligt hat. Übereinstimmend mit der Selbstanzeige (von) G9._____ weist im Übrigen auch G5._____ darauf hin, dass die Schutznahme (von) G9._____ im Ergebnis nicht funktioniert hat, sondern der Auftrag an G12._____ gegangen ist.

Ergänzend wird die Richtigkeit der Angaben (von) G9._____ durch den an der Hausdurchsuchung in den Räumlichkeiten von G4._____ aufgefundenen Fax mit detaillierten Angaben zur Offertkalkulation (von) G9._____ untermauert. Die Übermittlung dieser vertraulichen Informationen (von) G9._____ an den in der Selbstanzeige (von) G9._____ genannten Mitarbeiter von G4._____ zu diesem Zeitpunkt ([...], vgl. Bst. a) kann letztlich nur bedeuten, dass auch G4._____ - wie von G9._____ offengelegt - an der Zuschlagsmanipulation beteiligt gewesen sein muss.

Weiter verdeutlicht auch die vorliegende E-Mail-Kommunikation zwischen Mitarbeitern von G12._____ die von G9._____ eingeräumten Bestrebungen, die Vergabe der ausgeschriebenen Arbeiten unter den Offerenten zu koordinieren. Mit der vorliegenden Mitteilung (...) durch (...) (vgl. Bst. a) ist der Ablauf des vorliegenden Vergabeverfahrens gut dokumentiert. Anhand der (...) kann schlüssig nachvollzogen werden, dass die angestrebte Schutznahme (von) G9._____ nicht geglückt ist, weil sich G12._____ geweigert hat, einen Schutz zugunsten von G9._____ zu gewähren und das Zuschlagskriterium (...) mitgewichtet wurde.

Unter diesen Umständen besteht vernünftigerweise kein Grund anzuzweifeln, dass sich die in der Selbstanzeige (von) G9._____ genannten Gesellschaften an der angestrebten Zuschlagsmanipulation zugunsten von G9._____ beteiligt haben. Ein Grund gestützt worauf nahe liegen würde, dass es sich bei der Bezichtigung der Beschwerdeführerin 2 um eine Falschbeschuldigung bzw. um einen Irrtum von G9._____ handelt, ist nicht ersichtlich. Gestützt auf die vorliegenden Beweismittel verbleiben vielmehr keine ernsthaften Zweifel, dass G9._____ auch die Beschwerdeführerin 2 zwecks Organisation einer Zuschlagsmanipulation im Fall 1 kontaktiert hat und dass die Beschwerdeführerin 2 in der Folge bewusst höher als G9._____ offeriert hat, um G9._____ die gewünschte Schutznahme zu ermöglichen.

Was die Beschwerdeführerinnen zu ihrer Verteidigung vorbringen, vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, zum Zeitpunkt der Aussage (von) G9._____ seien die Ereignisse (...) zurückgelegen, erweist sich als aktenwidrig. Denn G9._____ machte die wesentlichen Angaben zum vorliegenden Fall in der Meldung vom (...) (vgl. [...]), also (...). Auch die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin 2 in der Birchmeier-Liste nicht genannt wird, vermag die Zuverlässigkeit der Angaben (von) G9._____ zu Fall 1 nicht in Frage zu stellen. Insgesamt ergibt sich trotz der Gegendarstellung der Beschwerdeführerinnen gestützt auf die vorliegenden Beweismittel ein stimmiges und widerspruchfreies Gesamtbild über die im vorliegenden Fall erfolgte Abstimmung der Offerten unter Mitbeteiligung der Beschwerdeführerin 2.

Dass die Vorinstanz unter den gegebenen Umständen darauf verzichtet hat, die für die Beschwerdeführerin 2 handelnde Person zu befragen, ist nicht zu beanstanden. Darin kann keine Verletzung des Untersuchungs-

grundsatzes oder der Unschuldsvermutung erblickt werden (vgl. dazu auch die Ausführungen unter E. 6.5.3 ff.; E. 6.5.5). Die Abnahme weiterer Beweise erweist sich angesichts des beschriebenen Beweisergebnisses auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren als nicht erforderlich. Der Antrag der Beschwerdeführerinnen, wonach das Bundesverwaltungsgericht die fragliche Person befragen solle, wird daher abgewiesen.

Zusammenfassend ist es somit rechtsgenüglich erstellt, dass die Beschwerdeführerin 2 im Fall 1 für die designierte Schutznehmerin G9._____ eine Stützofferte abgegeben hat. Weil sich G12._____ geweigert hat, einen Schutz zugunsten von G9._____ zu gewähren und das Zuschlagskriterium (...) mitgewichtet wurde, glückte die angestrebte Schutznahme (von) G9._____ nicht.

8.7.7 Erfolgreiche Schutznahmen der Beschwerdeführerin 3 zwischen 8. Juni 2006 und 7. Juni 2009

8.7.7.1 Fall 26: (...) (inklusive Fälle 25, 27 und 67)

8.7.7.2 Fall 29: (...)

8.7.8 Erfolgreiche Stützofferten der Beschwerdeführerin 3

8.7.8.1 Fall 18 und Fall 74: (...)

8.7.8.2 Fall 25, Fall 27 und Fall 67: (...)

8.7.8.3 Fall 28: (...)

8.7.8.4 Fall 31: (...)

8.7.8.5 Fall 32: (...)

8.7.8.6 Fall 34: (...)

8.7.8.8 Fall 71: (...)

8.7.8.9 Fall 80: (...)

8.7.8.10 Fall 87: (...)

8.7.8.11 Fall 90: (...)

8.7.9 Beteiligung der Beschwerdeführerin 3 an einem Informationsaustausch

8.7.9.1 Fall 35: (...)

a) Basisangaben zur Ausschreibung

(...) schrieb laut der angefochtenen Verfügung (vgl. Rz. 394) mit Eingabefrist vom (...) (...) in (...) aus. Den Zuschlag erhielt gemäss der in diesem Fall vorliegenden Auftragsbestätigung (...) G8._____. Die Offerte hatte G8._____ gemäss dieser Auftragsbestätigung am (...) eingereicht. Den Auftrag erhielt G8._____ am (...) gestützt auf ein Abgebot vom (...) (vgl. [...]). Als weitere Offerenten mit einer höheren Offertsumme als G8._____ nennt die Verfügung G9._____, G4._____, die Beschwerdeführerin 3 und G6._____ (vgl. die in Verfügung, Rz. 394 aufgelisteten Offertsummen). Abgesehen von der erwähnten Auftragsbestätigung liegen keine Dokumente vor, aus welchen die tatsächlichen Offerenten und die Eingabesummen bzw. Abgebote im Fall 35 objektiv hervorgehen würden.

b) Vorliegende Beweismittel

Die Selbstanzeige der Unternehmensgruppe Q._____ gibt bezüglich Fall 35 zur Auskunft, dass am (...) um (...) Uhr bei G6._____ auf Einladung von U._____ von G6._____ eine Besprechung stattgefunden habe. An der Sitzung sei man sich "*nicht wirklich einig*" geworden, "*wer die Arbeit erhält*". G8._____ habe Interesse an dem Objekt angemeldet. Es sei keine Einigung gefunden worden. Die Offerten seien ohne Koordination abgegeben worden. Bei den anschliessenden Abgebotsverhandlungen der Bauherrschaft habe F._____ von G8._____ mit L._____ von G4._____ telefoniert und G4._____ gebeten, kein Angebot mehr zu machen. Man habe sich geeinigt, "dass (G4._____) auf ihre Offerte von Fr. (...) (...) % Rabatt und (...) % Skonto und (G8._____) auf ihre Offerte von Fr. (...)(...) % Rabatt und (...) % Skonto gewähren." Als Beteiligte nennt die Unternehmensgruppe Q._____ neben ihrer Gruppengesellschaft G8._____ weiter G6._____, G4._____, die Beschwerdeführerin 3 und G9._____ (vgl. [...]).

Als Beilage reichte die Unternehmensgruppe Q._____ zunächst die erwähnte Auftragsbestätigung (...) vom (...) ein (vgl. [...]). Weiter reichte die Unternehmensgruppe Q._____ einen Auszug aus der Agenda von F._____ (G8._____) zur Untermauerung des genannten Treffens bei G6._____ sowie handschriftliche Notizen von F._____ zum erwähnten Telefon mit G4._____ ein (vgl. [...]). Der vorliegende Auszug aus der Agenda von F._____ zeigt am (...) den folgenden handschriftlich eingetragenen Termin:

"*(...) Beginn (...)*

(...) (G6._____)"

Die eingereichten Handnotizen befinden sich auf einem mit dem Namen und der Eingabefrist des vorliegenden Bauprojekts überschriebenen Formular von G8._____ mit bereits aufgedruckten Offertbeträgen (...). Handschriftlich vermerkt ist auf diesem Formular unter anderem "*(...)*" und "*(...)*", dies unmittelbar neben dem Wort "*(G4._____)*". Weiter ist handschriftlich "*(...) % Rabatt*", "*(...) % Skonto*" sowie der Vermerk "*Mache noch (...) %*" notiert (vgl. [...]).

Gemäss der vorliegenden Auftragsbestätigung gewährte G8._____ auf die erwähnte Offertsumme tatsächlich (...) % Rabatt und (...) % Skonto (vgl. [...]). Ob auch G4._____ als Abgebot (...) % Rabatt und (...) % Skonto auf die ursprüngliche Offerte gewährte, ist anhand der vorliegenden Akten nicht überprüfbar (vgl. immerhin die von G4._____ im Fragebogen des Sekretariats angegebene Offertsumme; [...]). Unabhängig davon steht aber fest, dass G4._____ in der Stellungnahme zum Verfügungsantrag des Sekretariats auf Ausführungen bzw. Bestreitungen hinsichtlich der G4._____ vorgeworfenen Stützofferte im Fall 35 verzichtet hat (vgl. [...]). Insofern räumt G4._____ die Abgabe einer Stützofferte für G8._____ im Fall 35 faktisch ein.

Zudem gab G9._____ zur Auskunft, dass im Fall 35 "*Gespräche zwischen Wettbewerbern*" stattgefunden haben, und dass G8._____ die tiefste Offerte habe eingeben sollen. An diesen "*Gesprächen über die Angebotseingaben*" seien nebst G9._____ und G8._____ auch G6._____, G4._____ und die Beschwerdeführerin 3 beteiligt gewesen. Ob die Gespräche telefonisch stattgefunden hätten, oder ob es zu einem Treffen unter den beteiligten Gesellschaften gekommen sei, sei für G9._____ nicht mehr nachvollziehbar (vgl. [...]). Als Beilage zu diesen Auskünften reichte G9._____ einen Auszug aus dem System des Baumeisterverbandes ein (vgl. [...]).

An der Anhörung vor der Vorinstanz erfolgte keine spezifische Befragung zu Fall 35.

c) Vorbringen der Vorinstanz

Nach der Darstellung der Vorinstanz steht gestützt auf die vorliegenden Beweismittel fest, dass zwischen G8._____, G4._____, G9._____, der Beschwerdeführerin 3 und G6._____ Gespräche über die Vergabe von Fall 35 stattgefunden haben. An diesen Gesprächen sei zwar gemäss G8._____ zunächst keine Einigung zustande gekommen. Allerdings sei dabei zumindest die Information ausgetauscht worden, dass G8._____ den Zuschlag gesucht habe, was G9._____ bestätige.

Mit Bezug auf die Abgebotsrunde hält es die Vorinstanz aufgrund der vorliegenden Beweislage für bewiesen, dass es zwischen G4._____ und G8._____ zu einer Vereinbarung über die Höhe der Offerten bzw. die zu gewährenden Rabatte gekommen ist.

Der Beschwerdeführerin 3 wirft die Vorinstanz einzig vor, sich im Vorfeld der ursprünglichen Offerteingaben am Informationsaustausch mitbeteiligt zu haben. Rechtlich qualifiziert die Vorinstanz den im Fall 35 als erwiesen erachteten Informationsaustausch als abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. Verfügung, Rz. 401 f., 954; Vernehmlassung, Rz. 294 f.).

d) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen halten das Beweisergebnis im Fall 35 für unvollständig. Vor der Abgebotsrunde sei es zu keiner Abrede gekommen, da die entsprechenden Gespräche gescheitert seien. Eine Beteiligung der Beschwerdeführerin 3 an diesen Gesprächen sei nicht nachgewiesen. Die Selbstanzeigen enthielten in Bezug auf eine solche Beteiligung der Beschwerdeführerin 3 praktisch keine Anhaltspunkte. Insbesondere würden keine Namen von Personen genannt, die an den Gesprächen beteiligt gewesen sein sollten. Auch aus dem Agendaeintrag von F._____ sei kein Hinweis auf die Beschwerdeführerin 3 ersichtlich. Und auch die Selbstanzeige von G9._____ mache keine konkreten Angaben zu einer Beteiligung der Beschwerdeführerin 3.

Die Vorinstanz hätte sich nach dem angeblich für die Beschwerdeführerin 3 an den Gesprächen beteiligten Mitarbeiter erkundigen und diesen sowie auch die Auftraggeberin befragen müssen. Auch G9._____ hätte zum Fall näher befragt werden müssen. Weiter sei unbekannt, ob weitere Mitbewerber eine Offerte eingereicht oder bei den Abgebotsrunden teilgenommen haben. Die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt, da sie weitere Abklärungen versäumt habe (vgl. Beschwerde, Rz. 287 ff.; Replik, Rz. 131 ff.).

e) Würdigung des Gerichts

Aufgrund der vorliegenden Auftragsbestätigung ist unbestrittenermassen davon auszugehen, dass (...) die Arbeiten von Fall 35 erst nach Durchführung einer Abgebotsrunde an G8._____ vergeben hat. Mit den Selbstanzeigen der Unternehmensgruppe Q._____ und von G9._____ liegen zwei voneinander unabhängige und übereinstimmende Informationen vor, dass sich neben G8._____ und G9._____ auch G6._____, G4._____ und die Beschwerdeführerin 3 an einer "*Besprechung*" über die Zuteilung der Arbeiten von Fall 35 bzw. an "*Gesprächen über die Angebotseingaben*" im Fall 35 beteiligt haben. Dabei ist der Vorinstanz angesichts der einschränkenden Auskunft der Unternehmensgruppe Q._____ zuzustimmen, dass sich die Beteiligten vor Abgabe ihrer ursprünglichen Offerten offenbar nicht darauf einigen konnten, "*wer die Arbeit erhält*".

Es bestehen aufgrund der übereinstimmenden Eingeständnisse von G9._____ und der Unternehmensgruppe Q._____ sowie auch unter Berücksichtigung des eingereichten Agendaeintrags aber keine Zweifel daran, dass die übereinstimmend genannten Wettbewerber tatsächlich vor Ablauf der Eingabefrist Gespräche über die Zuteilung der Arbeiten von Fall 35 geführt haben. Dabei liegt es auf der Hand, dass die Beteiligten bei diesen Gesprächen Informationen ausgetauscht haben, die üblicherweise als Geschäftsgeheimnisse gelten (wie Informationen über generelle Offertabsichten, das Interesse von G8._____ am Zuschlag, Kapazitätsauslastungen, Preise, Preisbestandteile).

Anhaltspunkte, welche erhebliche, nicht zu unterdrückende Zweifel an der Mitbeteiligung auch der Beschwerdeführerin 3 an diesen Gesprächen hervorrufen könnten, bestehen nicht. Was die Beschwerdeführerinnen gegen die vorliegenden Auskünfte der Selbstanzeiger und die Aussagekraft des Agendaeintrags von G8._____ vorbringen, vermag die

vorinstanzliche Einschätzung der Beweislage nicht in Frage zu stellen. Die vorliegenden Hinweise auf die Mitbeteiligung der Beschwerdeführerin 3 an den Gesprächen sind durchaus klar und auch ohne weitere Details bzw. konkrete Namensnennungen unmissverständlich. Die etwas vage Wortwahl von G9._____ vermag nichts daran zu ändern, dass auch G9._____ die Vorinstanz darüber informiert hat, dass sich auch die Beschwerdeführerin 3 an den "*Gesprächen über die Angebotseingaben*" im Fall 35 beteiligt hat. Auch der Umstand, dass G9._____ den vorliegenden Auszug aus dem System des Baumeisterverbandes eingereicht und möglicherweise als Erinnerungsstütze beigezogen hat, vermag die stimmige Beweislage nicht zu erschüttern.

Insgesamt hat das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der Auskunft der Unternehmensgruppe Q._____ und (von) G9._____ sowie des vorliegenden Agendaeintrags keine Zweifel daran, dass sich die Beschwerdeführerin 3 im Fall 35 vor Abgabe ihrer Offerte an einem Austausch von Informationen unter Konkurrenten mitbe-

teiligt hat, welche üblicherweise als Geschäftsgeheimnisse gelten (wie Informationen über Offertabsichten, das Interesse von G8._____ am Zuschlag, Kapazitätsauslastungen, Preise, Preisbestandteile). Wie erwähnt (vgl. Bst. c) macht die

Vorinstanz der Beschwerdeführerin 3 keinen Vorwurf, der über die Mitbeteiligung an diesem Informationsaustausch hinausgeht.

Bei diesem Beweisergebnis ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf eine Befragung des für die Beschwerdeführerin 3 an den Gesprächen beteiligten Mitarbeiters, (von) G9._____ und der Auftraggeberin verzichtet hat. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes oder der Unschuldsvermutung liegt nicht vor (vgl. ergänzend E. 6.5.5). Nicht an dieser Stelle zu beurteilen ist die (Rechts-)frage, ob die Vorinstanz den Informationsaustausch im Fall 35 zu Recht als abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert hat (vgl. dazu E. 9.3). Das Gleiche gilt für die Frage, ob die Vorinstanz trotz der unvollständigen Kenntnisse über die Anzahl Offerenten bzw. den konkreten Verlauf der Abgebotsrunde im Fall 35 (vgl. Bst. a) die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu Recht bejaht hat (vgl. E. 8.7.1.3).

Zusammenfassend ist es rechtsgenüglich erstellt, dass sich die Beschwerdeführerin 3 im Fall 35 vor Abgabe ihrer Offerte an einem Austausch von Informationen unter Konkurrenten mitbeteiligt hat, welche üblicherweise als Geschäftsgeheimnisse gelten.

8.7.10 Übersicht über die Beweislage der Einzelfälle

Zusammenfassend erweist es sich als rechtsgenüglich nachgewiesen, dass sich die Beschwerdeführerinnen wie folgt an den nachfolgenden Einzelfällen beteiligt haben (siehe zum Vergleich die Übersicht über das Beweisergebnis der angefochtenen Verfügung in E. 8.1, insbesondere die Tabellen 1 und 2 in E. 8.1.9):

Beschwerdeführerin 2:

Beteiligungsform		Fallnummern	Beurteilung Beweislage
erfolgreiche Schutznahme	"*letzte drei Jahre*" (8.6.2006 – 7.6.2009)	17, 40	Nachweis erbracht
	"*weitere*" (vor 8.6.2006)	21	Nachweis erbracht
Einreichung einer Stützofferte	erfolgreich	2, 14, 47, 48, 80, 85	Nachweis erbracht
	nicht erfolgreich	1	Nachweis erbracht

Tabelle 3: nachgewiesene Beteiligungen der Beschwerdeführerin 2.

Beschwerdeführerin 3:

Beteiligungsform		Fallnummern	Beurteilung Beweislage
erfolgreiche Schutznahme	"*letzte drei Jahre*" (8.6.2006 – 7.6.2009)	26	Nachweis erbracht
Einreichung einer Stützofferte	erfolgreich	18, 25, 27, 31, 34, 67, 74, 80	Nachweis erbracht
Informationsaustausch		35	Nachweis erbracht

Tabelle 4: nachgewiesene Beteiligungen der Beschwerdeführerin 3.

In den übrigen Einzelfällen hat die Vorinstanz den rechtsgenüglichen Beweis für die den Beschwerdeführerinnen vorgeworfene Beteiligung nicht erbracht. Nicht bewiesen sind somit die angeblichen Schutznahmen der Beschwerdeführerin 2 in den Fällen 15, 73 und 75 sowie die angeblichen Stützofferten der Beschwerdeführerin 2 in den Fällen 9, 69, 71 und 97. Bezüglich der Beschwerdeführerin 3 nicht bewiesen sind die angebliche Schutznahme im Fall 29 sowie die angeblichen Stützofferten der Beschwerdeführerin 3 in den Fällen 28, 32, 57, 71, 87 und 90.

9. Vorliegen von Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG

9.1 Vorbringen der Vorinstanz

In rechtlicher Hinsicht folgert die Vorinstanz zunächst, dass in allen Einzelfällen, in welchen sie den Beschwerdeführerinnen eine Mitbeteiligung zur Last gelegt hat, die Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt sind, d.h. Wettbewerbsabreden im Sinne dieser Bestimmung vorliegen. Die Vorinstanz geht davon aus, dass Art. 4 Abs. 1 KG ein "*bewusstes und gewolltes Zusammenwirken*" der an der Abrede beteiligten Unternehmen sowie ein "*Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung*" durch die Abrede voraussetzt. Mit Bezug auf die Voraussetzung des bewussten und gewollten Zusammenwirkens unterscheidet die angefochtene Verfügung zwischen "*Vereinbarungen*" und "*abgestimmten Verhaltensweisen*". Als "*abgestimmte Verhaltensweise*" wertet die Vorinstanz den der Beschwerdeführerin 3 im Fall 35 vorgeworfenen Informationsaustausch, während sie die übrigen als erwiesen erachteten Beteiligungen der Beschwerdeführerinnen - also die Schutznahmen und die Stützofferten - als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in der Form einer "*Vereinbarung*" qualifiziert.

Zur Begründung des bewussten und gewollten Zusammenwirkens betont die Vorinstanz, den rechtsgenüglichen Beweis für die Beteiligungen der betroffenen Gesellschaften an den vorgeworfenen Einzelfällen erbracht zu haben. Namentlich wiederholt die Vorinstanz, dass die Aussagen der Selbstanzeiger glaubwürdig seien. Erfüllt sei auch die Voraussetzung des "*Bezwecken oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung*". Die Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen bzw. der übrigen an diesen Fällen beteiligten Gesellschaften hätten einen Einfluss auf die Preise und die Vergabeentscheide zu ihren Gunsten bezweckt. Die Beschwerdeführerinnen bzw. die übrigen an diesen Fällen beteiligten Gesellschaften hätten mit ihrer Manipulation den Wettbewerbsparameter "*Preis*" ausgeschaltet, "*sodass die Offertpreise nicht mehr das Resultat eines frei spielenden Wettbewerbs sein sollten*" (vgl. Verfügung, Rz. 968). Im Rahmen der Beurteilung der Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG äussert sich die Vorinstanz auch zur Frage, ob die beanstandeten Verhaltensweisen eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt haben, was ebenfalls bejaht wird (vgl. Verfügung, Rz. 939 ff., 965 ff.).

9.2 Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen bemängeln auch im vorliegenden Zusammenhang die Beweisführung der Vorinstanz. Sie äussern sich wiederholt zu den hohen Anforderungen, welche an den Nachweis einer Abredebeteiligung zu stellen seien und argumentieren sinngemäss erneut, die Vorinstanz habe den rechtsgenüglichen Beweis für eine Beteiligung der Beschwerdeführerinnen an den ihnen angelasteten Einzelfällen nicht erbracht (vgl. Beschwerde, Rz. 108 ff.; Replik, Rz. 65).

9.3 Würdigung des Gerichts

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

Wie die Vorinstanz korrekt ausführt, setzt Art. 4 Abs. 1 KG neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen voraus, dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (vgl. Urteil des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.1, *Altimum*, m.w.H. sowie weiterführenden Erwägungen; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 6.3, *Baubeschläge Koch*; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 5.3, *Baubeschläge SFS unimarket*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 5.3, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*; vgl. [zur abgestimmten Verhaltensweise] auch BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*; Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.1, *Türbeschläge*). Das Wort "*oder*" im Gesetzeswortlaut macht deutlich, dass es sich beim Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung um alternative Voraussetzungen handelt (vgl. in diesem Sinne auch BGE 143 II 297 E. 5.4.2, *Gaba* sowie die Urteile des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 303, *Ticketvertrieb Hallenstadion*; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 7.1.2, *Nikon*; B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 6.3.2.9, *Baubeschläge Koch* und B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 5.3.2.6, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*). Bezweckt ist eine Abrede dann, wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist (vgl. Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 303, *Ticketvertrieb Hallenstadion*) oder der Wettbewerb aufgrund des Regelungsinhalts der Abrede potentiell beeinträchtigt werden kann (vgl. in diesem Sinne BGE 143 II 297 E. 5.4.2, E. 5.6, *Gaba*).

9.3.2 Eines der Hauptziele des - eidgenössischen, kantonalen wie kommunalen - Vergaberechts besteht in der Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietern (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]; Art. 1 Abs. 3 Bst. a der interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 / 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB, SR 172.056.5]; § 1 Abs. 1 des aargauischen Submissionsdekrets vom 26. November 1996 [SubmD, SAR 150.910], ebenso Verfügung, Rz. 1053).

Durch die Durchführung einer (öffentlichen wie privaten) Ausschreibung schaffen Ausschreiber eine Wettbewerbssituation unter den vom konkreten Vergabeverfahren angesprochenen Marktteilnehmern. Diese sollen in einen Wirtschaftlichkeits-Wettbewerb treten, wobei sie sich anstrengen sollen, Mitbewerber mit einem insgesamt attraktiveren Angebot zu übertreffen. Dies im Wissen, dass nur der auf die Zuschlagskriterien bezogene günstigste Anbieter den Zuschlag erhält. Der Vergabewettbewerb soll es einem Ausschreiber ermöglichen, Leistungen zu vergleichen und das Angebot mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis bzw. das wirtschaftlich günstigste Angebot wählen zu können. Der angestrebte Vergabewettbewerb spielt aber nur dann, wenn die Offerenten unabhängig voneinander um die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung wetteifern, indem sie ihr Angebot je individuell und im Sinne der Bedürfnisse des Ausschreibers zu optimieren versuchen.

Die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots aus mehreren Angeboten obliegt allein dem Ausschreiber. Dieser tritt mit jedem teilnahmeberechtigten Anbieter in je ein Verhandlungsverhältnis im Hinblick auf einen allfälligen späteren Vertragsabschluss. Die Verhandlungsverhältnisse beinhalten dabei immer ein Vertrauensverhältnis, welches neben dem Ausschreiber auch jeden teilnahmeberechtigten Anbieter zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet (Art. 2 ZGB; vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, Rz. 470, 474). Als Ausfluss dieses Vertrauensverhältnisses und des zentralen Wettbewerbscharakters der Ausschreibung haben private wie öffentliche Ausschreiber berechtigterweise ein hohes Vertrauen darin, dass Anbieter tatsächlich je selbständig und unabhängig voneinander um den Vertragsabschluss wetteifern.

Öffentliche Ausschreiber sind zusätzlich zur allgemeinen Treuepflicht an die vergaberechtlichen Regeln gebunden. Namentlich können sie ein laufendes Vergabeverfahren nur unter Einhaltung der einschlägigen Voraussetzungen wieder abbrechen (vgl. für das Bundesrecht

Art. 30 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; Urteil des BVGer B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 2.4 m.H.). Bei öffentlichen Ausschreibungen gelten daher besonders hohe Erwartungen an ein Verhalten der Anbieter nach Treu und Glauben.

Anbieter unterlaufen die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts, wenn sie die zur Eruierung des wirtschaftlich günstigsten Angebots vorausgesetzte freie Willensbildung des Ausschreibers eigenmächtig durch Kontaktaufnahmen untereinander manipulieren oder auch nur zu manipulieren versuchen. Anbieter, welche ihr Angebot verdeckt nicht selbständig und unabhängig ausarbeiten, spiegeln dem Ausschreiber treuwidrig eine unabhängige Offerteingabe und damit einen vermeintlich unverfälschten Wettbewerb vor. Das zentrale Hauptziel des Vergaberechts, den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern zu fördern, wird bei dieser Sachlage verfehlt (vgl. zum Ganzen: BGE 125 II 86 E. 7c; Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016 E. 4.7.3 und E. 5.3 [zum Wettbewerbsziel in Bezug auf Angebote öffentlich-rechtlicher Anbieter im Verhältnis zum Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrierenden]; Zwischenentscheid des BVGer B-5439/2015 vom 12. November 2015 E. 3.1.9; Entscheid der REKO/WEF FB/2002-1 vom 22. Dezember 2004 E. 5.1, Betosan AG et al., veröffentlicht in: RPW 2005/1 S. 183 ff.; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1391; STEFAN SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, 2009, Rz. 160, 179 ff., 295; BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabsprache, Rechtswirklichkeit und Rechtslage, 1999, Rz. 14, 44 f., 316, 346, 637; MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, Rz. 70 ff., 124; GAUCH, a.a.O., Rz. 475).

9.3.3 Ausgangspunkt für die Beurteilung der vorliegend zu prüfenden Rechtsfrage, ob die Beteiligungen der Beschwerdeführerinnen an den jeweiligen Einzelfällen als Wettbewerbsabreden im Sinne Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden können, bildet der in den vorstehenden Erwägungen festgestellte Sachverhalt (vgl. E. 8.7, Übersicht über das Beweisergebnis in E. 8.7.10). Auf die beschriebene Beweislage der Einzelfälle ist hier nicht mehr zurückzukommen. Somit erübrigen sich weitere Ausführungen, soweit die Parteien das Beweisergebnis der angefochtenen Verfügung erneut beanstanden oder verteidigen.

9.3.4 Gemäss dem vom Bundesverwaltungsgericht festgestellten Sachverhalt steht fest, dass die Beschwerdeführerin 2 bzw. die Beschwerdeführerin 3 in den Fällen 17, 21, 26 und 40 erfolgreich Schutz genommen, in den Fällen 1, 2, 14, 18, 25, 27, 31, 34, 47, 48, 67, 74, 80, 85 für einen anderen Ausschreibungsteilnehmer eine Stützofferte abgegeben sowie im Fall 35 an einem Informationsaustausch mitgewirkt hat.

9.3.4.1 In den Fällen der erfolgreichen Schutznahme haben die Beschwerdeführerinnen die vorstehend beschriebene Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts dahingehend auf treuwidrige Weise unterlaufen, als sie mit konkurrierenden Mitbewerbern einvernehmlich festgelegt haben, dass die Beschwerdeführerin 2 bzw. die Beschwerdeführerin 3 den Submissionsauftrag erhalten soll, was in diesen Fällen auch geglückt ist. Damit geht die Vorinstanz zu Recht von einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG aus.

9.3.4.2 In den Fällen der Einreichung einer Stützofferte haben sich die Beschwerdeführerinnen zudem insofern verdeckt mit Mitbewerbern über die Manipulation des Zuschlags verständigt, als ein anderer Ausschreibungsteilnehmer als eine Beschwerdeführerin den Submissionsauftrag erhalten und die Beschwerdeführerin 2 bzw. die Beschwerdeführerin 3 die Offerte des geschützten Mitbewerbers bewusst überbieten soll, um den Zuschlag zugunsten dieses Mitbewerbers zu steuern. Im Fall 1 war die Stützofferte zwar nicht erfolgreich, d.h. der Zuschlag ging in diesem Fall nicht an den gewünschten Schutznehmer (vgl. E. 8.7.6.1). An der auch hier getroffenen Vereinbarung über die Manipulation des Zuschlags vermag dies jedoch nichts zu ändern. Auch in diesem Fall ist die Voraussetzung des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung gegeben, war die Verhaltenskoordination doch ebenfalls auf eine Beseitigung des Vergabewettbewerbs ausgerichtet.

9.3.4.3 Auch im Fall 35 (Informationsaustausch) hat das (private) Vergabeverfahren sein Ziel verfehlt. Denn es ist gestützt auf die Prüfung der Beweislage (vgl. E. 8.7.9.1) davon auszugehen, dass die im Fall 35 erfolgten Gespräche unter den Mitbewerbern und der damit verbundene Austausch von Geschäftsgeheimnissen einzig darauf abzielten, die zu vergebenden Arbeiten gegebenenfalls eigenmächtig und verdeckt einem der Mitbewerber zuzuteilen. Aus den vorliegenden Akten ergeben sich namentlich keine Hinweise, dass es bei den Gesprächen und dem Informationsaustausch im Fall 35 darum gegangen sein könnte, aus einem gesamtwirtschaftlich zweckmässigen und kaufmännisch vernünftigen Grund eine ARGE zu bilden und der Bauherrin gemeinsam mit den ARGE-Partnern ein optimiertes Angebot zu unterbreiten.

Die Beschwerdeführerin 3 wirkte durch ihre Beteiligung an den Gesprächen bewusst und gewollt mit Konkurrenten zusammen, um die freie Entscheidungsfindung der Bauherrin nach eigenem Dafürhalten zu manipulieren. Unabhängig davon, dass sich die Beteiligten zum gegebenen Zeitpunkt nicht darauf einigen konnten, "*wer die Arbeit erhält*", steht ein solches koordiniertes Zusammenwirken im klaren Widerspruch zur Zielsetzung, welche auch die vorliegende private Ausschreibung verfolgte.

9.3.5 Dass die Vorinstanz die Schutznahmen und Stützofferten der Beschwerdeführerin 2 bzw. 3 wie auch die Teilnahme der Beschwerdeführerin 3 am Informationsaustausch im Fall 35 in rechtlicher Hinsicht als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG wertet und auch die Voraussetzung des Bezwecken oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung bejaht, ist folgerichtig. Die Subsumption der - rechtsgenüglich nachgewiesenen - Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (in der Form der "*Vereinbarung*" bzw. "*abgestimmten Verhaltensweise*") ist daher nicht zu beanstanden. Es besteht keine Veranlassung, darin eine Verletzung von Bundesrecht zu erblicken.

9.4 Zwischenergebnis

Zusammenfassend liegen in allen Fällen, in welchen die Beschwerdeführerin 2 bzw. 3 erwiesenermassen (vgl. E. 8.7; Übersicht über das Beweisergebnis in E. 8.7.10) Schutz genommen, eine Stützofferte eingereicht und sich an einem Informationsaustausch (Fall 35) beteiligt hat, Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

10. Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden

Art. 49a Abs. 1 KG schreibt unter anderem die Sanktionierung von Unternehmen vor, welche an unzulässigen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt sind. Die für die Belastung mit einer Kartellsanktion vorausgesetzte Unzulässigkeit der Abreden ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.4.2, *Gaba*).

Unzulässig sind demnach einerseits Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen. Andererseits sind nach Art. 5 Abs. 1 KG auch Abreden unzulässig, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist in diesem Fall ausgeschlossen. Die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann direkt nachgewiesen werden oder sich auch über die gesetzlichen Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ergeben (vgl. BGE 143 II 297 E. 4.1, *Gaba*).

Nach Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs unter anderem bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG);
- Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG).

10.1 Haupt- und Eventualstandpunkt der Vorinstanz

10.1.1 Die Vorinstanz qualifiziert die gemäss dem vorstehenden Zwischenergebnis vorliegenden Wettbewerbsabreden (vgl. E. 9.4) als horizontale Preisabreden und als horizontale Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne dieser Vermutungstatbestände (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG). Die Preisabrede und die Steuerung des Zuschlags stellten typische Beispiele von Submissionsabsprachen dar, wobei es sich bei der Steuerung des Zuschlags um eine besondere Form der Marktaufteilung handle. Bei Absprachen, in welchen ein Unternehmen geschützt werde, indem die anderen Abspracheteilnehmer zu einem höheren Preis offerieren oder Abstand von einem Angebot nehmen, lägen gleichzeitig Preisabsprachen und - durch die Steuerung des Zuschlags - horizontale Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern vor (vgl. Verfügung, Rz. 994, 998, 1069). Sämtliche den Beschwerdeführerinnen vorgeworfenen Wettbewerbsabreden erfüllten den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG, womit die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu vermuten sei. Diese Vermutung könne weder durch den Nachweis von genügendem Aussenwettbewerb noch von genügendem Innen- und Restwettbewerb umgestossen werden (vgl. Verfügung, Rz. 998, 1011, 1026, 1039).

Davon ausgehend vertritt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung den Hauptstandpunkt, die vorliegenden Wettbewerbsabreden seien gestützt auf Art. 5 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG aufgrund Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs unzulässig und gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar (vgl. Verfügung, Rz. 1011, 1026, 1039, 1041, 1062).

10.1.2 Als Eventualstandpunkt macht die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung geltend, die Wettbewerbsabreden seien selbst dann unzulässig und gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren, falls die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs "*in gewissen Fällen*" umgestossen werden könne. Bei dieser Ausgangslage sei in allen Fällen von einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs auszugehen. Effizienzgründe, die im Falle einer bloss erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG zulassen würden, seien nicht ersichtlich (vgl. Verfügung, Rz. 1042 ff., 1061).

Im Folgenden wird zunächst geklärt, ob sich die Vorinstanz zu Recht auf das Vorliegen der Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG beruft.

10.2 Vorliegen von horizontalen Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG

10.2.1 Submissionsabsprachen können in unterschiedlichen Formen in Erscheinung treten. Der gesetzlichen Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG unterliegt eine Submissionsabsprache nur dann, wenn es sich um eine Submissionsabsprache in der Form einer der in Art. 5 Abs. 3 Bst. a, b und c KG beschriebenen horizontalen Abreden handelt.

Ist dies nicht der Fall, greift die in Art. 5 Abs. 3 KG begründete Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht. Auch unterliegen solche Submissionsabsprachen nicht der direkten Sanktionsdrohung von Art. 49a Abs. 1 KG, welche sich auf die Beteiligung an unzulässigen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie auf unzulässiges Verhalten nach Art. 7 KG beschränkt (vgl. etwa LINDA KUBLI, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, 2014, S. 141 f.; zu häufigen Formen von Submissionsabsprachen: OECD, Leitfaden zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen, Ziff. 2, http://www.oecd.org/competition/cartels/48520533.pdf; illustrativ ebenfalls die Aufzählung von "*Indikatoren für Submissionsabsprachen*" in: Bundeskartellamt, Wie erkennt man unzulässige Submissionsabsprachen? Eine Checkliste für Vergabestellen, S. 3 ff., http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/ Materialien/Materialien_node.html, je abgerufen am 26. April 2018; vgl. auch: GRÄTZ/STÜSSI, Submissionsabreden erkennen und verhindern, BR 2016 S. 86 ff.).

10.2.2 Bei den Schutznahmen und Stützofferten der Beschwerdeführerinnen handelt es sich ohne Weiteres um unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG fallende Submissionsabsprachen. So täuschten die Abredebeteiligten

den ausschreibenden Stellen mit den Schutznahmen und Stützofferten zum einen dadurch einen echten Bietprozess zwischen Wettbewerbern vor, als sie untereinander abgesprochen haben, wer das Angebot vorlegt, das den Zuschlag im Vergabeverfahren erhalten soll. Soweit eine der Beschwerdeführerinnen Schutz genommen hat, war die Beschwerdeführerin 2 oder die Beschwerdeführerin 3 die designierte Zuschlagsempfängerin. Bei den Stützofferten der Beschwerdeführerinnen überliessen die Abredebeteiligten die ausgeschriebenen Arbeiten dem jeweiligen Schutznehmer. Die Submissionsabsprachen hatten somit in beiden Konstellationen zum Inhalt, dass die zu vergebenden Arbeiten - und damit die ausschreibenden Stellen als potentielle Geschäftspartner - einem der Abredebeteiligten zugewiesen werden. Wie von der Vorinstanz geltend gemacht, ist darin eine Marktaufteilung nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu erblicken.

Zum anderen bestand die Vorspiegelung eines echten Bietprozesses bei den vorliegenden Schutznahmen und Stützofferten auch darin, dass die Submissionsabsprachen jeweils das Einverständnis der Abredebeteiligten beinhalteten, dass die stützenden Gesellschaften Angebote unterbreiten, welche preislich höher sind als das Angebot des ausgewählten Schutznehmers. Zwar kann eine Stützofferte grundsätzlich auch darin bestehen, dass andere für den Vergabeentscheid relevante Zuschlagskriterien als der Preis so offeriert werden, dass die ausschreibende Stelle die Offerte voraussichtlich nicht annehmen wird. Die Beurteilung der Beweislage der Einzelfälle (vgl. E. 8.7) lässt aber keinen Zweifel daran, dass die Zuschlagsmanipulationen bei den vorliegenden Schutznahmen und Stützofferten primär über die Abstimmung der Offertpreise erfolgten. Dabei spielte die Höhe der Offertpreise jeweils offensichtlich eine entscheidende Rolle für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots durch die ausschreibende Stelle (vgl. zum Mindestmass der Preisgewichtung im Verhältnis zu den übrigen Zuschlagskriterien auch: Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, Rz. 155 ff.). Die Vorinstanz hat die bei den Schutznahmen und Stützofferten vorliegenden Submissionsabsprachen daher zu Recht auch als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifiziert.

Die Beschwerdeführerinnen bringen nichts Stichhaltiges gegen diese Qualifizierung der Schutznahmen und Stützofferten als Submissionsabsprachen in der Form von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG vor. Die Darstellung der Vorinstanz entspricht denn auch der bisherigen Praxis und Rechtsprechung und wird auch von der Lehre unterstützt (vgl. Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 7, *Implenia (Ticino) SA*; Rz. 74 ff. der Verfügung der Vorinstanz vom 6. Juli 2009 in Sachen *Elektroinstallationsbetriebe Bern* [veröffentlicht in: RPW 2009/3 S. 196 ff.]; Rz. 820 der Verfügung der Vorinstanz vom 22. April 2013 betreffend *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* [veröffentlicht in: RPW 2013/4 S. 524 ff.]; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 5 KG N. 474 m.H.; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 5 N. 433 [zum Begriff des Geschäftspartners]; CHRIST, a.a.O., Rz. 7 ff., 125; SUTER, a.a.O., Rz. 301, je m.H.).

10.2.3 Demgegenüber ist der Vorinstanz nicht zu folgen, wenn sie ohne weitere Ausführungen sinngemäss auch das der Beschwerdeführerin 3 im Fall 35 nachgewiesene Verhalten als unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG fallend betrachtet.

Der im Fall 35 mit Bezug auf die Beschwerdeführerin 3 festgestellte rechtserhebliche Sachverhalt - die Beteiligung an einem Austausch von Informationen, welche üblicherweise als Geschäftsgeheimnisse gelten (vgl. E. 8.7.9.1) - ist anders gelagert als in den Fällen der Schutznahme und Abgabe einer Stützofferte. Trotzdem geht die Vorinstanz stillschweigend davon aus, dass sich die Beschwerdeführerin 3 auch im Fall 35 an einer direkt sanktionsbedrohten Submissionsabsprache in der Form einer Preisabrede und Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern beteiligt hat.

Diese Einschätzung scheint zwar grundsätzlich durchaus naheliegend, da sich die Beschwerdeführerin 3 gemäss dem bisher Ausgeführten (auch) im Fall 35 an Gesprächen unter Mitbewerbern beteiligt hat, welche einzig darauf abzielten, die zu vergebenden Arbeiten gegebenenfalls eigenmächtig und verdeckt einem der Gesprächsbeteiligten zuzuteilen (vgl. daher die Qualifikation als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in E. 9.3.4.3 f.). Eine Anwendung des Vermutungstatbestands von Art. 5 Abs. 3 KG auch im Fall 35 liesse jedoch die entscheidende Tatsache unberücksichtigt, dass sich die Beschwerdeführerin 3 und die übrigen Mitbewerber zum gegebenen Zeitpunkt im Gegensatz zu den Schutznahmen und Stützofferten gerade nicht darauf hatten einigen können, "*wer die Arbeit erhält*".

Entsprechend bestand unter den Abredebeteiligten zum Zeitpunkt, als sich die Beschwerdeführerin 3 am Informationsaustausch im Fall 35 mitbeteiligt hat, keine Übereinkunft darüber, wer das Angebot vorlegt, das den Zuschlag erhalten soll. Gemäss dem verbindlichen Beweisergebnis beteiligte sich die Beschwerdeführerin 3 im Fall 35 weder an einer Vereinbarung, die ausschreibende Stelle einem bestimmten Mitofferenten zuzuweisen, noch hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 3 im Fall 35 die Bereitschaft nachgewiesen, zugunsten eines bestimmten Mitbewerbers ein preislich höheres Angebot abzugeben.

Eine Qualifizierung des der Beschwerdeführerin 3 im Fall 35 vorgeworfenen Informationsaustauschs als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG würde gemäss dem klaren Wortlaut des Gesetzes bedingen, dass im nachgewiesenen Verhalten eine "*direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen*" erblickt werden kann. Eine solche Preisfestsetzung wäre zwar bei jeder direkten oder indirekten Festlegung von Preiselementen oder Preiskomponenten zu bejahen, wobei unter die gesetzliche Vermutung neben der Fixierung von Preisen an sich auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, Vergünstigungen, Preisbestandteilen oder Preiskalkulationen fallen. Entscheidend für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand ist jedoch in jedem Fall "*die Wirkung der Preisfestsetzung*" (vgl. Botschaft KG 1995, 567; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 6.4.11, *Baubeschläge*

Koch; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 5.4.22, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*; je m.w.H.).

Die Teilnahme der Beschwerdeführerin 3 am Informationsaustausch im Fall 35 ermöglichte es dieser, sensible (auch preisbezogene) Informationen mit Mitbewerbern auszutauschen und dadurch namentlich deren konkrete Interessenlage mit Bezug auf die zu vergebenden Arbeiten in Erfahrung zu bringen. Die treuwidrig erlangten Informationen erleichterten es der Beschwerdeführerin 3 wie den übrigen Gesprächsteilnehmern, eine genauere Prognose über das voraussichtliche Bietverhalten der Mitbewerber zu machen und das eigene Angebot danach auszurichten. Es liegt auf der Hand, dass die von den Mitbewerbern in Erfahrung gebrachten Informationen das Verhalten der Beschwerdeführerin 3 in der vorliegenden Ausschreibung beeinflusst haben, wobei auch von einem tendenziellen Preisanstieg des Angebots der Beschwerdeführerin 3 ausgegangen werden muss.

In einer solchen Preisbeeinflussung kann jedoch selbst bei einer weiten Auslegung des Gesetzeswortlauts weder eine direkte noch indirekte Preisfestsetzung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gesehen werden (vgl. mit gleichem Ergebnis auch Rz. 406 ff., insbesondere Rz. 428 f. der Verfügung der Vorinstanz vom 31. Oktober 2011 in Sachen *Ascopa* [veröffentlicht in: RPW 2011/4 S. 529 ff.], inkl. einer Auseinandersetzung mit Lehrmeinungen sowie der schweizerischen bzw. europäischen Praxis). Ebenso wenig stellt das der Beschwerdeführerin 3 im Fall 35 nachgewiesene Verhalten eine Beteiligung an einer Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG dar. Daher liegt im Fall 35 - soweit die Beschwerdeführerin 3 betreffend - keine unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG fallende Submissionsabsprache vor.

Zwar haben gewisse Mitbewerber die Verhandlungen zur einvernehmlichen Zuweisung der Arbeiten fortgeführt und sich zu einem späteren Zeitpunkt auf die Schutznahme eines Mitbewerbers bzw. die Abgabe entsprechender Stützofferten geeinigt. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sich die Beschwerdeführerin 3 gemäss dem hier relevanten Beweisergebnis an später getroffenen (weitergehenden) Submissionsabsprachen nicht mehr beteiligt hat.

10.2.4 Zusammenfassend kann dem Standpunkt der Vorinstanz, dass es sich bei allen Wettbewerbsabreden, an welchen sich die Beschwerdeführerinnen beteiligt haben, um Preisabreden und Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG handelt, insoweit gefolgt werden, als die Beschwerdeführerin 2 bzw. 3 Schutz genommen oder eine Stützofferte eingereicht hat (vgl. E. 10.2.2). In all diesen Fällen (vgl. Übersicht über das Beweisergebnis in E. 8.7.10) greift die in Art. 5 Abs. 3 KG verankerte Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs.

Hingegen liegt eine Verletzung von Bundesrecht vor, indem die Vorinstanz sinngemäss auch die Beteiligung der Beschwerdeführerin 3 am Informationsaustausch im Fall 35 (vgl. E. 8.7.9.1 sowie [zur Qualifikation als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG] E. 9.3.4.3 f.) als Beteiligung an horizontalen Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG behandelt hat (vgl. E. 10.2.3). Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 3 KG) greift im Fall 35 gegenüber der Beschwerdeführerin 3 nicht.

Somit ist die Beteiligung der Beschwerdeführerin 3 an der Wettbewerbsabrede im Fall 35 nicht direkt sanktionsbedroht und durfte sich in der angefochtenen Verfügung auch nicht auf die Höhe des Sanktionsbetrages auswirken (vgl. E. 10.2.1). Unbesehen davon stellt der Informationsaustausch im Fall 35 aber eine nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässige Submissionsabsprache dar, wie die nachfolgenden Ausführungen noch zeigen werden (vgl. E. 10.3.7).

10.3 Beurteilung Eventualstandpunkt

Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im *Gaba*-Urteil (vgl. sogleich) ist es angezeigt, nachfolgend zunächst den Eventualstandpunkt der Vorinstanz zu beurteilen. Mit diesem macht die Vorinstanz geltend (vgl. E. 10.1.2), die vorliegenden Wettbewerbsabreden seien selbst bei einer Umstossung der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zumindest infolge erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung und fehlender Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig.

10.3.1 Das Bundesgericht kam im *Gaba*-Urteil (vgl. BGE 143 II 297) zusammenfassend zum Ergebnis, dass es sich beim Kriterium der Erheblichkeit nach dem historischen, systematischen wie auch dem teleologischen Auslegungselement um eine Bagatellklausel handelt und schon ein geringes Mass ausreichend ist, um als erheblich qualifiziert zu werden (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.1.6). Mit Bezug auf Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG folgerte das Bundesgericht, dass solche - besonders schädlichen - Abreden das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG grundsätzlich erfüllen (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.6; vgl. auch E. 5.2.5, wonach die in Art. 5 Abs. 3 und 4 aufgeführten Abreden die Erheblichkeitsschwelle "*in der Regel*" erreichen).

Dabei stellt Art. 4 Abs. 1 KG als eine für den ganzen Erlass verbindliche Legaldefinition auch für Art. 5 Abs. 1 KG klar, dass auch der potentielle Wettbewerb geschützt werden soll. Entsprechend genügt es, wenn Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen, dass die Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2, E. 5.6, *Gaba*). Laut der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird mit Vereinbarungen und nicht erst mit der Praktizierung der Abredetypen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, "*das volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist*" (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2, *Gaba*).

Bei horizontalen und vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG handelt es sich somit in der Regel allein aufgrund ihres Gegenstandes um erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen oder der Umsetzung einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ist für diese Folgerung nicht erforderlich. Im Übrigen erfüllen solche Abreden das Erheblichkeitskriterium nach Art. 5

Abs. 1 KG gemäss Bundesgericht ohne Bezug auf einen Markt (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.5, *Gaba*). Eine Einzelfallbeurteilung erfolgt gegebenenfalls im Rahmen der Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG, wo beurteilt werden kann, ob die Abrede gesamtwirtschaftlich positive Wirkungen hat oder doch hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dient (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.2, E. 5.4.2, E. 5.5, E. 7.1, *Gaba*, m.H.).

10.3.2 Sämtliche den Beschwerdeführerinnen rechtsgenüglich nachgewiesenen Schutznahmen und Stützofferten stellen besonders schädliche horizontale Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG dar (vgl. E. 10.2.2). Solche harten horizontalen Submissionsabsprachen erfüllen das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG im Sinne der vorstehend erwähnten Ausführungen des Bundesgerichts in der Regel allein aufgrund ihres Gegenstandes; dies ohne Bezug auf einen Markt und auch ohne, dass eine quantitative Analyse der tatsächlichen Auswirkungen der Submissionsabsprachen vorgenommen werden müsste. Ihre Schädlichkeit bewahren solche horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG auch im Fall einer Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.4.4, *Gaba*).

Auf Erwägungen zur Korrektheit der vorinstanzlichen Marktabgrenzung (wonach jedes einzelne untersuchte Submissionsprojekt als eigener sachlich relevanter Markt zu qualifizieren sei) und zur Beurteilung der tatsächlichen Wirkungen der jeweiligen Submissionsabsprachen auf den Wettbewerb kann hier somit verzichtet werden. Die für die Bejahung der Erheblichkeit hinreichende Eignung zur potentiellen Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist bei allen Schutznahmen und Stützofferten gegeben.

10.3.3 Ein Grund zur Annahme, dass die aufgrund der Schutznahmen und Stützofferten vorliegenden Submissionsabsprachen die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG ausnahmsweise nicht erreichen, besteht nicht. Von Bagatellfällen kann nicht gesprochen werden. Denn die Beschwerdeführerinnen haben es in all diesen Fällen zu verantworten, dass der Vergabewettbewerb durch ihre verdeckte und treuwidrige Kooperation mit einem Konkurrenten grundlegend verfälscht und das zentrale Ziel einer unbeeinflussten Wahlmöglichkeit durch die ausschreibende Stelle vereitelt wurde (vgl. dazu auch E. 9.3.2).

Dies gilt einerseits unabhängig davon, ob die Zuschlagsmanipulation im konkreten Fall geglückt ist oder trotz Submissionsabsprache ein anderer Anbieter den Zuschlag erhalten hat (vgl. die nicht erfolgreiche Stützofferte der Beschwerdeführerin 2 im Fall 1, E. 8.7.6.1). Andererseits kann es sich aber auch dann nicht um einen Bagatellfall handeln, wenn sich nur ein Teil der Ausschreibungsteilnehmer an der Submissionsabsprache in der Form der Abgabe einer Stützofferte für einen Schutznehmer beteiligt hat. Obwohl Submissionsabsprachen die Abredebeteiligten in dieser Konstellation nur teilweise vom Konkurrenzdruck durch unbeteiligte Konkurrenten zu entlasten vermögen, beeinträchtigen auch solche Submissionsabsprachen den angestrebten Vergabewettbewerb derart, dass die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG als überschritten erachtet werden muss. Denn auch solche - nur gewisse Offerenten umfassenden - Submissionsabsprachen verkleinern unabhängig von der Anzahl der Abredebeteiligten in jedem Fall die Auswahlmöglichkeit der ausschreibenden Stelle und hindern diese daran, das wirtschaftlich günstigste Angebot im freien Spiel von Angebot und Nachfrage zu ermitteln (vgl. in diesem Sinne auch SUTER, a.a.O., Rz. 303, 311 m.H. u.a. auf die deutsche Rechtsprechung, wonach eine spürbare Beeinflussung des Wettbewerbs bereits anzunehmen ist, wenn sich beispielsweise bloss zwei von neun Anbietern abgesprochen haben).

Zusammenfassend überschreiten die vorliegenden Submissionsabsprachen die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG sowohl unabhängig von der konkreten Anzahl der Abredebeteiligten als auch unabhängig davon, ob die angestrebte Manipulation des Zuschlags letztlich glückte oder misslang. Für die Annahme eines Bagatellfalls besteht bei Submissionsabsprachen in der Form von Schutznahmen und Stützofferten insofern im Regelfall kein Raum.

10.3.4 Damit muss mit Bezug auf die den Beschwerdeführerinnen nachgewiesenen Schutznahmen und Stützofferten (vgl. Übersicht über das Beweisergebnis in E. 8.7.10) davon ausgegangen werden, dass das Erheblichkeitskriterium nach Art. 5 Abs. 1 KG erfüllt ist. Die Beschwerdeführerinnen vertreten sinngemäss einen gegenteiligen Standpunkt. Sie vermögen jedoch nichts Stichhaltiges gegen die aufgrund der vorstehenden Ausführungen getroffene Schlussfolgerung vorzubringen.

10.3.5 Gerechtfertigt sind Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 2 KG, wenn sie (1) notwendig sind, (2) 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 (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Diese drei Voraussetzungen müssen für die Rechtfertigung einer Wettbewerbsabrede kumulativ erfüllt sein, wobei es genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe (2) vorliegt. Notwendig ist eine Abrede, wenn sie verhältnismässig ist, was voraussetzt, dass die Abrede geeignet, erforderlich und in dem Sinne zumutbar ist, dass sie den Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Ziel nicht übermässig einschränkt (vgl. BGE 143 II 297 E. 7.1, *Gaba*, m.H.).

10.3.5.1 Die Vorinstanz hat das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu Recht verneint (vgl. Verfügung, Rz. 1058 ff.). Es ist offensichtlich, dass die Beschwerdeführerinnen und ihre jeweiligen Abredepartner mit den beurteilten Submissionsabsprachen aus objektiver Sicht keinen "*positiven wirtschaftlichen Zweck*" verfolgten, welcher letztlich via wirksamen Wettbewerb auch der Marktgegenseite zugutekommen würde (vgl. BALDI/SCHRANER, 20 Jahre - und kein bisschen weiter?, AJP 2015 S. 1529, 1535). Vielmehr haben sich die Beschwerdeführerinnen ausschliesslich aus eigennützigen Beweggründen auf die Abgabe von Stützofferten bzw. auf eigene Schutznahmen verständigt. Dies primär, um den Konkurrenzdruck untereinander zu vermindern oder nach Möglichkeit auch ganz auszuschalten. Gesamtwirtschaftlich positive Wirkungen lassen sich nicht erkennen

(vgl. in diesem Sinne auch CHRIST, a.a.O., Rz. 370). Wie die Vorinstanz korrekt festhält, ist keiner der gesetzlichen Effizienzgründe gegeben (vgl. Verfügung, Rz. 1061).

10.3.5.2 Eine Rechtfertigung scheitert aber vor allem auch, weil nicht ersichtlich ist, inwiefern die vorliegenden Preisabreden und Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern zur Erreichung der in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Effizienzziele notwendig sein sollten (vgl. so auch HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, 2008, S. 103). Des Weiteren kann von Wettbewerb schlechterdings nicht die Rede sein, wenn sich sämtliche an einer Ausschreibung teilnahmeberechtigten Konkurrenten an der Zuschlagsmanipulation beteiligt haben (vgl. SUTER, a.a.O., Rz. 309). In diesen Fällen steht eine Rechtfertigung zusätzlich nicht zur Diskussion, weil neben den fehlenden Voraussetzungen des Effizienzgrundes und der Notwendigkeit auch die Möglichkeit zur vollständigen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs besteht, was eine Rechtfertigung von vornherein ausschliesst.

10.3.5.3 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich die Mitwirkungspflichten der Parteien nach Art. 13 VwVG insbesondere auf Tatsachen erstreckt, die eine Partei besser kennt als die Behörden und die diese ohne Mitwirkung der Betroffenen gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben können (BGE 143 II 425 E. 5.1, m.H.). Die Wettbewerbsbehörden sind daher ungeachtet des Untersuchungsgrundsatzes nicht verpflichtet, von Amtes wegen geradezu nach Gründen zur Rechtfertigung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens zu forschen. Vielmehr obliegt es im Rahmen der Mitwirkungspflicht nach Art. 13 VwVG auch dem betreffenden Unternehmen, die Aspekte selbst darzulegen und nachvollziehbar zu begründen, welche zur Rechtfertigung herangezogen werden sollen (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 570, *Preispolitik Swisscom ADSL*). Die Beschwerdeführerinnen haben weder in der vorinstanzlichen Untersuchung noch im vorliegenden Beschwerdeverfahren substantiiert dargelegt und nachvollziehbar begründet, inwiefern ihre Verhaltensweisen entgegen den vorstehenden Ausführungen die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG erfüllen könnten.

10.3.6 Somit liegen in allen Fällen, in welchen die Beschwerdeführerinnen erwiesenermassen Schutz genommen oder eine Stützofferte eingereicht haben (vgl. Übersicht über das Beweisergebnis in E. 8.7.10), unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG fallende Submissionsabsprachen vor (vgl. E. 10.2.2), welche sich zumindest infolge erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung und fehlender Rechtfertigungsgründe als unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erweisen (vgl. E. 10.3.1 ff.).

10.3.7 Für die weitere Beurteilung des Eventualstandpunkts der Vorinstanz (vgl. E. 10.1.2) ist nun noch zu beantworten, ob auch die Wettbewerbsabrede, an welcher sich die Beschwerdeführerin 3 durch den Informationsaustausch im Fall 35 beteiligt hat, aufgrund erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung und fehlender Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig ist. Diese Prüfung hat separat zu erfolgen, liegt im Fall 35 - soweit die Beschwerdeführerin 3 betreffend - doch keine unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG fallende harte horizontale Submissionsabsprache vor (vgl. E. 10.2.3 f.).

10.3.7.1 Das Bundesgericht hat es im *Gaba*-Urteil im Wesentlichen offen gelassen, wann die Erheblichkeitsschwelle bei Wettbewerbsbeeinträchtigungen wie der hier vorliegenden im Einzelfall genau erreicht wird. Der Leitentscheid macht aber deutlich, dass die Verwaltung mit der Erheblichkeitsschwelle entlastet werden soll, was mit einer umfassenden und differenzierten Beurteilung nicht erfolgen könne (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.1, *Gaba*). Weiter hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung bestätigt, wonach die Erheblichkeitsschwelle mit quantitativen wie auch mit qualitativen Elementen bestimmt werden kann (BGE 129 II 18 E. 5.2.1, Buchpreisbindung). Hinsichtlich des Verhältnisses dieser beiden Prüfelemente hat das Bundesgericht verdeutlicht, dass es keineswegs sowohl einer quantitativen als auch einer qualitativen Erheblichkeit bedarf. Allgemein ist laut Bundesgericht bei einem sehr gewichtigen qualitativen Element kaum ein quantitatives Element erforderlich. Gibt es hingegen keine qualitativen Elemente oder nur solche mit geringem Gewicht, ist die Erheblichkeitsschwelle gemäss Bundesgericht (vor allem) durch quantitative Elemente zu bestimmen. Quantitative und qualitative Erheblichkeit verhalten sich entsprechend "*wie zwei kommunizierende Röhren*" (BGE 143 II 297 E. 5.2.2, *Gaba*). Qualitative Kriterien, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, sind laut Bundesgericht zu bevorzugen (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.1).

10.3.7.2 Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass die Voraussetzungen für das Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle bei Wettbewerbsabreden ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG bereits in der Bekanntmachung der Vorinstanz betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung weiter konkretisiert worden sind (sog. KMU-Bekanntmachung, publiziert im BBl 2006 883 ff. sowie unter https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dokumentation/bekanntmachungen---erlaeuterungen.html, abgerufen am 26. April 2018).

So hält die KMU-Bekanntmachung unter dem Titel "*Verzicht auf Verfahrenseröffnung*" einerseits fest, dass Wettbewerbsabreden mit ausschliesslicher Beteiligung von "*Kleinstunternehmen*" nach der Praxis der Vorinstanz "*in der Regel nicht als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs*" gelten (KMU-Bekanntmachung Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 5). Die Qualifizierung als Kleinstunternehmen setzt dabei voraus, dass das Unternehmen weniger als 10 Personen (Mitarbeitende) beschäftigt und der Jahresumsatz in der Schweiz Fr. 2 Mio. nicht überschreitet (KMU-Bekanntmachung Ziff. 4).

Andererseits erachtet die Vorinstanz eine Wettbewerbsabrede laut KMU-Bekanntmachung in der Regel dann als zulässig (mit entsprechendem Verzicht auf eine Verfahrenseröffnung), wenn der Wettbewerbsabrede nur eine "*beschränkte Marktwirkung*" zukommt und die Wettbewerbsabrede zudem "*im Dienste einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen steht*" (KMU-Bekanntmachung Ziff. 1 Abs. 1).

Die Bejahung einer "*beschränkten Marktwirkung*" setzt gemäss KMU-Bekanntmachung im vorliegend interessierenden horizontalen Verhältnis voraus, dass der

Marktanteil, welcher von den an einer horizontalen Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen insgesamt gehalten wird, auf keinem der von der Abrede betroffenen relevanten Märkten 10 % überschreitet (KMU-Bekanntmachung Ziff. 3 Abs. 1 Bst. a). Die Frage einer "*beschränkten Marktwirkung*" stellt sich dabei ausdrücklich einzig ausserhalb des Anwendungsbereichs der harten horizontalen und vertikalen Kartellabsprachen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (KMU-Bekanntmachung Ziff. 3 Abs. 2). Das Gleiche gilt mit Bezug auf die Regelung hinsichtlich "*Kleinstunternehmen*" (KMU-Bekanntmachung Ziff. 5).

10.3.7.3 Die KMU-Bekanntmachung der Vorinstanz bildet als Verwaltungsverordnung die Praxis der Vorinstanz ab (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.3, *Gaba*, m.H.). Dank den Hinweisen in der KMU-Bekanntmachung stand den dem Kartellgesetz unterstellten Unternehmen seit der Publikation im Januar 2006 eine konkrete Orientierungshilfe dafür zur Verfügung, wann die Vorinstanz die Erheblichkeitsschwelle bei Wettbewerbsabreden ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG als nicht erreicht oder aber als überschritten erachtet.

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die hier vorzunehmende Beantwortung der Frage, ob bezüglich der Beteiligung der Beschwerdeführerin 3 am Informationsaustausch im Fall 35 eine nach Art. 5 Abs. 1 KG erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, an die Praxis der Vorinstanz gemäss KMU-Bekanntmachung zwar formell nicht gebunden (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.3, *Gaba*). Es spricht aber nichts gegen einen grundsätzlichen Rückgriff auf die beschriebenen Regelungen der KMU-Bekanntmachung. Diese waren zur Zeit der Beteiligung der Beschwerdeführerin 3 am Informationsaustausch im Fall 35 ([...]) bereits in Kraft und stehen auch durchaus im Einklang mit den beschriebenen jüngsten Leitsätzen des Bundesgerichts (vgl. vorstehend in E. 10.3.7.1). Für ein grundsätzliches Abstellen auf die KMU-Bekanntmachung spricht auch, dass diese Bekanntmachung im Interesse der Rechtssicherheit einfach und klar konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen noch von einem "*Kleinstunternehmen*" bzw. einer "*beschränkten Marktwirkung*" ausgegangen werden kann.

10.3.7.4 Mit Bezug auf Fall 35 steht in tatsächlicher Hinsicht - gestützt auf die übereinstimmenden Eingeständnisse und Angaben von G9._____ und der Unternehmensgruppe Q._____ sowie auch unter Berücksichtigung eines Agendaeintrags - fest, dass sich neben der Beschwerdeführerin 3 auch G9._____, G8._____, G6._____ und G4._____ am betreffenden Informationsaustausch beteiligt haben (vgl. E. 8.7.9.1). Laut Verfügung haben sich in der Folge auch genau diese fünf Konkurrenten um die Ausführung der Arbeiten beworben (vgl. Verfügung, Rz. 394). Die Vorinstanz hat den tatsächlichen Verlauf der Auftragsvergabe allerdings nicht belegt, sodass unklar bleibt, ob möglicherweise weitere nicht abredebeteiligte Offerenten Wettbewerbsdruck auf die Abredebeteiligten ausgeübt haben.

Angesichts der Beteiligung der erwähnten fünf Bauunternehmen kann aber unabhängig davon ausgeschlossen werden, dass der Informationsaustausch im Fall 35 unter ausschliesslicher Beteiligung von "*Kleinstunternehmen*" im Sinne von Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 4 der KMU-Bekanntmachung erfolgte. Gerade auch die Erne-Gruppe, welcher die Beschwerdeführerin 3 zum Zeitpunkt des Informationsaustauschs im (...) bereits angehörte (vgl. Verfügung, Rz. 96, 916), kann nicht als "*Kleinstunternehmen*" bezeichnet werden.

Weiter muss auch ohne genauere Kenntnisse über den tatsächlichen Verlauf der Auftragsvergabe davon ausgegangen werden, dass der gemeinsame Marktanteil der fünf beteiligten Bauunternehmen die Erheblichkeitsschwelle von 10 % gemäss Ziff. 3 Abs. 1 Bst. a der KMU-Bekannt-machung weitaus überschreitet. Dies gilt unabhängig davon, ob die Vorinstanz zu Recht jede einzelne untersuchte Ausschreibung als einen eigenen sachlich relevanten Markt betrachtet hat (vgl. Verfügung, Rz. 986). Denn bei einer Aufrechterhaltung dieser Marktabgrenzung würden die fünf beteiligten Bauunternehmen die Erheblichkeitsschwelle von 10 % selbst dann noch übertreffen, falls sie dem Aussenwettbewerb durch zahlreiche nicht abredebeteiligte Offerenten ausgesetzt gewesen sein sollten. Zum anderen müsste selbst bei einer weiteren Abgrenzung des relevanten Marktes (etwa auf den gesamten Strassen- und Tiefbaubereich im Kanton Aargau) davon ausgegangen werden, dass die fünf beteiligten - im Strassen- und Tiefbau teils führenden - Bauunternehmen auch auf einem solchen Markt zusammen einen Marktanteil von über 10 % verkörpern würden. Vorliegend kann somit auch nicht von einer "*beschränkten Marktwirkung*" im Sinne von Ziff. 3 Abs. 1 Bst. a der KMU-Bekanntmachung gesprochen werden.

Schliesslich gilt es in qualitativer Hinsicht zu berücksichtigen, dass der vorliegende Informationsaustausch die Voraussetzungen einer harten horizontalen Submissionsabsprache im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG zwar nicht erfüllt (vgl. E. 10.2.3), aber sehr nahe an diese besonders schädlichen Kartellrechtsverstösse angrenzt. So zielte der Informationsaustausch im Fall 35 gemäss dem festgestellten Sachverhalt einzig darauf ab, die zu vergebenden Arbeiten gegebenenfalls eigenmächtig und verdeckt einem der Mitbewerber zuzuteilen, wobei es den Beteiligten namentlich nicht darum gegangen ist, aus einem gesamtwirtschaftlich zweckmässigen und kaufmännisch vernünftigen Grund eine ARGE zu bilden und der Bauherrin gemeinsam mit den ARGE-Partnern ein optimiertes Angebot zu unterbreiten. Die vorliegend zu beurteilende Wettbewerbsabrede weist daher in abgeschwächter Form ebenfalls die in Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG beschriebenen qualitativ gewichtigen Elemente auf.

Unter Berücksichtigung auch dieser Umstände und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. E. 10.3.7.1) ist das Erheblichkeitskriterium nach Art. 5 Abs. 1 KG somit auch mit Bezug auf die Wettbewerbsabrede erfüllt, an welcher sich die Beschwerdeführerin 3 durch den Informationsaustausch im Fall 35 beteiligt hat.

10.3.7.5 Der Informationsaustausch im Fall 35 vermag angesichts der damit verfolgten Ziele die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG (vgl. E. 10.3.5) offensichtlich nicht zu erfüllen.

Der vorliegende Informationsaustausch lässt keine gesamtwirtschaftlich positiven Wirkungen erkennen, diente er doch dem allfälligen Abschluss einer weitergehenden

- unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG fallenden und damit direkt sanktionierbaren - unzulässigen Submissionsabsprache. Damit erfüllt der vorliegende Informationsaustausch weder einen der gesetzlichen Effizienzgründe noch die Voraussetzung der Notwendigkeit gemäss Art. 5 Abs. 2 KG.

Wann sich ein Austausch sensibler Informationen unter Konkurrenten im Kontext von öffentlichen und privaten Vergaben unter anderen, hier nicht gegebenen, Umständen als unproblematisch und damit als kartellrechtlich zulässig erweist, ist hier nicht weiter auszuführen. Immerhin ist auch diesbezüglich auf die Mitwirkungspflichten der Parteien nach Art. 13 VwVG zu verweisen (vgl. dazu bereits E. 10.3.5.3).

10.3.7.6 Somit steht im Ergebnis fest, dass auch die Wettbewerbsabrede, an welcher sich die Beschwerdeführerin 3 durch den Informationsaustausch im Fall 35 beteiligt hat, zumindest aufgrund erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung und fehlender Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig ist. Die Beteiligung der Beschwerdeführerin 3 an dieser unzulässigen Wettbewerbsabrede ist jedoch nicht direkt sanktionsbedroht, weshalb die dafür ausgesprochene Sanktion aufgehoben werden muss (vgl. E. 10.2.3 f.).

Allerdings ist das unzulässige Verhalten der Beschwerdeführerin 3 im Zusammenhang mit dem Informationsaustausch im Fall 35 ersatzweise durch eine entsprechende Feststellung im Dispositiv des vorliegenden Beschwerdeentscheids festzuhalten. Gleichzeitig werden die Beschwerdeführerinnen aufgefordert, sich künftig an unzulässigen Informationsaustäuschen wie jenem im Fall 35 nicht mehr zu beteiligen. Sollten sich Anhaltspunkte ergeben, eine Gruppengesellschaft der Erne-Gruppe setze sich über diese Aufforderung hinweg, stünde es der Vorinstanz frei, gestützt auf Art. 50 bzw. 54 KG die Auferlegung einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion zu prüfen.

10.3.8 Zusammenfassend handelt es sich somit sowohl mit Bezug auf die den Beschwerdeführerinnen nachgewiesenen Schutznahmen und Stütz-offerten als auch die Beteiligung der Beschwerdeführerin 3 am Informationsaustausch im Fall 35 zumindest um infolge erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung und fehlenden Rechtfertigungsgründen unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Der Eventualstandpunkt der Vorinstanz (vgl. E. 10.1.2) erweist sich damit als rechtmässig.

10.4 Beurteilung Hauptstandpunkt

10.4.1 Im Rahmen ihres Hauptstandpunkts hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zusammenfassend geltend gemacht, in sämtlichen von ihr untersuchten und von Submissionsabsprachen betroffenen Projekten könne die durch Art. 5 Abs. 3 KG begründete Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs weder durch den Nachweis von genügendem Aussenwettbewerb noch von genügendem Innen- und Restwettbewerb umgestossen werden. Die Wettbewerbsabreden seien daher aufgrund Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs unzulässig und gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar (vgl. Verfügung, Rz. 1011, 1026, 1039, 1041, 1062, E. 10.1.1).

10.4.2 Diese Darstellung hat die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht dahingehend präzisiert, als sie nunmehr festhält, dass es bei den nicht erfolgreichen Abreden jeweils "*nur*" zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs gekommen sei (vgl. Vernehmlassung, Rz. 145; ebenso Vernehmlassung B-829/2012 [Granella], Rz. 220; vgl. auch Rz. 1069 der Verfügung, wo die Vorinstanz bereits vage erklärte, die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs habe "*in einigen wenigen Fällen*" widerlegt werden können). Die Vorinstanz geht somit davon aus, dass die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zumindest in den Fällen widerlegt werden kann, in welchen die Submissionsabsprachen aus Sicht der Abredeteilnehmer nicht erfolgreich waren.

10.4.3 Gegen diese Klarstellung ist nichts einzuwenden. Wie sich gezeigt hat, handelt es sich zwar auch dann, wenn trotz Submissionsabsprache ein nicht abredebeteiligter Anbieter den Zuschlag erhalten hat, keineswegs um unerhebliche Bagatellfälle. Durch die Kooperation der Abredebeteiligten wurde der vorausgesetzte Vergabewettbewerb vielmehr auch bei nicht erfolgreichen Submissionsabsprachen grundlegend verfälscht (vgl. E. 10.3.3). Gleichzeitig macht der Entscheid der ausschreibenden Stelle für das Angebot eines nicht abredebeteiligten Dritten aber auch klar, dass die Abredebeteiligten trotz Submissionsabsprache einem Aussenwettbewerb ausgesetzt waren, welcher mit dem Obsiegen des Drittangebots endete und damit zumindest für die Vermutungswiderlegung genügen muss.

Nachfolgend wird somit mit der Vorinstanz davon ausgegangen, dass bezüglich der nicht erfolgreichen Stützofferte, welcher der Beschwerdeführerin 2 im Fall 1 rechtsgenüglich nachgewiesen wurde (vgl. E. 8.7.10), keine Wettbewerbsbeseitigung, sondern "*lediglich*" eine infolge erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung und fehlenden Rechtfertigungsgründen unzulässige Submissionsabsprache vorliegt.

10.4.4 Mit Bezug auf sämtliche erfolgreichen Submissionsabsprachen hält die Vorinstanz an der angeblichen Unzulässigkeit infolge Wettbewerbsbeseitigung fest.

Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend, dass bei erfolgreichen Submissionsabsprachen auch in den Fällen, in welchen es neben den Abredeteilnehmern noch übrige Offerenten gegeben habe, kein ausreichender Aussenwettbewerb vorliegen könne, welcher die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegen würde. Denn dass bei erfolgreichen Abreden keiner der übrigen Submissionsteilnehmer ein besseres Angebot eingereicht habe, zeige, dass der Aussenwettbewerb nicht disziplinierend gewesen sei. Bei erfolgreichen Abreden sei belegt, dass die nicht an der Abrede beteiligten Offerenten nicht konkurrenzfähig gewesen seien und demnach keine ausreichend disziplinierende Wirkung gehabt hätten. Bei erfolgreichen Submissionsabsprachen gebe es letztlich keinen Aussenwettbewerb mehr, da der erfolgreich geschützte Abredeteilnehmer am Schluss jeweils trotz Angeboten durch nicht an der Abrede beteiligte Dritte 100 % des abgesprochenen relevanten Marktes auf sich vereine (als Grundsatz "*the winner takes it all*" bezeichnet). Dass sich Angebote von

nicht an der Abrede beteiligten Dritten bis zu einem gewissen Grad disziplinierend auf die in den abgesprochenen Offerten angebotenen Preise auswirkten, sei letztlich nicht entscheidend. Dieser allfällige Aussenwettbewerb sei nicht ausreichend stark gewesen, um die von den Abredeteilnehmern vereinbarte Zuteilung des betroffenen Geschäftspartners unterlaufen zu können.

Abgesehen davon könne von einem genügenden Innenwettbewerb keine Rede sein. Die Untersuchung habe gezeigt, dass sich die Parteien "*in der weit überwiegenden Zahl der Fälle*" an die Abreden gehalten und absprachegemäss die Gesellschaft geschützt hätten, welche den Auftrag in der Folge erhalten habe (vgl. Verfügung, Rz. 1028). Von anderen Wettbewerbsparametern als dem Preis könne kein genügender Restwettbewerb ausgehen. Der Preis sei in der Tiefbaubranche der entscheidende Wettbewerbsparameter. Dessen zentrale Funktion könne weder durch Merkmale wie Bauzeit, Referenzen, Ruf oder Kundenbetreuung derart geschmälert werden, dass von einem wirksamen Restwettbewerb auszugehen wäre (vgl. Verfügung, Rz. 1001 ff., 1027 ff., Vernehmlassung, Rz. 139 ff., vgl. auch: Vernehmlassung B-880/2012 [Umbricht], Rz. 40; Vernehmlassung B-829/2012 [Granella], Rz. 216 f.; Vernehmlassung B-771/2012 [Cellere], Rz. 29).

10.4.5 Mit ihren Ausführungen stellt sich die Vorinstanz sinngemäss auf den Standpunkt, dass ein für eine Vermutungswiderlegung ausreichender Aussenwettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Dritte bei erfolgreichen Submissionsabsprachen in jedem Fall ausgeschlossen werden kann. Dies letztlich einzig, weil sich in diesen Fällen nachträglich herausgestellt hat, dass die ausschreibende Stelle letztlich das Angebot des Schutznehmers wählte. Diese Auffassung einer angeblich generellen Nichtwiderlegbarkeit der durch Art. 5 Abs. 3 KG begründeten Vermutung bei erfolgreichen Submissionsabsprachen überzeugt nicht.

Entgegen der Vorinstanz können die nicht abredebeteiligten Konkurrenten - je nach den konkreten Verhältnissen im Einzelfall - durchaus auch bei den erfolgreichen Submissionsabsprachen einen relevanten Konkurrenzdruck auf die abredebeteiligten Gesellschaften ausgeübt haben. Das blosse Ergebnis dieser Vergabeverfahren schliesst dies nicht aus und erlaubt für sich auch keineswegs eine hinreichende Einschätzung der Wettbewerbskräfte, welchen die betroffenen Gesellschaften während dem jeweiligen Vergabeverfahren trotz ihres wettbewerbswidrigen Verhaltens ausgesetzt waren.

Dass die ausschreibende Stelle am Ende eines der eingereichten Angebote zum Sieger des Vergabewettbewerbs erklärt, liegt in der Natur der Sache von jedem Vergabeverfahren, sei dieses korrekt verlaufen oder wie vorliegend von Submissionsabsprachen betroffen. Die Wahl des "*wirtschaftlich günstigsten*" Angebots durch die ausschreibende Stelle lässt dabei für sich offensichtlich nicht darauf schliessen, dass der Verfasser des siegreichen Angebots während dem Vergabewettbewerb keinen hinreichend disziplinierenden Wettbewerbskräften ausgesetzt gewesen sein kann. Nicht anders kann es sich verhalten, wenn es sich beim Zuschlagsempfänger wie vorliegend um einen Anbieter handelt, welcher sich als Schutznehmer erfolgreich an einer Submissionsabsprache beteiligt hat.

Für die wettbewerbliche Beurteilung ist denn auch weniger relevant, welche Gesellschaft die ausgeschriebenen Arbeiten aufgrund der Zuschlagserteilung im Ergebnis ausführen durfte. Statt einer solchen Betrachtung expost ist aus wettbewerblicher Sicht vielmehr entscheidend, ob der Vergabewettbewerb *ex-ante* ausreichend spielte, also ab der Einleitung des Vergabeverfahrens. Dabei interessieren vor allem die wettbewerblichen Verhältnisse während der Ausarbeitung und Einreichung der jeweiligen Angebote. In dieser Phase schafft grundsätzlich jedes Konkurrenzangebot, welches die Abredebeteiligten im konkreten Einzelfall von einem nicht abredebeteiligten Marktteilnehmer erwarteten, eine Konkurrenzsituation mit einer potentiellen Auswirkung auf das Bietverhalten auch der Abredebeteiligten. Entsprechend konnten sich die Teilnehmer der erfolgreichen Submissionsabsprachen bei der Ausarbeitung und Einreichung ihrer Angebote durchaus einem für die Frage der Vermutungswiderlegung relevanten Wettbewerbsdruck ausgesetzt gesehen haben. Dies je nach der konkreten Anzahl und Art der Aussenwettbewerber, und wenn davon auszugehen war, die ausschreibende Stelle werde auf entsprechende Angebote nicht abredebeteiligter Gesellschaften zurückgreifen können.

Die Bejahung eines Aussenwettbewerbs, welcher für eine Vermutungswiderlegung ausreicht, kann daher entgegen der Vorinstanz nicht pauschal davon abhängig gemacht werden, dass sich ein nicht abgesprochenes Angebot zwingend gegen die abgesprochenen Angebote durchgesetzt haben muss. Das Aufstellen einer solchen Anforderung würde darauf hinauslaufen, dass selbst bei korrekt verlaufenen Submissionen davon auszugehen wäre, der Zuschlagsempfänger sei als Gewinner des Wettbewerbs keinen hinreichenden Wettbewerbskräften ausgesetzt gewesen, habe sich sein Angebot doch gegen sämtliche - letztlich nicht konkurrenzfähigen - Angebote durchgesetzt.

10.4.6 Eine stichhaltige Begründung der geltend gemachten Wettbewerbsbeseitigung aufgrund fehlender Widerlegbarkeit der gesetzlichen Vermutung bei allen erfolgreichen Submissionsabsprachen hätte daher grundsätzlich erfordert, dass die angefochtene Verfügung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung (vgl. Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 9.2.1 ff., *Implenia* [Ticino]) und der konkreten Umstände nachvollziehbar aufzeigt, warum die Abredebeteiligten im Zeitpunkt der Ausarbeitung und Einreichung ihrer Angebote trotz gegebenenfalls nicht eingebundener Konkurrenz keinen ausreichend disziplinierenden Kräften ausgesetzt gewesen sein sollen. Ob die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht mit Bezug auf sämtliche erfolgreichen Submissionsabsprachen an der Unzulässigkeit infolge Wettbewerbsbeseitigung festhält, kann vorliegend jedoch offen bleiben (vgl. E. 11.5.6, insbesondere E. 11.5.6.6).

10.5 Zwischenergebnis

Zusammenfassend erweist sich der Eventualstandpunkt der Vorinstanz als rechtmässig. Wie die Vorinstanz eventualiter geltend macht (vgl. E. 10.1.2), sind die Wettbewerbsabreden, an welchen sich Beschwerdefüh-

rerinnen durch ihre Schutznahmen und Stützofferten erwiesenermassen beteiligt haben (vgl. Übersicht über das Beweisergebnis in E. 8.7.10), zumindest aufgrund erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung und fehlender Rechtfertigungsgründe unzulässig nach Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. E. 10.3.6).

Auch mit Bezug auf die - von Art. 5 Abs. 3 KG nicht erfasste und entsprechend nicht direkt sanktionsbedrohte - Beteiligung der Beschwerdeführerin 3 am Informationsaustausch im Fall 35 ist zumindest von einer infolge erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung und fehlender Rechtfertigungsgründe unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG auszugehen (vgl. E. 10.3.7 sowie [zur Qualifikation des vorliegenden Informationsaustauschs als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG] E. 9.3.4.3 f.). Das unzulässige Verhalten der Beschwerdeführerin 3 im Zusammenhang mit dem Informationsaustausch im Fall 35 ist im Dispositiv des vorliegenden Beschwerdeentscheids durch eine entsprechende Feststellung festzuhalten. Gleichzeitig werden die Beschwerdeführerinnen aufgefordert, sich künftig an unzulässigen Informationsaustäuschen wie jenem im Fall 35 nicht mehr zu beteiligen (vgl. E. 10.3.7.6).

Ob die Vorinstanz im Hauptstandpunkt (vgl. E. 10.1.1 sowie die Präzisierung in E. 10.4.2) zu Recht mit Bezug auf sämtliche erfolgreichen Submissionsabsprachen an der Unzulässigkeit infolge Wettbewerbsbeseitigung festhält, kann vorliegend offen bleiben (vgl. E. 10.4.6).

11. Sanktionierung

11.1 Rüge der Verletzung des Legalitäts- und Bestimmtheitsgebotes

11.1.1 Die Beschwerdeführerinnen bringen gegen die Sanktionierung zunächst vor, diese verletze das Legalitätsprinzip und das Bestimmtheitsgebot im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 7 EMRK, weil die Tatbestandsmässigkeit und die Rechtsfolgen für die Beschwerdeführerinnen nicht voraussehbar gewesen seien.

Die angefochtene Verfügung enthalte zahlreiche rechtliche Überlegungen, welche für die Beschwerdeführerinnen nicht voraussehbar gewesen seien. Dazu zähle die von der Vorinstanz vorgenommene enge Marktabgrenzung und das gestützt darauf angenommene Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung bzw. einer Wettbewerbsbeseitigung. Im Falle einer Bestätigung der vorinstanzlichen Marktabgrenzung durch das Bundesverwaltungsgericht sei auf eine Sanktionierung zu verzichten. Es sei zu beachten, dass es zum Zeitpunkt des vorliegend untersuchten Verhaltens noch keine einschlägige Fallpraxis zur Sanktionierung bei Submissionsabsprachen gegeben habe. Die Verfügung der Vorinstanz vom 6. Juli 2009 in Sachen *Elektroinstallationsbetriebe Bern* (vgl. RPW 2009/3 S. 196 ff.) sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht publik gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 45, Replik, Rz. 12 ff.).

11.1.2 Demgegenüber macht die Vorinstanz geltend, das Bundesgericht habe durch die Bestätigung der Sanktion im *Publigroupe*-Entscheid (BGE 139 I 72) zumindest implizit entschieden, dass Art. 49a KG hinsichtlich der Rechtsfolge, also der Sanktionsdrohung, den Anforderungen an das Legalitätsprinzip zu genügen vermöge.

Hinsichtlich der genügenden Bestimmtheit auf der Tatbestandsseite argumentiert die Vorinstanz mit den Ausführungen des Bundesgerichts, wonach es dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit nicht entgegenstehe, wenn das betroffene Unternehmen in einem vernünftigen, den Umständen entsprechenden Masse rechtlichen Rat einholen müsse, um die möglichen Folgen eines bestimmten Handelns zu ermitteln. Das Meldeverfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG biete Unternehmen die Möglichkeit, die fragliche Gesetzesgrundlage zu konkretisieren und ein allfälliges Sanktionsrisiko in geeigneter Weise abzuschätzen. Die Beschwerdeführerinnen hätten diese Möglichkeit allerdings nicht benutzt. Zudem erscheine Art. 5 Abs. 3 (ev. i.V.m. Abs. 1) KG verglichen mit den in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten unzulässigen Verhaltensweisen bestimmter und klarer. Da gemäss Bundesgericht auch Art. 7 Abs. 2 KG dem Bestimmtheitsgebot genüge, müsse dies erst recht hinsichtlich des kartellrechtlichen Abredetatbestands gelten. Bei Art. 7 KG stehe dem Bestimmtheitsgebot weiter auch nicht im Wege, dass die kartellrechtliche Beurteilung eine (zuweilen nicht ganz einfach vorhersehbare) Marktabgrenzung erfordere. Es sei nicht einzusehen, weshalb dies bezüglich Art. 5 KG anders sein sollte. Im Übrigen habe die Vorinstanz genau dieselbe Marktabgrenzung wie in der angefochtenen Verfügung bereits im Jahr 2002 vorgenommen (m.H. auf RPW 2002/1 S. 142 Rz. 28, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek*). Es treffe daher nicht zu, dass die Marktabgrenzung in der angefochtenen Verfügung für die Beschwerdeführerinnen unvorhersehbar gewesen sei.

Des Weiteren bringt die Vorinstanz vor, die Beschwerdeführerinnen würden mit ihren Vorbringen möglicherweise versuchen vorzubringen, sie hätten sich in einem Sachverhaltsirrtum befunden, da sie sich über die erheblich wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung ihrer Verhaltensweise getäuscht hätten. Ein Sachverhaltsirrtum liege jedoch nicht vor. Denn ob sich die Beschwerdeführerinnen bewusst gewesen seien, dass sich diese Abreden wettbewerbsbeseitigend oder zumindest wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigend auswirkten, sei irrelevant bzw. müsse sich der subjektive Tatbestand gar nicht auf diese Elemente beziehen. Unabhängig davon gelte es festzuhalten, dass die Abredeteilnehmer mit den Abreden gerade wissentlich und willentlich wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkungen hätten herbeiführen wollen. Dabei hätten die Abredeteilnehmer zumindest erheblich wettbewerbsbeeinträchtigende, wenn nicht gar wettbewerbsbeseitigende Wirkungen billigend in Kauf genommen.

Im Übrigen dürfe das vorliegend relevante Verbot harter Abreden als allgemein bekannt vorausgesetzt werden. Zudem habe eine branchenmässige Aufklärung durch den Schweizerischen Baumeisterverband stattgefunden. Auch das Vorliegen eines allfällig geltend gemachten Verbotsirrtums könne daher ausgeschlossen werden (vgl. Vernehmlassung, Rz. 19 ff.).

11.1.3 Den Beschwerdeführerinnen wurde gemäss den bisherigen Erwägungen die wiederholte Beteiligung an

unzulässigen Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG nachgewiesen. Was die Vereinbarkeit einer Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen mit dem Legalitätsprinzip im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 7 EMRK anbelangt, sind mehrere Aspekte zu unterscheiden: (1) die Frage, ob im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässige Abreden, bei denen die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegbar ist, gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden können, sowie die Fragen, ob (2) der Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG und (3) die in Art. 49a Abs. 1 KG vorgesehene Rechtsfolge der Sanktionierung hinreichend bestimmt und damit vorhersehbar sind.

a) Sanktionierbarkeit bei Vermutungswiderlegung

Den ersten Aspekt hat das Bundesgericht mit Urteil in Sachen Gaba inzwischen höchstrichterlich geklärt und die erwähnte Fragestellung bejaht. Dabei folgerte das Bundesgericht gestützt auf eine Auslegung von Art. 5 KG und Art. 49a Abs. 1 KG, dass letztere Bestimmung Bezug zum Abredetyp nimmt. Laut der bundesgerichtlichen Auslegung sind mit dem Hinweis von Art. 49a Abs. 1 KG auf die Beteiligung an einer "*unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4*" diejenigen Abreden gemeint, welche in den Absätzen 3 und 4 von Art. 5 KG einzeln aufgeführt sind, wobei sich die Unzulässigkeit der Abreden nur aus Art. 5 Abs. 1 KG ergibt. Entsprechend sind die - aus Sicht des Gesetzes besonders problematischen - Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht nur zu sanktionieren, wenn sie den Wettbewerb beseitigen und sich deshalb als unzulässig nach Art. 5 Abs. 1 KG erweisen, sondern auch, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung als umgestossen zu betrachten ist und sich die Unzulässigkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG daraus ergibt, dass die Abreden den Wettbewerb ohne Rechtfertigung erheblich beeinträchtigen (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.4, insbesondere E. 9.4.6, *Gaba*; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 5.3 f., *BMW*).

Die Sanktionierung der vorliegenden unzulässigen Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG ist demnach unbesehen der widerlegten Beseitigungsvermutung mit dem Legalitätsprinzip vereinbar.

b) Bestimmtheit des Tatbestands

Die Rüge der angeblich ungenügenden Bestimmtheit und Voraussehbarkeit der Tatbestandsmässigkeit von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG ist mit Blick auf die - im vorliegenden Entscheid ausführlich (in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht) beurteilten - Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen einzuschätzen. Die erneute Vergegenwärtigung dieser Sachverhalte und rechtlichen Erwägungen macht deutlich, dass die Beschwerdeführerinnen entgegen ihrer wenig stichhaltigen Darstellung zu jedem Zeitpunkt erkennen mussten, dass die Wettbewerbsbehörden die vorliegenden Schutznahmen und Stützofferten zumindest als Beteiligung an den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden harten Kartellabreden qualifizieren und in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG sanktionieren würden. Dies muss umso mehr gelten, als - entgegen den Beschwerdeführerinnen - seit geraumer Zeit zwei einschlägige Entscheide der Wettbewerbsbehörden vorliegen, welche sich mit Submissionsabsprachen befasst und deren kartellrechtliche Unzulässigkeit festgestellt haben (vgl. RPW 2002/1 S. 130 ff., *Landesbibliothek*; RPW 2008/1 S. 85 ff., *Strassenbeläge Tessin*).

Die Beschwerdeführerinnen müssen sich auch entgegenhalten lassen, dass der Schweizerische Baumeisterverband seine Mitglieder nach der Einführung der direkten Sanktionsmöglichkeit in mehreren Infoblättern (SBV-Flash) über die Sanktionierbarkeit von Submissionsabsprachen informiert hat. Ebenso haben die EU-Gerichte die Unzulässigkeit entsprechender Abreden wiederholt festgestellt (vgl. EuGH, EU:C:2005:408, *Dansk Rørindustri*). Die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, sie hätten die Marktabgrenzung der Vorinstanz und deren darauf gestützte Einschätzung der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht vorhersehen können, vermag nicht zu überzeugen. Dies umso weniger, als die Korrektheit der vorinstanzlichen Marktabgrenzung im vorliegenden Entscheid überhaupt nicht weiter geprüft werden musste, ist das Erheblichkeitskriterium nach Art. 5 Abs. 1 KG bei den aufgrund der Schutznahmen und Stützofferten vorliegenden Submissionsabsprachen doch ohne Bezug auf einen Markt erfüllt (vgl. E. 10.3).

Zudem gilt es zu beachten, dass das Bundesgericht im Urteil in Sachen *Gaba* ausdrücklich bestätigt hat, dass Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG für eine Sanktionsauferlegung genügend bestimmt ist und den Vorgaben des Grundsatzes "*keine Strafe ohne Gesetz*" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 7 EMRK genügt (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.6.1). Im Zentrum dieser Beurteilung stand zwar Art. 5 Abs. 4 KG. Doch besteht kein Grund anzunehmen, dass mit Bezug auf die vorliegend geprüften Tatbestandselemente von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG eine andere Schlussfolgerung gezogen werden müsste. Gerade auch Art. 5 Abs. 3 KG bringt in genügend klarer Form zum Ausdruck, was mit Blick auf die vorliegend beurteilten Submissionsabsprachen unter dem unerwünschten Verhalten zu verstehen ist. Abgesehen davon enthalten weder Art. 5 Abs. 1 BV noch Art. 7 EMRK ein Verbot der schrittweise erfolgenden Klärung der Vorschriften durch richterliche Auslegung (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.3).

Es ist daher - übereinstimmend mit den vorinstanzlichen Ausführungen - darauf zu schliessen, dass auch Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG für eine Sanktionsauferlegung genügend bestimmt ist. Die Rüge der angeblich fehlenden Voraussehbarkeit der Tatbestandsmässigkeit ist unbegründet.

c) Bestimmtheit der Rechtsfolge

Gleiches gilt auch für die Rüge der angeblich ungenügenden Bestimmtheit und Voraussehbarkeit der Rechtsfolge von Art. 49a Abs. 1 KG, d.h. der Sanktionierung mit einer Busse von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens. Wie das Bundesgericht im Urteil in Sachen Publigroupe (in einer Art. 7 KG betreffenden Angelegenheit) entschieden hat, ist Art. 49a Abs. 1 KG auch von der Sanktionsfolge her in ausreichender Weise inhaltlich bestimmt (Urteil des BGer 2C_484/2010 vom

29. Juni 2012 E. 12.2.2, 12.3.4 [nicht publizierte Erwägungen in BGE 139 I 72], *Publigroupe*).

Die hinreichende Vorhersehbarkeit der Rechtsfolge ergibt sich insbesondere daraus, dass ein Unternehmen als Adressat des Kartellrechts die ihm nach Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG drohende Maximalsanktion anhand des gesetzlich vorgesehenen Rahmens selbst ermitteln kann. Davon kann auch vorliegend ausgegangen werden (vgl. zum Ganzen [mit weitergehenden Ausführungen] das Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 617 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*).

11.2 Vorwerfbarkeit

11.2.1 Eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG setzt ein Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit voraus. Dieses stellt das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar (vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.2.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72], *Publigroupe*; vgl. in diesem Sinne auch die jüngere kartellrechtliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 14.3.5, *Gaba*; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.2, *Nikon*; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 654 ff., 674 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*).

11.2.2 Die Vorinstanz folgert in der Verfügung, es liege seitens der Untersuchungsadressaten und auch der Beschwerdeführerinnen ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit vor. Die Bemühungen der Beschwerdeführerinnen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen hätten nicht ein Niveau erreicht, welches die Vorwerfbarkeit der unzulässigen Abredetätigkeit in Frage stellen könnte. Allgemein hätten die Untersuchungsadressaten keine wirksamen Vorkehren getroffen, um die Einhaltung des Kartellgesetzes sicherzustellen. In Bezug auf alle Untersuchungsadressaten sei ein Bewusstsein gegeben, dass das an den Tag gelegte Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.

Die Aussagen (von ...) der Beschwerdeführerin 2 - er selbst habe kein Interesse an Submissionsabsprachen gehabt, was er seinen Kalkulatoren auch regelmässig mitgeteilt habe - seien zwar glaubwürdig. Diese Haltung sei sogar der Konkurrentin G5._____ bekannt gewesen und habe dazu geführt, dass die Beschwerdeführerin 2 selten an Submissionsabsprachen beteiligt gewesen sei. Aber trotzdem stehe fest, dass die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 an Submissionsabsprachen beteiligt gewesen und die Compliance-Vorkehren also nur teilweise gewirkt hätten.

Bei näherer Betrachtung sei dies auch nicht erstaunlich, denn das Compliance-Programm habe einzig aus mündlichen Aufforderungen bestanden, sich nicht an Abreden zu beteiligen, und habe ausschliesslich auf Vertrauen beruht. Über vorgängig festgelegte und kommunizierte Sanktionen sei nichts bekannt. Eine definierte Vorgehensweise bei Verdachtsmomenten über Verstösse gegen die mündlichen Aufforderungen existiere nicht, ja habe die Beschwerdeführerin 2 auf solche Verdachtsmomente überhaupt keine Reaktion gezeigt. Zwar habe diese gewisse Mitarbeiter gefragt, ob etwas vorgefallen sei. Da dies aber verneint worden sei, habe man es dabei bewenden lassen. Es sei für die abredewilligen Konkurrenten der Beschwerdeführerinnen offenbar auch ein Leichtes gewesen, an die für sie richtigen Leute unterhalb der Geschäftsleitung zu gelangen. Ein solches Vorgehen sei in Anbetracht der Beweislage nicht nachvollziehbar. Die Beschwerdeführerinnen vermöchten diese Ausführungen mit ihren Hinweisen auf das Compliance-Programm und die durchgeführten internen Untersuchungen nicht zu entkräften (vgl. Verfügung, Rz. 1070 ff., Vernehmlassung, Rz. 380 ff.).

11.2.3 Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auf die angeblich ernsthaften Bemühungen der Geschäftsleitung um Durchführung einer gut funktionierenden Compliance. Ihr Management habe sich nachweislich stets strikte gegen die Beteiligung an Wettbewerbsabreden ausgesprochen und diese Philosophie auch durchgesetzt. Die Geschäftsleitung habe die Mitarbeiter an den wöchentlichen Sitzungen regelmässig ermahnt, sich nicht an Submissionsabsprachen zu beteiligen. (...) habe immer besonderen Wert darauf gelegt, die Kalkulatoren darüber aufzuklären, dass es nicht die Geschäftsstrategie der Beschwerdeführerinnen sei, sich an Submissionsabsprachen zu beteiligen. Die starke Compliance Politik und das grundsätzliche Desinteresse der Beschwerdeführerinnen an der Beteiligung an Absprachen seien in der Branche allgemein bekannt gewesen.

Es sei nicht nachvollziehbar, dass die Vorinstanz die Bemühungen der Beschwerdeführerinnen als nicht genügend erachte. (...) habe die Verantwortung zur Implementierung und Durchführung des Compliance-Programms selbst an die Hand genommen. Er persönlich habe die Kalkulatoren wöchentlich darauf hingewiesen, dass (...) keine Absprachen dulden würden und ihnen befohlen, die Beteiligung an Submissionsabsprachen zu unterlassen. Die Vorkehren zur Einhaltung der kartellrechtlichen Vorschriften hätten im repetitiven Element - d.h. der wöchentlichen Sensibilisierung der Kalkulatoren - gelegen. Ein effektiveres Compliance-Programm sei kaum vorstellbar.

Der Vorinstanz könne auch nicht gefolgt werden, wenn sie argumentiere, die während des Verfahrens durchgeführten internen Untersuchungen der Beschwerdeführerinnen seien ungenügend gewesen, weil sie ausschliesslich auf Vertrauen basierten. Die Beschwerdeführerinnen hätten die angeblich an den Absprachen beteiligten Personen im Gegensatz zur Vorinstanz befragt. Sämtliche Befragten hätten angegeben, sich nicht an Absprachen beteiligt zu haben. Weiter hätten die Beschwerdeführerinnen alle Unterlagen und Dokumente aus der untersuchten Periode aufgearbeitet und analysiert. Anhaltspunkte für eine Teilnahme an Submissionsabsprachen seien keine zum Vorschein gekommen. Setze sich ein Kalkulator über die regelmässig geäusserten Weisungen der Geschäftsleitung hinweg und nehme an konspirativen Treffen zwecks Vereinbarung von Submissionsabsprachen teil, könne dies von einem Unternehmen wie den Beschwerdeführerinnen nicht aufgedeckt werden (vgl. Beschwerde, Rz. 432 ff.; Replik, Rz. 198 ff.).

11.2.4 Aufgrund der vorliegenden Aktenlage und mangels gegenteiliger Hinweise darf davon ausgegangen

werden, dass die im Namen der Beschwerdeführerinnen kartellrechtswidrig handelnden Personen in Ausübung der ihnen ordentlich zugewiesenen geschäftlichen Tätigkeiten gehandelt und sich durch den bewussten Abschluss der vorliegenden Submissionsabsprachen pflichtwidrig und damit schuldhaft verhalten haben.

Sorgfaltspflichtverletzungen innerhalb des Unternehmens sind diesem als massgeblichem Kartellrechtssubjekt ohne Weiteres objektiv zuzurechnen, soweit Tochter- und Muttergesellschaft - wie vorliegend - eine wirtschaftliche Einheit im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG bilden. Davon zu unterscheiden ist die sogleich zu beurteilende subjektive Zurechenbarkeit dieses schuldhaften Verhaltens sowie die Frage, ob die Vorinstanz die Sanktionen den rechtmässigen Verfügungsadressaten innerhalb der massgeblichen Wirtschaftseinheit auferlegt hat (vgl. E. 11.4 sowie Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 678, 680, *Preispolitik Swisscom ADSL*, m.w.H.; GRÜNIGER, Bussen gegen Submissionskartelle und die Anforderungen an "Compliance"-Programme, BR 2012, S. 132; HEINE, Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz, ZStrR 2007, S. 119; TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 49a N. 98; restriktiver GRAF, GesKR 2015 S. 360 f.; KUBLI, a.a.O., S. 350 ff., 382 f.; zur Rechtspraxis der EU-Gerichte: EuGH, EU:C:2009:742, Rz. 55 ff., *Akzo Nobel*).

Für die Beurteilung der subjektiven Zurechenbarkeit und damit die Vorwerfbarkeit im engeren Sinne ist ein objektiver Sorgfaltsmassstab anzusetzen. So ist das Vorliegen eines objektiven Sorgfaltsmangels im Sinne eines Organisationsverschuldens auf Seiten des Unternehmens für die subjektive Zurechenbarkeit prinzipiell ausreichend. Dabei gilt es zu beachten, dass die Mitglieder der Führungsgremien von Gesellschaften aufgrund von gesellschaftsrechtlichen Vorschriften im Hinblick auf die gesamte Geschäftstätigkeit des Unternehmens verpflichtet sind, eine sorgfaltsgemässe Geschäftstätigkeit sicherzustellen, was gesetzeskonformes Verhalten mitumfasst. Im Rahmen des Kartellrechts ergeben sich die Sorgfaltspflichten primär aus dem Kartellgesetz, an dessen Vorschriften sich die Unternehmen halten müssen. Der Umstand, dass ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vorliegt, lässt in aller Regel auch auf eine Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht schliessen (vgl. zum Ganzen: BGE 143 II 297 E. 9.6.2, *Gaba*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.2.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72], *Publigroupe*; Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 8.2.2, *Publigroupe*; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.2.4, *Nikon*; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 674 ff., 677, 695 f., *Preispolitik Swisscom ADSL*; Botschaft KG 1995, 620; BIRKHÄUSER, Kartellrecht und Bussen-Verfahren der Wettbewerbskommission im Bau, BR 2014, S. 79; WEBER/RIZVI, Compliance, SJZ 2010, S. 504; TAGMANN, a.a.O., S. 72 ff.; im Ergebnis auch TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 49a N. 10; REINERT, Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Zäch [Hrsg.], Das revidierte Kartellgesetz, 2006, S. 151).

Im Urteil in Sachen Nikon hat das Bundesverwaltungsgericht die Rechtsprechung zur subjektiven Zurechenbarkeit dahingehend präzisiert, dass als alternative Voraussetzung der Verantwortlichkeit des Unternehmens - also alternativ zur Voraussetzung eines objektiven Sorgfaltsmangels im Sinne eines Organisationsverschuldens - ein fahrlässiges Handeln der "*Unternehmensverantwortlichen*" zu fordern ist. Neben pflichtwidrigem Verhalten von Organen ist darunter auch pflichtwidriges Verhalten von Mitarbeitenden zu verstehen, welche mit der betroffenen Geschäftstätigkeit ordnungsgemäss betraut waren (vgl. Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.2.2, *Nikon*; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 680, *Preispolitik Swisscom ADSL*; HEINE, a.a.O., S. 119; Heinemann, Kriminalrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht?, in: Festschrift für Roland von Büren, 2009, S. 615 [zit. Festschrift von Büren]; NIGGLI/RIEDO, in: Basler Kommentar zum KG, Vorbem. Art. 49a N. 128; TAGMANN, a.a.O., S. 71 ff.; enger REINERT, in: Handkommentar zum KG, 2007, Art. 49a N. 5). Dies deckt sich im Wesentlichen mit der Rechtslage in der EU (vgl. EuGH, EU:C:1983:158, Rz. 97, *Musique Diffusion*).

Des Weiteren sind an die Ernsthaftigkeit und Eignung eines Compliance-Programms hohe Anforderungen zu stellen. Das betroffene Unternehmen hat entsprechende Bemühungen überzeugend darzulegen, zumal die fraglichen Umstände in seiner Sphäre liegen (vgl. Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.2.4, Nikon; HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung, Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, 2015, S. 63 [zit. Konzerne]; BIRKHÄUSER, a.a.O., S. 79; WEBER, Sanktionsminderung dank Compliance-Massnahmen, in: Zäch/Weber/Heinemann [Hrsg.], Revision des Kartellgesetzes, 2012, S. 189 ff., 205 f.; Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBl 2012, 3931).

11.2.5 Die von den Beschwerdeführerinnen angeführten Bemühungen der Geschäftsleitung zur Gewährleistung eines wettbewerbskonformen Geschäftsverhaltens müssen mit der Vorinstanz als ungenügend und insgesamt als untauglich eingestuft werden. Wie die Vorinstanz zu Recht betont, beschränkten sich diese Bemühungen im Wesentlichen auf zwar offenbar regelmässige, aber einzig mündliche Aufforderungen an die zuständigen Mitarbeitenden, sich nicht an Submissionsabsprachen zu beteiligen. Überzeugende und vor allem wirkungsvolle Kontrollmassnahmen - welche hätten sicherstellen können, dass die im Offertwesen tätigen Mitarbeitenden das grundsätzlich bestehende Abredeverbot im Alltagsgeschäft tatsächlich befolgen - vermochten die Beschwerdeführerinnen nicht aufzuzeigen. Die Vorinstanz bemängelt namentlich korrekt, dass die Vorkehrungen der Geschäftsleitung zur Aufdeckung und Verhinderung von Kartellrechtsverstössen ausschliesslich auf Vertrauen beruhten. Wirkungsvolle Massnahmen zur Abklärung und gegebenenfalls Ahndung eines Verstosses waren weder verbindlich definiert, noch haben die Beschwerde-

führerinnen hinreichend wirkungsvolle Massnahmen umgesetzt.

Im Übrigen wirken Compliance-Programme nicht schuldausschliessend (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.6.2, *Gaba*, m.w.H.). Somit könnten selbst genügende Bemühungen der Beschwerdeführerinnen zur Vorbeugung von Kartellrechtsverstössen höchstens schuld- und sanktionsmindernd berücksichtigt werden. Denn ein den Anforderungen genügendes Compliance-Programm vermag das Unternehmen zwar allenfalls vom Vorwurf des Organisationsmangels zu entlasten, nicht aber von der Verantwortung für ein schuldhaftes Verhalten der im Namen des Unternehmens kartellrechtswidrig handelnden Personen (vgl. Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.2.3, *Nikon*, m.w.H.).

Die Folgerung der Vorinstanz erscheint auch deshalb rechtmässig, weil das in Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG normierte Verbot von horizontalen Absprachen über Preise und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern bei den Mitarbeitenden wie Organen der Beschwerdeführerinnen als bekannt vorausgesetzt werden muss (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 73, 285). Auch haben die Wettbewerbsbehörden die Unzulässigkeit von Submissionsabsprachen bereits in früheren Fällen festgestellt (vgl. RPW 2002/1 S. 130 ff., *Landesbibliothek*; RPW 2008/1 S. 85 ff., *Strassenbeläge Tessin*). Unabhängig davon kann unterstellt werden, dass ein Unternehmen nur Mitarbeiter auf den jeweiligen Positionen innerhalb des Geschäftsbetriebs einsetzt, welche in der Lage sind, bei Ausübung ihrer Tätigkeiten jedenfalls diejenige Sorgfalt anzuwenden, die aus objektiver Sicht für eine ordnungsgemässe Behandlung der regelmässig anfallenden Sachverhalte sachlich notwendig ist und angesichts der Umstände des Einzelfalls üblicherweise erwartet werden kann. Andernfalls müsste davon ausgegangen werden, dass bereits ein Organisationsmangel auf Seiten des Unternehmens vorliegt, weil dieses Mitarbeiter für Tätigkeiten einsetzt, welche den sich daraus ergebenden Anforderungen von vornherein nicht gewachsen sind (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 677, *Preispolitik Swisscom ADSL*).

11.2.6 Insgesamt besteht keine Veranlassung zu beanstanden, dass die Vorinstanz das subjektive Tatbestandsmerkmal des Verschuldens im Sinne von Vorwerfbarkeit mit Bezug auf die Beschwerdeführerinnen bejaht hat. Im Übrigen ist auch eine Sanktionsminderung aufgrund der unzureichenden - weder zweckmässigen noch wirksamen - Bemühungen der Beschwerdeführerinnen zur Gewährleistung eines wettbewerbskonformen Geschäftsverhaltens im vorliegenden Zusammenhang nicht in Betracht zu ziehen.

11.3 Zwischenergebnis

11.3.1 Zusammenfassend steht somit fest, dass Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 1 KG für eine Sanktionsauferlegung genügend bestimmt ist (E. 11.1) und die Vorinstanz die Vorwerfbarkeit zu Recht bejaht hat (E. 11.2).

11.3.2 Weiter haben die bisherigen Erwägungen gezeigt, dass die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 der Erne-Gruppe als Unternehmen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1bis KG) während dem gesamten untersuchten Zeitraum als Gruppengesellschaften angehörten.

Die Beschwerdeführerin 3 wurde jedoch erst (...) in das Unternehmen Erne-Gruppe integriert (vgl. Verfügung, Rz. 96, 916). Vor dieser Übernahme bildete die Beschwerdeführerin 3 entweder eine eigenständige wirtschaftliche Organisationseinheit und damit selber ein Unternehmen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1bis KG) oder gehörte als (wirtschaftlich unselbständige) Gruppengesellschaft einem anderen Unternehmen an (E. 3.4 f.).

11.3.3 Das Unternehmen Erne-Gruppe hat sich aufgrund aller bewiesenen Schutznahmen und Stützofferten der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 während derer Zugehörigkeit zur Erne-Gruppe an unzulässigen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG beteiligt.

Hinsichtlich der Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin 3 in der Zeit vor deren Integration in die Erne-Gruppe hat sich dasjenige Unternehmen an unzulässigen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG beteiligt, welches die Beschwerdeführerin 3 bis zur Integration in die Erne-Gruppe selber bildete bzw. dem die Beschwerdeführerin 3 bis zu diesem Zeitpunkt angehörte. Hierbei handelt es sich um die Stützofferten der Beschwerdeführerin 3 in den Fällen 31 (...), 34 (...) und 80 (...). Alle übrigen Schutznahmen und Stützofferten der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 erfolgten während deren Zugehörigkeit zum Unternehmen "*Erne-Gruppe*".

11.3.4 Damit liegen die für die Sanktionierung erforderlichen objektiven wie subjektiven Tatbestandselemente von Art. 49a Abs. 1 KG mit Bezug auf beide genannten Unternehmen vor. Diese sind gemäss der in Art. 49a Abs. 1 KG vorgeschriebenen Rechtsfolge für die vorliegenden unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu belasten (vgl. zur Anordnung dieser Rechtsfolge BGE 137 II 199 E. 6.2, *Swisscom Mobilterminierung*; BGE 143 II 297 E. 9.7.1, *Gaba*).

Bevor die Rechtmässigkeit der in der angefochtenen Verfügung festgelegten Höhe der Sanktionen geprüft wird (vgl. E. 11.5), gilt es nachfolgend zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Kartellsanktionen den rechtmässigen Verfügungsadressaten innerhalb der beiden verantwortlichen Unternehmenseinheiten zugewiesen hat.

11.4 Rechtmässige Verfügungsadressaten

11.4.1 Verfügungsadressat kann im Anwendungsbereich des schweizerischen Kartellrechts grundsätzlich nur sein, wer selbst Subjekt mit Rechtspersönlichkeit und somit Träger von Rechten und Pflichten ist. Eine Gruppe mehrerer Gesellschaften, welche wie jene der Beschwerdeführerinnen als Ganzes das im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG relevante Unternehmen bildet, begründet als Normadressatin den persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes (vgl. E. 3). Solche - auf einer wirtschaftlichen Betrachtung fussenden - Gebilde stellen mangels eigener Rechtspersönlichkeit aber kein taugliches Rechtssubjekt für den Erlass einer kartellrechtlichen Verfügung dar und scheiden als rechtmässige Verfügungsadressaten daher aus. Entsprechend sind einer nicht rechtsfähigen Gruppe mehrerer Gesellschaf-

ten (oder auch einem Konzern) aufzuerlegende Kartellrechtssanktionen den massgeblichen rechtsfähigen Rechtssubjekten innerhalb der gegebenen wirtschaftlichen Strukturen zuzuweisen. Sanktionen können dabei nur an die einzelnen rechtlich selbständigen Gruppengesellschaften gerichtet werden (vgl. Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 4.1.4 und E. 8.2.6, *Nikon*; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 67 f., *Preispolitik Swisscom ADSL*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 2.8, *Baubeschläge Siegenia*; HEINEMANN, Konzerne, S. 49, 53).

11.4.2 Hinsichtlich der konkreten Zuweisung einer Sanktion an die rechtsfähigen Rechtssubjekte innerhalb des Unternehmens hat das Bundesgericht im Urteil in Sachen Publigroupe festgehalten, dass es grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, wenn die Sanktion für den von Tochtergesellschaften der Unternehmenseinheit begangenen Kartellrechtsverstoss der Muttergesellschaft als hierfür verantwortliches Rechtssubjekt auferlegt wird. Gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts dürfen die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, nicht überzogen werden (vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 3.4 [nicht publizierte Erwägungen in BGE 139 I 72], *Publigroupe*).

Diese Rechtsprechung führte das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil in Sachen *Preispolitik Swisscom ADSL* dahingehend weiter, als es für die rechtmässige Heranziehung von Rechtssubjekten als Verfügungsadressaten einerseits fordert, dass die Vorinstanz das ihr diesbezüglich zukommende Ermessen im Einzelfall pflichtgemäss ausübt. Andererseits hat das Bundesverwaltungsgericht gefolgert, dass es in der Regel sachgerecht sein dürfte, neben der Muttergesellschaft auch diejenigen Gruppengesellschaften der Unternehmenseinheit als Verfügungsadressaten heranzuziehen, welche an dem relevanten Wettbewerbsverhalten beteiligt waren. Die alleinige Heranziehung der Muttergesellschaft ist grundsätzlich nicht ausreichend, wobei es im Einzelfall aus Gründen der Prozessökonomie aber auch genügen kann, dass die Wettbewerbsbehörden nur eine Gruppengesellschaft in Anspruch nehmen. Dies etwa, wenn die handelnde Konzerngesellschaft in der Schweiz domiziliert ist, die Obergesellschaft und alle weiteren beteiligten Konzerngesellschaften aber einen Sitz im Ausland aufweisen (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 72 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*, m.w.H.). Daran anknüpfend bestätigte das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil in Sachen *Nikon* die (einzig) einer schweizerischen Konzernniederlassung auferlegte Kartellsanktion; dies unter anderem mit dem Hinweis, dass eine Tochtergesellschaft selbst gegenüber Sachverhalten, welche von der Mutter- oder einer Schwestergesellschaft veranlasst werden, nicht ohne Weiteres unter Berufung auf die eigene Rechtspersönlichkeit einwenden kann, es handle sich um fremdes Verhalten (vgl. Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 4.1.5 und E. 8.2.6, *Nikon*).

In der Europäischen Union wird von einer gesamtschuldnerischen Haftung sämtlicher zu einer Wirtschaftseinheit gehörenden Gesellschaften ausgegangen. Die Gesamtschuld ergibt sich aus dem unionsrechtlichen Unternehmensbegriff der Wirtschaftseinheit und bezeichnet - vergleichbar mit der Solidarität nach Schweizer Privatrecht (vgl. Art. 143 ff. OR) - "*eine Verbindlichkeit, deren Erfüllung der Gläubiger von jedem einzelnen Gesamtschuldner, im Ganzen jedoch nur einmal verlangen kann*" (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 9 Rz. 23 ff.; Bieber, Die Gesamtschuldnerische Haftung für die Zahlung von Kartellbussen im EU-Recht, S. 52; Skoczylas, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, S. 70 ff.).

11.4.3 Die vorliegend zu sanktionierenden Kartellrechtsverstösse liegen gemäss den bisherigen Erwägungen in der Verantwortung der Erne-Gruppe sowie des Unternehmens, welches die Beschwerdeführerin 3 bis zur Integration in die Erne-Gruppe selber bildete bzw. dem die Beschwerdeführerin 3 bis zu diesem Zeitpunkt angehörte. Die Vorinstanz sprach die Sanktionen zu Lasten der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 sowie zu Lasten der Beschwerdeführerinnen 1 und 3 aus (je unter solidarischer Haftbarkeit).

Damit hat die Vorinstanz die Verfügung übereinstimmend mit der beschriebenen Rechtsprechung, an welcher festzuhalten ist, zum einen an die Beschwerdeführerin 1 als verantwortliche Muttergesellschaft der Erne-Gruppe und zum anderen an die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 gerichtet, welche als Gruppengesellschaften an dem relevanten Wettbewerbsverhalten beteiligt waren.

Es sind keine Gründe ersichtlich, aus denen hergeleitet werden könnte, dass die vorinstanzliche Auswahl an Verfügungsadressaten als sachlich unangemessen zu qualifizieren wäre. Die Vorinstanz hat das ihr diesbezüglich zukommende Ermessen vielmehr pflichtgemäss ausgeübt. Namentlich gegen die Heranziehung der Beschwerdeführerin 3 als Verfügungsadressatin für die Verstösse der Beschwerdeführerin 3 vor wie nach deren Integration in die Erne-Gruppe ist nichts einzuwenden. Es besteht unter Berücksichtigung der einschlägigen europäischen Rechtsprechung - unter Vorbehalt der sogleich folgenden Ausführungen - auch keine Veranlassung, die in der Verfügung angeordnete solidarische Haftung der in Anspruch genommenen Verfügungsadressaten zu beanstanden.

11.4.4 Einschränkend ist darauf hinzuweisen, dass Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung eine solidarische Haftung der Beschwerdeführerin 1 für sämtliche sanktionierten Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin 3 anordnet. Dies ist nur insoweit rechtmässig, als es um die sanktionsbedrohten unzulässigen Abreden der Beschwerdeführerin 3 während deren Zugehörigkeit zur Erne-Gruppe geht. Die unzulässigen Abreden, an welchen sich die Beschwerdeführerin 3 noch vor der Integration in dieses Unternehmen per (...) - als eigenes Unternehmen oder als Gruppengesellschaft eines anderen Unternehmens - beteiligt hat (Stützofferten in den Fällen 31, 34 und 80; E. 11.3.3), können der Normadressatin Erne-Gruppe weder objektiv noch subjektiv zugerechnet werden (vgl. in diesem Sinne im Ergebnis auch EuG, EU:T:2011:70, Rz. 139, 143; EuGH, EU:C:2014:256,

Rz. 44 f., 55; je *Kommission/Siemens Österreich* u.a.; EuGH, EU:C:2014:2456, Rz. 39 ff., *Kommission/Parker Hannifin Manufacturing und Parker-Hannifin*; EuGH, EU:C:2015:150, Rz. 52 ff., *Kommission/Versalis* u.a.).

Damit fällt eine solidarische Haftung der Beschwerdeführerin 1 als Muttergesellschaft der Erne-Gruppe für die Fälle vor der Übernahme der Beschwerdeführerin 3 durch die Beschwerdeführerin 1 ausser Betracht. Davon geht auch die Vorinstanz aus (vgl. Verfügung, Rz. 916). Doch hat sie die Beschwerdeführerin 1 trotzdem auch für diese Fälle unter solidarischer Haftung sanktioniert, was mit dem vorliegenden Urteil von Amtes wegen richtig zu stellen ist; dies durch entsprechende Umformulierung von Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung. Rechtmässige Sanktionsadressatin für die Verstösse der Beschwerdeführerin 3 gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG vor deren Integration in die Erne-Gruppe (...) bildet einzig die Beschwerdeführerin 3.

11.5 Sanktionshöhe

11.5.1 Rechtsgrundlagen

Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. In den Art. 2 ff. SVKG (zitiert im Sachverhalt unter A.d) hat der Bundesrat die Kriterien für die konkrete Sanktionsbemessung innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens präzisiert.

Demnach geht die konkrete Sanktionsbemessung von einem Basisbetrag aus, welcher je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes bildet, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Je nach der Dauer des Wettbewerbsverstosses wird der Basisbetrag gegebenenfalls erhöht (Art. 4 SVKG). Bei erschwerenden oder mildernden Umständen erfolgt eine weitere Erhöhung oder eine Verminderung der Sanktion (Art. 5 und 6 SVKG). Insgesamt kann die Sanktion in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (Art. 7 SVKG, Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG; vgl. BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f., *Gaba*; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 6.2, *BMW*).

11.5.2 Bemessungsmethode der Vorinstanz

Die Vorinstanz hat die den Verfügungsadressaten vorgeworfenen Beteiligungen an Submissionsabsprachen in vier Kategorien unterteilt: in erfolgreiche Schutznahmen vor (1) und solche nach (2) dem 8. Juni 2006, in erfolglose Schutznahmen (3) sowie in Stützofferten (erfolgreiche wie erfolglose [4]). Den Beschwerdeführerinnen können von diesen vier Kategorien gemäss dem vorliegenden Beweisergebnis keine erfolglosen Schutznahmen nachgewiesen werden.

Die Sanktionsbeträge der angefochtenen Verfügung umfassen sämtliche als erwiesen erachteten Beteiligungen an unzulässigen Submissionsabsprachen; d.h. die Vorinstanz hat alle diese Abredebeteiligungen sanktioniert, unabhängig ihrer Zugehörigkeit zu einer der vier Kategorien. Jedoch bemisst die vorinstanzliche Bemessungsmethode die Sanktion für die jeweiligen Abredebeteiligungen je nach Kategorie unterschiedlich. So stellt die Verfügung zur Festlegung des Basisbetrags gestützt auf Art. 3 SVKG einzig auf den Umsatz ab, den der betroffene Verfügungsadressat mit den jeweiligen erfolgreichen Schutznahmen aus dem Zeitraum nach dem 8. Juni 2006 bis am 7. Juni 2009 erzielt hat. Diese Phase entspricht den letzten drei Jahren vor der Untersuchungseröffnung (8. Juni 2009). Der Schwere und Art der entsprechenden Kartellrechtsverstösse angemessen erachtet die angefochtene Verfügung einen Basisbetrag in der Höhe von 7 % der mit diesen erfolgreichen Schutznahmen erzielten Umsätze (vgl. Verfügung, Rz. 1089, 1097, 1101).

Demgegenüber berücksichtigt die vorinstanzliche Sanktionsbemessung alle übrigen als erwiesen erachteten Beteiligungen an unzulässigen Submissionsabsprachen - also sämtliche Stützofferten (erfolgreiche wie erfolglose), die erfolglosen Schutznahmen sowie die vor dem 8. Juni 2006 liegenden Schutznahmen - als erschwerende Umstände im Sinne von Art. 5 SVKG. Je nach der Anzahl dieser übrigen Abredebeteiligungen werden auf dem Basisbetrag prozentuale Zuschläge von 50 % (3-10 Fälle), 100 % (11-20 Fälle) oder 200 % (mehr als 20 Fälle) erhoben (vgl. Verfügung, Rz. 1108 ff.).

Im Übrigen verneint die Sanktionsbemessung der Vorinstanz das Bestehen weiterer erschwerender sowie mildernder Umstände und verzichtet auch auf eine Erhöhung der Basisbeträge gestützt auf die Dauer der Wettbewerbsverstösse. Im Beschwerdeverfahren hält die Vorinstanz an der Bemessungsmethode und an der Höhe der Sanktionen fest.

11.5.3 Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen erachten die Sanktionsbemessung der Vorinstanz als fehlerhaft und die Sanktionsbeträge als zu hoch. Gegen die Bemessung des Basisbetrags einzig auf der Grundlage der erfolgreichen Schutznahmen nach dem 8. Juni 2006 erheben die Beschwerdeführerinnen keine Einwände. Allerdings gehe die Vorinstanz bei den als erwiesen erachteten erfolgreichen Schutznahmen der Beschwerdeführerin 2 in den Fällen 15 und 75 von einem falschen Umsatz aus. Weiter beanstanden die Beschwerdeführerinnen die Höhe des Basisbetragssatzes von 7 % und die Nichtberücksichtigung ihres sog. Compliance-Programms als mildernden Umstand. Auch sei die Abstufung zur Berücksichtigung der weiteren Abredebeteiligungen allzu schematisch und zu wenig feingliedrig.

Die Fälle 13, 30, 87 und 106 habe die Vorinstanz falsch als erschwerende Umstände berücksichtigt, werde die Beschwerdeführerin 2 in den Ausführungen zu den einzelnen Fällen doch überhaupt nicht als Abredebeteiligte qualifiziert. Ebenso wenig dürften die Fälle 1, 21, 47, 71 und 87 als erschwerende Umstände berücksichtigt werden: Bei Fall 1 habe die Vorinstanz nicht belegen können, dass der wirksame Wettbewerb durch diese angeb-

lich nicht erfolgreiche Abrede erheblich beeinträchtigt worden wäre. Hinsichtlich Fall 21, welcher mehr als drei Jahre zurückliege, fehle eine Begründung, weshalb der Fall zwar nicht beim Basisbetrag, hingegen aber bei den erschwerenden Umständen berücksichtigt werden solle. Die Fälle 47, 71 und 87 dürften bei den erschwerenden Umständen nicht berücksichtigt werden, weil die Vorinstanz diese abweichend vom Verfügungsantrag des Sekretariats ohne vorgängige Unterbreitung zur Stellungnahme neu zu Lasten der Beschwerdeführerinnen gerechnet und dadurch deren rechtliches Gehör verletzt habe. Infolge der geringeren Fallzahl sei der Zuschlag somit auch gemäss dem vorinstanzlichen Berechnungsmodus zu reduzieren (vgl. Beschwerde, Rz. 26 f., 83, 129, 456).

11.5.4 Ausgangslage und Fragestellung

11.5.4.1 Sofern die von Art. 49a Abs. 1 KG erfassten Wettbewerbsbeschränkungen wie vorliegend in tatsächlicher Hinsicht nachgewiesen und die Sanktionierungsvoraussetzungen auch in rechtlicher Hinsicht gegeben sind (vgl. E. 11.3), ist als Rechtsfolge eine Sanktion in der Höhe von bis zu 10 Prozent des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes auszusprechen. Es besteht diesbezüglich kein Entschliessungsermessen (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.2, *Swisscom Mobilterminierung*; BGE 143 II 297 E. 9.7.1, *Gaba*; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 6, *BMW*; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 709, *Preispolitik Swisscom ADSL*, m.w.H.).

Die Vorinstanz hat insofern zu Recht alle Schutznahmen und Stützofferten der Beschwerdeführerinnen - soweit nachgewiesen - sanktioniert, dies unabhängig ihrer Zuordnung zu einer der vier unterschiedenen Kategorien (vgl. E. 11.5.2). In einem Verzicht auf eine Sanktionierung von Verstössen einer dieser Kategorien wäre eine Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG zu erblicken gewesen. Dies gilt namentlich auch bezüglich der Kategorie der erfolgreichen Schutznahmen vor dem 8. Juni 2006, welche zeitlich alle noch ins Jahr 2006 fallen. Den Beschwerdeführerinnen kann nicht gefolgt werden, soweit sie die Sanktionierbarkeit der Schutznahme der Beschwerdeführerin 2 im Fall 21 (...) sinngemäss bestreiten (vgl. E. 11.5.5.2).

11.5.4.2 Auch die Beteiligungen der Beschwerdeführerin 2 in den Fällen 1 und 47 haben sich als der zwingenden Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG unterliegende unzulässige Submissionsabsprachen erwiesen. Was die Beschwerdeführerinnen diesbezüglich (erneut) vorbringen, vermag daran nichts zu ändern. Ihnen ist aber dahingehend zu folgen, als in der nachfolgenden Überprüfung der Sanktionshöhe einzig auf das gerichtliche Beweisergebnis abzustellen ist (vgl. E. 8.7.10) und die danach nicht bewiesenen Abredebeteiligungen unberücksichtigt bleiben müssen (so namentlich die Fälle 71 und 87).

Dasselbe gilt auch für diejenigen Fälle, welche die Vorinstanz einer Beschwerdeführerin aufgrund eines Redaktionsfehlers angerechnet hat, und der betreffenden Beschwerdeführerin somit überhaupt nicht vorgeworfen werden. So sind die Fälle 13, 30, 87 und 106, wie ausgeführt (vgl. E. 8.1.7; Vernehmlassung, Rz. 412), anerkanntermassen irrtümlich in der Tabelle 7 der Verfügung (Rz. 1123) aufgeführt und werden der Beschwerdeführerin 2 von der Vorinstanz entsprechend nicht angelastet. Gleichzeitig ist die Rüge, dass die Vorinstanz in den Fällen 15 und 75 von falschen Umsätzen ausgegangen sei, hinfällig. Denn die entsprechenden Abredebeteiligungen können den Beschwerdeführerinnen gemäss dem vorliegenden Beweisergebnis nicht nachgewiesen werden.

11.5.4.3 Davon abzugrenzen ist die Frage der Rechtmässigkeit der von der Vorinstanz konkret zur Anwendung gebrachten Bemessungsmethode. Diese berücksichtigt gemäss dem Ausgeführten (vgl. E. 11.5.2) drei der vier Verstoss-Kategorien zur Bestimmung des Basisbetrags nach Art. 3 SVKG nicht, sanktioniert die entsprechenden Verstösse aber (zu Recht) trotzdem. Dies, indem gestützt auf Art. 5 SVKG auf dem Basisbetrag, berechnet aus den erfolgreichen Schutznahmen der letzten drei Jahre seit Untersuchungseröffnung, ein abgestufter prozentualer Zuschlag erhoben wird.

Ob die Vorinstanz mit diesem Vorgehen Art. 49a Abs. 1 KG sowie die Ausführungsbestimmungen der SVKG bundesrechtskonform angewandt hat, ist im Folgenden (von Amtes wegen) zu beurteilen. Dabei ist auf die Beanstandungen der Beschwerdeführerinnen lediglich noch insoweit einzugehen, als sich diese tatsächlich gegen die vorinstanzliche Bemessungsmethode und die gestützt darauf berechnete Sanktionshöhe richten. Unstrittig und auch nicht anzuzweifeln ist, dass die von der Vorinstanz gegenüber den Beschwerdeführerinnen festgelegten Sanktionsbeträge den Rahmen nach Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG wahren (vgl. hierzu Verfügung, Rz. 1082 ff.). Somit erübrigen sich auch Ausführungen zur gesetzlich zulässigen Maximalsanktion.

11.5.5 Rechtmässigkeit der Bestimmung des Basisbetrags

Als erstes fragt sich, ob die Vorinstanz zur Bestimmung des Basisbetrags zu Recht einzig die Umsätze aus den erfolgreichen Schutznahmen der letzten drei Jahre vor der Untersuchungseröffnung herangezogen hat.

11.5.5.1 Die Berechnung des Basisbetrags regelt Art. 3 SVKG. Dessen Wortlaut lautet wie folgt:

> Art. 3 Basisbetrag
>
> Der Basisbetrag der Sanktion bildet je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

Die Berücksichtigung der erfolgreichen Schutznahmen der letzten drei Jahre vor der Untersuchungseröffnung bei der Bestimmung des Basisbetrags beruht auf der Tatsache, dass Abredeteilnehmer bei erfolgreichen Schutznahmen - im Gegensatz zu Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen - dank der wie gewünscht verlaufenen Zuschlagserteilung erwiesenermassen einen Umsatz erzielten. Diese Umsätze wurden in der Schweiz und auf den von der Vorinstanz als relevant bezeichneten "*Submissionseinzelmärkten*" erzielt (vgl. Verfügung, Rz. 983, 986). Die Vorinstanz geht somit zunächst ohne weiteres folgerichtig - in Übereinstimmung mit der von Art. 3 SVKG unmissverständlich ge-

forderten Erzielung eines Umsatzes auf den relevanten Märkten in der Schweiz - davon aus, dass Umsätze aus erfolgreichen Schutznahmen im Basisbetrag aufgerechnet werden müssen.

11.5.5.2 Zu beanstanden ist allerdings, dass die Vorinstanz diese Aufrechnung auf diejenigen Umsätze aus den erfolgreichen Schutznahmen beschränkt hat, welche die Verfügungsadressaten während den drei der Untersuchungseröffnung vorangegangenen Jahren erzielt haben.

Zwar sieht Art. 3 SVKG eine zeitliche Beschränkung der aufzurechnenden Umsätze dahingehend vor, dass im Basisbetrag nur diejenigen schweizerischen Umsätze auf den relevanten Märkten zu berücksichtigen sind, welche das betreffende Unternehmen "*in den letzten drei Geschäftsjahren*" erzielt hat. Die Berechnungsweise der Vorinstanz lässt aber fälschlich unbeachtet, dass die als relevant bezeichneten "*Submissionseinzelmärkte*" jeweils erst mit der Ausschreibung des jeweiligen Bauprojekts entstehen konnten und anschliessend nur für einen kurzen Zeitraum weiterexistierten. Der Umsatz auf so definierten relevanten Märkten entspricht daher dem Umsatz, welchen der Zuschlagsempfänger mit dem fraglichen Einzelprojekt erzielte. Vor dem Entstehungszeitpunkt dieser Märkte (und nach ihrem Untergang) existiert keine zeitliche Dimension, auf welche für die Bestimmung des für den Basisbetrag massgeblichen Umsatzes zurückgegriffen werden könnte. Bei einer Zugrundelegung des vorinstanzlichen Marktverständnisses greift der Verweis von Art. 3 SVKG auf die Umsätze auf den relevanten Märkten in der Schweiz "*in den letzten drei Geschäftsjahren*" daher nicht.

Zu dieser Einschätzung gelangte inzwischen auch die Vorinstanz. So stellte sie sich in der Verfügung vom 22. April 2013 in der parallel geführten Untersuchung betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich neu zu Recht ebenfalls auf den Standpunkt, dass sich die vorliegend noch zur Anwendung gebrachte zeitliche Beschränkung der massgeblichen Umsätze bei Einzelsubmissionsabreden und entsprechend vorgenommener Einzelsubmissionsmarktabgrenzung aus Art. 3 SVKG richtigerweise nicht ableiten lässt (vgl. Rz. 933 f., 942 dieser Verfügung, wonach die Einschränkung von Art. 3 SVKG auf die letzten drei Geschäftsjahre in Anbetracht der zeitlich befristeten Märkte "*ohne praktische Bedeutung*" bleibe [veröffentlicht in: RPW 2013/4 S. 524 ff.]).

Die hier noch vorgenommene Beschränkung auf die Umsätze aus den drei Jahren vor der Untersuchungseröffnung steht damit im Widerspruch zur vorinstanzlichen Marktabgrenzung. Eine folgerichtige Umsetzung dieses Marktverständnisses hätte vorausgesetzt, dass der Basisbetrag anhand aller Umsätze bemessen wird, welche auf den einzelnen relevanten und zeitlich nur kurz existierenden Märkten erzielt wurden. Die fünfjährige Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG steht dabei einem entsprechenden Miteinbezug auch der Umsätze aus den erfolgreichen Schutznahmen vor dem 8. Juni 2006, welche zeitlich alle ins Jahr 2006 fallen, nicht entgegen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der von der Vorinstanz für die Umsatzaufrechnung berücksichtigte Zeitraum (8. Juni 2006 bis 8. Juni 2009) ohnehin nicht den drei letzten, gesellschaftsrechtlich massgebenden, "*Geschäftsjahren*" der sanktionierten Unternehmen entsprechen dürfte. Auch dies verdeutlicht die unrichtige Anwendung von Art. 3 SVKG.

11.5.5.3 Zudem darf davon ausgegangen werden, dass sich das enge Marktverständnis der Vorinstanz bei der Sanktionsbemessung zum Vorteil der Beschwerdeführerinnen ausgewirkt hat. Denn bei jeder weiteren Abgrenzung des relevanten Marktes wäre als Bemessungsgrundlage gestützt auf Art. 3 SVKG statt einzig dem isolierten Umsatz der nachgewiesenen erfolgreichen Schutznahmen der gesamte Umsatz heranzuziehen gewesen, den das betreffende Unternehmen auf einem entsprechend weiter gefassten - und damit zeitlich auch länger existierenden - Markt (etwa einem Markt für den gesamten Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau) in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielt hat. Soweit auf eine Sanktionsreduktion abzielend, geht die teilweise Kritik der Verfahrensbeteiligten an der Einzelsubmissionsmarktabgrenzung der Vorinstanz daher ins Leere.

11.5.5.4 Zusammenfassend hat die Vorinstanz zur Bestimmung des Basisbetrags nach Art. 3 SVKG somit einerseits zu Recht die Umsätze aus den erfolgreichen Schutznahmen der letzten drei Jahre vor der Untersuchungseröffnung herangezogen. Dies wird von den Beschwerdeführerinnen auch nicht in Frage gestellt. Andererseits hätte die Vorinstanz im Basisbetrag unter den gegebenen Umständen aber auch die Umsätze der erfolgreichen Schutznahmen vor dem 8. Juni 2006 berücksichtigen müssen (d.h. auch den Umsatz aus Fall 21). Dies ist in der nachfolgenden gerichtlichen Berechnung richtigzustellen.

11.5.5.5 Da die Beschwerdeführerinnen mit den Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen unstrittig keine Umsätze auf den jeweiligen als relevant erachteten Submissionseinzelmärkten erzielten, kann der Vorinstanz im Übrigen kein Rechtsfehler vorgeworfen werden, indem sie diese beiden weiteren Verstoss-Kategorien übereinstimmend mit dem ausdrücklichen Wortlaut der Norm nicht unter Art. 3 SVKG subsumiert hat. Wie die Vorinstanz sinngemäss zu Recht folgert, kann Art. 3 SVKG keine die formell-gesetzliche Grundlage von Art. 49a Abs. 1 KG konkretisierende Regel dafür entnommen werden, wie die rechtmässige Bemessung der Sanktion für die Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen innerhalb des abstrakten Sanktionsrahmens konkret zu erfolgen hat. Auf die Frage der Rechtmässigkeit der ersatzweisen Berücksichtigung der Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen als erschwerende Umstände nach Art. 5 SVKG ist zurückzukommen (vgl. E. 11.5.8).

11.5.6 Rechtmässigkeit des Basisbetragssatzes von 7 %

Vorab fragt sich jedoch, ob die Vorinstanz den Basisbetragssatz zu Recht auf 7 % der mit den erfolgreichen Schutznahmen - vor wie nach dem 8. Juni 2006 (vgl. E. 11.5.5.4) - erzielten Umsätze festgesetzt hat.

11.5.6.1 Der Sanktionsbetrag bestimmt sich nach Art. 49a Abs. 1 KG unter anderem nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Dies konkretisierend sieht

Art. 3 SVKG vor, dass der Basisbetrag je nach der "*Schwere und Art des Verstosses*" bis zu 10 % der massgeblichen Umsätze beträgt.

Unter Schwere ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential. Auch sind bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses unter anderem dessen Wirksamkeit und der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Dem Umstand, ob der Verstoss in einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs liegt, ist mithin angemessen Rechnung zu tragen (Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 6.4, *BMW*; BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f., *Gaba*). Bei schweren Verstössen bewegt sich der Basisbetrag regelmässig im oberen Drittel des Sanktionsrahmens (vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 3).

11.5.6.2 Die Vorinstanz wertet die im Basisbetrag aufgerechneten erfolgreichen Schutznahmen als schwerwiegende Kartellrechtsverstösse. Mit einem Basisbetragssatz von 7 % hat sie die Sanktion entsprechend für alle sanktionierten Unternehmen im oberen Drittel des Sanktionsrahmens angesiedelt. Damit übernahm sie ausdrücklich denselben Prozentsatz wie in der Verfügung vom 6. Juli 2009 in Sachen *Elektroinstallationsbetriebe Bern* (veröffentlicht in: RPW 2009/3 S. 196 ff.; vgl. Verfügung, Rz. 1101). Mit dieser Verfügung hatte die Vorinstanz zum ersten Mal direkte Sanktionen im Bereich Submissionsabsprachen ausgesprochen.

Zur Begründung betont die Vorinstanz, dass sie in den letzten Jahren wiederholt auf die Unzulässigkeit von Submissionsabsprachen und die damit verbundene Schädlichkeit für die Wirtschaft hingewiesen und seit der Einführung der direkten Sanktionen in der gesamten Baubranche eine Sensibilisierung stattgefunden habe. Von geringen Auswirkungen der vorliegenden Submissionsabsprachen könne nicht ausgegangen werden. Namentlich sei von G5._____ und den Beschwerdeführerinnen bestätigt worden, dass die Submissionsabsprachen zu erhöhten Preisen geführt hätten (vgl. Verfügung, Rz. 1102 ff.). So habe G5._____ mit der folgenden Aussage klar zum Ausdruck gebracht, dass die abgesprochenen Preise höher als bei nicht abgesprochenen Projekten gewesen seien (vgl. Verfügung, Rz. 1021):

> "*Also man machte vernünftige Preise und halt nicht auf diesem ganz tiefen Niveau, wo wir sonst gehen*."

Die genauen Auswirkungen der Submissionsabsprachen auf die Offertpreise zu beziffern und zu eruieren, zu welchem Preis die Abredepartner ohne gegenseitige Absprache offeriert hätten, sei nicht möglich. Bei abgesprochenen Projekten gebe es keinen Marktpreis mehr (vgl. Verfügung, Rz. 974, 1023, 1052). Die Festlegung des Basisbetragssatzes auf 7 % stützt sich im Übrigen auch auf die Einschätzung der Vorinstanz, dass der Wettbewerb bei erfolgreichen Schutznahmen mangels Widerlegung der gesetzlichen Vermutung beseitigt worden sei.

In der Verfügung vom 22. April 2013 in der parallel geführten Untersuchung betreffend allfällige Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich bezeichnete die Vorinstanz den vorliegend sowie im Fall Elektroinstallationsbetriebe Bern für erfolgreiche Schutznahmen gewählten Basisbetragssatz von 7 % sodann ausdrücklich als zu tief. Der Art und Schwere solcher Verstösse angemessen sei richtig der maximale Basisbetragssatz von 10 %. Allerdings verzichtete die Vorinstanz in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich aus Gründen der Gleichbehandlung mit den Adressaten der vorliegenden Untersuchung darauf, statt 7 % den angemessen erachteten Prozentsatz von 10 % anzuwenden. In künftigen Fällen werde sie eine volle Ausschöpfung des Sanktionsrahmens für (wettbewerbsbeseitigende) erfolgreiche Schutznahmen bei Einzelsubmissionsabreden und Einzelsubmissionsmarktabgrenzung aber in Betracht ziehen (vgl. Rz. 957 ff. der Verfügung vom 22. April 2013 [veröffentlicht in: RPW 2013/4 S. 524 ff.]).

11.5.6.3 Die Beschwerdeführerinnen werfen der Vorinstanz eine Ermessensunterschreitung vor, da diese den Basisbetragssatz schematisch und für alle Unternehmen auf gleicher Höhe bei 7 % festgesetzt habe. Eine hinreichende Auseinandersetzung mit der Schwere der Verstösse sowie mit den unterschiedlich schweren Beiträgen der einzelnen Beteiligten fehle. Auch hätten die Beschwerdeführerinnen mit den vorgeworfenen Abredebeteiligungen Verluste oder nur geringe Gewinne erzielt.

11.5.6.4 Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten harten Kartellabreden gelten gemeinhin als Wettbewerbsverstösse mit hohem Schädigungspotential für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft (vgl. Botschaft KG 1995, 491, 517, 635; Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022 ff., 2036, nachfolgend Botschaft KG 2002; BGE 135 II 60 E. 2.1, *Domestic Interchange Fee*; BGE 143 II 297 E. 5.2.4, *Gaba*; HEINEMANN, Festschrift von Büren, S. 613; TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 49a N. 25, 50; Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 8, *Strassenbeläge Tessin*, m.w.H.). Die vorliegend für den Basisbetrag relevanten erfolgreichen Schutznahmen erfüllen dabei als horizontale Preisabreden und Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern gleichzeitig zwei Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG (Bst. a und c). Die Praxis der Vorinstanz gewichtet solche Verstösse, welche also zugleich mehrere entscheidende Wettbewerbsparameter umfassen, zu Recht schwerer als solche, die nur einen Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen (vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 3).

Im Rahmen von Ausschreibungen getroffene harte Horizontalabreden sind nach allgemeiner Erkenntnis volkswirtschaftlich und sozial besonders schädlich. Sie gefährden nicht nur unmittelbar und auf gravierendste Weise das berechtigte Interesse der ausschreibenden Stellen, das wirtschaftlich günstigste Angebot und namentlich den unverfälschten Marktpreis zu eruieren. Aufgrund marktfremder Preissteigerungen auf Kosten der Allgemeinheit, eines geringeren Effizienz- und Innovationswettbewerbs sowie verzögerter oder ausbleibender Strukturanpassungen verursachen Submissionsabsprachen vielmehr auch mittel- und langfristig hohe volkswirtschaftliche Schäden. Die besonders schädliche Qualität der vorliegenden - unter Art. 5 Abs. 3 KG fallenden -

Submissionsabsprachen bleibt im Übrigen auch im Fall einer Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bestehen (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.4, 9.4.4, *Gaba*; sowie zur Schädlichkeit von Submissionsabsprachen: OECD, Competition and Procurement, Key Findings, 2011, S. 7 ff., 30 ff., 77; CHRIST, a.a.O., Rz. 244, 247, 368, 415 f.; STÜSSI, Submissionsabreden im Fokus der Wettbewerbsbehörden, BR 2013 S. 177, m.w.H.; FROEB/KOYAK/WERDEN, What is the Effect of Bid-Rigging on Prices?, 42 Economic Letters 1993 S. 419 ff., 421 f.; GRÜTZNER, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, 2003, S. 94 ff.; HEITZ, a.a.O., S. 53, 56, 104).

11.5.6.5 Was die konkrete Wirksamkeit der vorliegenden Submissionsabsprachen betrifft, fällt zunächst ins Gewicht, dass es bei den im Basisbetrag zu berücksichtigenden Schutznahmen einzig um solche geht, welche tatsächlich erfolgreich umgesetzt werden konnten. Die Verstösse haben sich somit hinsichtlich der Steuerung der Zuschlagserteilung als uneingeschränkt wirksam erwiesen. Dabei gilt es zu beachten, dass die Schutznehmer den gesamten Umsatz auf den - vorliegend zu ihrem Vorteil einzig als Berechnungsbasis herangezogenen - Einzelsubmissionsmärkten dem jeweiligen Kartellrechtsverstoss verdanken. Der so erzielte Umsatz entspricht zudem dem gesamten Umsatz des jeweiligen Einzelsubmissionsmarktes. Die Wirksamkeit einer Abrede, mit welcher der gesamte Marktumsatz erfolgreich einem Marktteilnehmer zugewiesen werden kann, ist nicht zu übertreffen.

Weiter ist mit der Vorinstanz auch nicht anzuzweifeln, dass die Abredebeteiligten jeweils durchaus auch die Preiskomponente ihrer Angebote tatsächlich zum eigenen Vorteil, d.h. preiserhöhend, beeinflusst haben. Mit Marktpreisen hatten die nach eigenem Gutdünken festgesetzten Zuschlagspreise nichts gemeinsam. Dies selbst dann nicht, wenn sich die Abredebeteiligten im Einzelfall unter Umständen nicht auf deutlich überhöhte, sondern einzig auf aus ihrer Sicht "*vernünftige Preise*" geeinigt haben. Der Vorinstanz ist dabei zuzustimmen, dass die konkrete Ermittlung der hypothetischen abredefreien Marktpreise von ihr nicht erwartet werden konnte. Zwar ist der mutmassliche Gewinn, den ein Unternehmen aus einem unzulässigen Verhalten erzielt hat, nach dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 Abs. 1 SVKG angemessen zu berücksichtigen, soweit er sich als abschätzbar erweist (BVGer, B-7633/2010, 14. September 2015, *Swisscom ADSL*, Rz. 768 ff.). Angesichts der unzähligen bei den vorliegenden Submissionsabsprachen zusammenspielenden Faktoren (vgl. dazu auch CHRIST, a.a.O., Rz. 863) sind die genauen Auswirkungen dieser Absprachen auf die Preise und damit auf die Kartellrente jedoch nach der nachvollziehbaren Auffassung der Vorinstanz kaum bezifferbar. Stichhaltige Hinweise, welche unter diesem Titel eine insgesamt mildere Gesamtbetrachtung der Schwere der Verstösse nahelegen würden, liegen nicht vor. Die von den Beschwerdeführerinnen nicht weiter dargelegten angeblich besonders tiefen Gewinnmargen bzw. Verluste vermögen daran nichts zu ändern. Unabhängig davon kann von einer nur geringen oder fehlenden Wirksamkeit der vorliegenden Einzelsubmissionsabsprachen offensichtlich nicht die Rede sein.

11.5.6.6 Bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses ebenfalls angemessen zu berücksichtigen ist der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung (Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 6.4, *BMW*; BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f., *Gaba*). Wie von der Vorinstanz eventualiter geltend gemacht, hat sich ergeben, dass vorliegend zumindest von einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs auszugehen ist (vgl. E. 10.5).

Dass die angefochtene Verfügung im Hauptstandpunkt pauschal sämtliche erfolgreich verlaufenen Submissionsabsprachen als zwingend wettbewerbsbeseitigend bezeichnet, vermag das Bundesverwaltungsgericht wie dargelegt nur beschränkt zu überzeugen. Die Beantwortung der Frage wird im Ergebnis aber offen gelassen (vgl. E. 10.4.4 ff.). Die nicht erfolgreichen Abreden beeinträchtigten den wirksamen Wettbewerb unbestrittenermassen in jedem Fall "*nur*" erheblich (vgl. E. 10.4.2f.).

Diesbezüglich gilt es zu betonen, dass die Abredebeteiligten den vorausgesetzten Vergabewettbewerb durch erfolgreiche Schutznahmen auch dann schwerwiegend verfälschten, falls im konkreten Anwendungsfall bei genauerer Betrachtung "*nur*" die Schwelle der Erheblichkeit und nicht jene der Wettbewerbsbeseitigung erreicht worden sein sollte. Gerade bei erfolgreichen Submissionsabsprachen wurde das zentrale Hauptziel des Vergaberechts, den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern zu fördern, offensichtlich verfehlt. Eine möglicherweise fehlende Wettbewerbsbeseitigung infolge Widerlegung der Beweisvermutung von Art. 5 Abs. 3 KG bedeutete daher nicht, dass die im Basisbetrag aufzurechnenden erfolgreichen Schutznahmen unter Berücksichtigung aller Umstände nur mittelschwere oder leichte Verstösse darstellen würden.

Insgesamt erscheint eine Sanktion im oberen Drittel des Sanktionsrahmens unter Miteinbezug des gravierenden Gefährdungspotentials und der Wirksamkeit der Verstösse somit auch im Fall einer "*lediglich*" erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung gerechtfertigt.

11.5.6.7 Im Übrigen handelt es sich bei den erfolgreichen Schutznahmen um gleichartige Verstösse mit im Kern vergleichbaren Beiträgen der jeweiligen Schutznehmer, nämlich der erfolgreichen Organisation einer eigenen Schutznahme. Der Vorinstanz kann daher - etwa unter dem Aspekt der Gleichbehandlung (vgl. E. 11.5.8.7) - nicht vorgeworfen werden, mit der identischen Festsetzung des Basisbetragssatzes auf 7 % für alle sanktionierten Unternehmen zu schematisch vorgegangen zu sein oder sich ungenügend mit der Schwere der einzelnen erfolgreichen Schutznahmen auseinandergesetzt zu haben. Im Ergebnis hat die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen korrekt ausgeübt. Die gegen den Basisbetragssatz gerichteten Vorbringen der Beschwerdeführerinnen sind als unbegründet zurückzuweisen. Dies gilt auch für die Argumentation, nicht (...), sondern (...) hätten das kartellrechtswidrige Verhalten ausgeführt (vgl. Beschwerde, Rz. 449).

11.5.6.8 Zusammenfassend ist unter Berücksichtigung aller Umstände nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von schwerwiegenden Kartellrechtsverstössen ausgegangen ist und den Basisbetragssatz für alle sank-

tionierten Unternehmen bei 7 % angesiedelt hat. Dieser Basisbetragssatz kommt bei allen im Basisbetrag aufzurechnenden erfolgreichen Schutznahmen zur Anwendung (also solche vor wie nach dem 8. Juni 2006, vgl. E. 11.5.5.4). Wie die Art und Schwere beim Beweis einer umfassenderen Abrede zu beurteilen wäre, hat hier offen zu bleiben.

11.5.7 Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Sanktion, welche aufgrund der erfolgreichen Schutznahmen vor und nach dem 8. Juni 2006 ausgefällt werden muss, rechtmässig bemessen wird, indem die aus diesen Schutznahmen erzielten Umsätze gestützt auf Art. 3 SVKG aufgerechnet werden und der Basisbetrag auf 7 % dieser Umsätze (ohne Mehrwertsteuer von damals 7.6 %) festgelegt wird. Im Fall von Arbeitsgemeinschaften ist der Umsatz dabei nur im Umfang der Beteiligung des betroffenen Abspracheteilnehmers an der Arbeitsgemeinschaft anzurechnen (vgl. hierzu auch Verfügung, Fn. 257).

11.5.8 Bemessung umsatzlose Verstösse

Zu beurteilen bleibt, ob die Vorinstanz die Sanktion für die beiden restlichen Verstoss-Kategorien rechtmässig bemessen hat, d.h. die Sanktion für nachgewiesene Stützofferten und erfolglose Schutznahmen.

11.5.8.1 Die konkrete Sanktionsbemessung für Stützofferten und erfolglose Schutznahmen wirft Fragen auf, weil die Abredebeteiligten mit diesen beiden Verstoss-Kategorien im Unterschied zu erfolgreichen Schutznahmen keine Umsätze erzielten und der allgemeinen Bemessungsregel von Art. 3 SVKG wie erwähnt (vgl. E. 11.5.5.5) nicht zu entnehmen ist, ob und wie ein Basisbetrag für diese umsatzlosen Fallkonstellationen gegebenenfalls konkret bestimmt werden kann. Aber auch ausserhalb von Art. 3 SVKG enthält die SVKG keine ausdrückliche Regel, welche vorgeben würde, nach welcher Methode die Sanktion für Stützofferten und erfolglose Schutznahmen innerhalb des abstrakten Sanktionsrahmens von Art. 49a Abs. 1 KG konkret bemessen werden soll. Die Art. 4 ff. SVKG regeln nicht die hier interessierende Frage der konkreten Sanktionsbemessung von umsatzlosen Kartellrechtsverstössen, sondern das weitere Vorgehen bei der Bemessung der Sanktion für Verstösse, bei welchen der Basisbetrag in Anwendung von Art. 3 SVKG als ordentlicher Ausgangspunkt unter Berücksichtigung des massgeblichen Umsatzes festgelegt werden konnte. Der Wortlaut der Art. 4 ff. SVKG, welcher sich unmissverständlich auf die Erhöhung oder Verminderung des gestützt auf Art. 3 SVKG bestimmten Basisbetrags bzw. des "*nach den Artikeln 3 und 4*" SVKG bestimmten Betrags bezieht, bestätigt dies.

11.5.8.2 Das Fehlen einer ausdrücklichen Bemessungsregel auf Verordnungsstufe darf vorab nicht zur Fehleinschätzung verleiten, dass von einer Sanktionierung der Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen mangels genügender rechtlicher Grundlage abgesehen bzw. - mit im Ergebnis gleicher Konsequenz - zwingend von einem Basisbetrag von Null ausgegangen werden müsste. Denn auch bei diesen beiden umsatzlosen Verstoss-Kategorien haben sich die Abredebeteiligten an einer Submissionsabsprache in der Form einer unzulässigen, den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigenden und nicht gerechtfertigten Preisabrede und Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG beteiligt (vgl. E. 10.3.6; E. 10.5). Diese Beteiligungen an unzulässigen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG unterliegen daher ebenfalls der Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. E. 11.5.4).

11.5.8.3 Für die Sanktionierung der mit den Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen vorliegenden kartellrechtlich unzulässigen Verhaltensweisen bildet Art. 49a Abs. 1 KG die hinreichende formell-gesetzliche Rechtsgrundlage. Ein Spielraum für eine davon abweichende Regelung auf Verordnungsstufe besteht nicht. Vielmehr hat der Gesetzgeber die grundlegenden Voraussetzungen für einen ganzen oder teilweisen Verzicht auf die Belastung mit einer Sanktion ebenfalls abschliessend auf Gesetzesstufe geregelt (vgl. Art. 49a Abs. 2 und 3 KG). Und mit Art. 60 KG wird dem Bundesrat lediglich die Kompetenz zum Erlass der "*Ausführungsbestimmungen*" zum Kartellgesetz eingeräumt. Eine Delegation für den Erlass gesetzesvertretender Verordnungsbestimmungen - welche eine (über die Bonusregelung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG hinausgehende) Sanktionsbefreiung von nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionierenden Kartellrechtsverstössen vorsehen würden - besteht nicht.

11.5.8.4 Die SVKG respektiert die Grenzen der Gesetzesdelegation denn auch fraglos. Gemäss Art. 1 SVKG beschränkt sich die Verordnung ausdrücklich darauf, Folgendes zu regeln:

- die Voraussetzungen und das Verfahren beim gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 2 KG (vgl. Bst. b),
- die Voraussetzungen und das Verfahren der Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG (vgl. Bst. c),
- die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. Bst. a).

Nicht zum Regelungsgegenstand der SVKG zählt es, Fallkonstellationen wie jene der Stützofferten und der erfolglosen Schutznahmen, welche die Voraussetzungen für die direkte Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG erfüllen, von der gesetzlichen Sanktionierungspflicht auszunehmen (vorbehältlich einer vollständigen Sanktionsbefreiung gestützt auf Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b und Art. 8 ff. SVKG). Diese Einschränkung ergibt sich bereits aus der Umschreibung des Regelungsgegenstandes der Verordnung in Art. 1 Bst. a SVKG, wo von der blossen Regelung der "*Bemessungskriterien*" die Rede ist. Aber auch der systematische Aufbau der Verordnung bestätigt ("*2. Abschnitt: Sanktionsbemessung*"), dass sich der Bundesrat beim Erlass dieser Ausführungsbestimmungen auf die Konkretisierung der Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG beschränkt hat.

11.5.8.5 Die Vorinstanz behauptet mit Bezug auf die Beteiligungen der Verfügungsadressaten an Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen denn auch zu Recht keine sanktionsbefreiende Wirkung der SVKG, sondern verneint einzig die direkte Subsumierbarkeit dieser bei-

den Fallkategorien unter Art. 3 SVKG; dies mangels Vorliegens eines vom Wortlaut der Verordnungsbestimmung vorausgesetzten Umsatzes auf den als relevant erachteten Einzelsubmissionsmärkten.

Diese Einschätzung ist folgerichtig und nicht zu beanstanden. Gleichzeitig bestätigt sie, dass auch die Art. 4 ff. SVKG - welche an der vorgängigen Bestimmung eines eigenen Basisbetrags nach Art. 3 SVKG für den zu sanktionierenden Verstoss anknüpfen - nicht ausdrücklich regeln, wie die Sanktion für Stützofferten und erfolglose Schutznahmen innerhalb des abstrakten Sanktionsrahmens von Art. 49a Abs. 1 KG konkret bemessen werden soll (vgl. E. 11.5.8.1). Mangels generell abstrakter Vorgaben auf Verordnungsebene ist die konkrete Bemessungsmethode für die Sanktionierung von Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen demnach - innerhalb der noch zu nennenden Schranken (vgl. E. 11.5.8.7) - durch die Praxis der Wettbewerbsbehörden zu entwickeln.

11.5.8.6 In der vorliegenden Untersuchung hat die Vorinstanz die konkrete Sanktionsbemessung der Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen an der Häufigkeit dieser nicht umsatzgenerierenden weiteren Abredebeteiligungen ausgerichtet. Unter Berufung auf die Regelung erschwerender Umstände in Art. 5 SVKG hat sie den zuvor für die umsatzgenerierenden Verstösse berechneten Basisbetrag um prozentuale Zuschläge erhöht, dies in Abhängigkeit der Anzahl der im Basisbetrag nicht berücksichtigten zusätzlichen Abredebeteiligungen. Die Zuschläge legte die Vorinstanz für alle Verfügungsadressaten fest auf 50 % des Basisbetrags bei 3-10 zusätzlichen Fällen, auf 100 % des Basisbetrags bei 11-20 zusätzlichen Fällen sowie auf 200 % des Basisbetrags bei mehr als 20 zusätzlichen Fällen (vgl. Verfügung, Rz. 1108 ff.).

Die Vorinstanz begründet diese Bemessungsmethode namentlich mit dem Sanktionszweck der wirksamen Abschreckung sowie dem Umstand, dass die geschaffenen Zuschlagskategorien das repetitive Element der Verstösse angemessen berücksichtigten. Die Einreichung einer Stützofferte generiere keinen Umsatz, stelle aber die notwendige Voraussetzung für die Organisation eines Schutzes und ebenfalls ein wettbewerbsvortäuschendes und volkswirtschaftlich schädliches Verhalten dar. Wer Stützofferten einreiche, ermögliche die Organisation von Schutznahmen. Ein solches Verhalten müsse als erschwerender Umstand berücksichtigt werden können.

Mit den gewählten Zuschlägen könnten die besonders schwerwiegenden von den weniger schwerwiegenden Verhaltensweisen abgegrenzt werden. Bei einer hohen Anzahl von über zwanzig weiteren Abredebeteiligungen mit einem entsprechend hohen Umsatzvolumen könne zwar nicht von einem eigentlichen Rotationskartell, aber doch von einem "*gewissen System*" gesprochen werden. Die Sanktion der Unternehmen, welche sich neben den erfolgreichen Schutznahmen an über zwanzig weiteren Absprachen beteiligt hätten, werde daher deutlich mehr erhöht als die Sanktion der zwei anderen Gruppen (vgl. Verfügung, Rz. 1108 ff.).

11.5.8.7 Bei der gerichtlichen Beurteilung der Rechtmässigkeit dieser Bemessungsmethode sind neben allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen wie dem Willkürverbot (Art. 9 BV), dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) und dem Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) auch die vom Kartellgesetz selber aufgestellten Anforderungen an die Sanktionsbemessung zu beachten.

So gibt der Gesetzgeber auch für die Sanktionierung der Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen vor, dass sich der Sanktionsbetrag nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemisst und der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist. Weiter schreibt Art. 49a KG vor, dass ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis maximal 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden kann. Da darunter auch Stützofferten und erfolglose Schutznahmen fallen, liefern die allgemeinen Umsätze, welche das betreffende Unternehmen in seinen verschiedenen Tätigkeitsbereichen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erwirtschaftet hat, unbesehen des nicht umsatzgenerierenden Charakters dieser Kartellrechtsverstösse einen Anhaltspunkt für die Angemessenheit der Endsanktion. Schliesslich ist anerkannt, dass Kartellsanktionen schmerzen, aber ein Unternehmen auch nicht in den Konkurs treiben sollen. Der finanzielle Nachteil soll jedoch so gross sein, dass sich eine Beteiligung an der Zuwiderhandlung nicht lohnt (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.7.2 m.H., *Gaba*; Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 2 Abs. 2).

11.5.8.8 Allgemein muss das in der angefochtenen Verfügung zur Sanktionierung der umsatzlosen Einzelsubmissionsabsprachen angewandte Zuschlagsmodell als Resultat einer Rechtsanwendung bezeichnet werden, bei welcher die Vorinstanz abgesehen von den vorstehend genannten verfassungsrechtlichen und kartellgesetzlichen Schranken kaum auf konkrete Handlungsanweisungen zurückgreifen konnte. Dies nicht nur mangels einer ausdrücklichen Regelung auf Verordnungsebene, sondern auch infolge fehlender einschlägiger Auseinandersetzungen in der Lehre wie in der internationalen Rechtsprechung.

Dass sich die Vorinstanz trotzdem oder gerade auch deshalb möglichst eng an die SVKG halten wollte, und sich hierzu unter Berufung auf die bestehende Regelung erschwerender Umstände in Art. 5 SVKG für eine prozentuale Erhöhung des zuvor für die umsatzgenerierenden Kartellrechtsverstösse berechneten Basisbetrags entschieden hat, ist naheliegend. Zwar regelt Art. 5 SVKG wie erwähnt nicht ausdrücklich, wie die Sanktion für Stützofferten und erfolglose Schutznahmen innerhalb des abstrakten Sanktionsrahmens von Art. 49a Abs. 1 KG konkret bemessen werden soll (vgl. E. 11.5.8.5). Die Bestimmung sieht mit Abs. 1 Bst. a aber eine Sanktionserhöhung bei wiederholten Verstössen gegen das Kartellgesetz vor. Diese Möglichkeit bietet sich für die Sanktionierung der weiteren umsatzlosen Verstösse unverkennbar an. Zumindest gegen eine Anlehnung an die Erschwerungsgründe von Art. 5 SVKG für die Bemessung der vorliegenden Konstellation ist daher im Grundsatz nichts einzuwenden.

11.5.8.9 Ferner ist auch der Entscheid der Vorinstanz sachlich vertretbar, die prozentuale Erhöhung des Basisbetrags an der Häufigkeit der umsatzlosen Abredebeteiligungen auszurichten und die Verfügungsadressaten hierzu einer vordefinierten Zuschlagskategorie zuzuteilen, welche das repetitive Element und die volkswirtschaftliche Schädlichkeit der zusätzlichen Verstösse angemessen widerspiegelt. Neben dem Gesamtvolumen der betroffenen Bauprojekte nehmen mit zunehmender Häufigkeit der weiteren Abredebeteiligungen auch die Regelmässigkeit und das systematische Element an der wiederholten Abredebeteiligung zu. Damit einhergehend erhöht sich mit jeder weiteren Abredebeteiligung die volkswirtschaftliche Schädlichkeit der Verstösse. Auch bei Stützofferten handelt es sich um schwerwiegende Kartellrechtsverstösse mit einem gravierenden Gefährdungspotential. Wie die Vorinstanz zu Recht erwähnt, ermöglichen Stützofferten die Organisation von Schutznahmen bzw. stellt die Einreichung einer Stützofferte die notwendige Voraussetzung für die Organisation eines Schutzes und ebenfalls ein wettbewerbsvortäuschendes und volkswirtschaftlich schädliches Verhalten dar. Die Auferlegung eines höheren Zuschlags für häufigere Verstösse ist daher angebracht. Selbiges gilt für die von der Vorinstanz verlangte, im Verhältnis deutlich stärkere, Belastung von Verfügungsadressaten der obersten Zuschlagskategorie, welche sich besonders regelmässig und damit geradezu mit System an weiteren Submissionsabsprachen beteiligt haben.

11.5.8.10 Nach der Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts tragen die so für alle Verfügungsadressaten gleichermassen vordefinierten Zuschlagsgruppen und Zuschläge den massgeblichen Gegebenheiten - namentlich der Schwere der Verstösse, der wachsenden Systematik und volkswirtschaftlichen Schädlichkeit pro zusätzlichem Verstoss sowie auch dem Sanktionszweck der wirksamen Abschreckung - insgesamt angemessen Rechnung. Wie die Vorinstanz geltend macht, können damit die besonders schwerwiegenden von den minder schwerwiegenden Verhaltensweisen abgegrenzt und in angemessener Weise sanktioniert werden. Auf eine zusätzliche Berücksichtigung auch des Kriteriums der Dauer der Wettbewerbsverstösse - etwa unter Berufung auf Art. 4 SVKG - hat die Vorinstanz unter den gegebenen Umständen (Mehrzahl zeitlich limitierter Einzelsubmissionsabsprachen, an der Häufigkeit ausgerichtete Sanktionsbemessung) zu Recht verzichtet.

11.5.8.11 Dazu kommt, dass die Anwendung des vorinstanzlichen Zuschlagsmodells zu Endsanktionen führt, die in einem durchaus eher bescheidenen Verhältnis zu den allgemeinen Umsätzen stehen, welche die Beschwerdeführerinnen gemäss der Aktenlage in ihren Tätigkeitsgebieten in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erwirtschaftet haben. Die Gesamtsanktionen bewegen sich offensichtlich unterhalb der von Art. 49a Abs. 1 KG vorgegebenen Obergrenze von 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Die Sanktionen belasten die Beschwerdeführerinnen insgesamt nicht übermässig, sondern im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Die Beschwerdeführerinnen legen weder dar noch bestehen mit Blick auf den massgeblichen schweizerischen Gesamtumsatz der Unternehmensgruppe Hinweise darauf, dass die in Anwendung des vorliegenden Zuschlagsmodells ausgesprochene (bzw. die durch das Bundesverwaltungsgericht gemäss dem vorliegenden Beweisergebnis neu zu berechnende [vgl. E. 11.5.11]) Sanktion für sie finanziell nicht tragbar wäre oder dass ihre Wettbewerbsfähigkeit dadurch in nicht tolerierbarem Umfang beeinträchtigt würde.

11.5.8.12 Im Übrigen wurde das Zuschlagsmodell von der Vorinstanz für alle Verfügungsadressaten gleichermassen zur Anwendung gebracht. Von einer rechtsungleichen Behandlung kann nicht gesprochen werden. Wie nachfolgend dargelegt wird, lässt sich eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots auch nicht aus der Verfügung vom 6. Juli 2009 in Sachen *Elektroinstallationsbetriebe Bern* ableiten, mit welcher die Vorinstanz zum ersten Mal - und damit noch keineswegs eine feste Praxis begründend - direkte Sanktionen im Bereich Submissionsabsprachen ausgesprochen hatte (vgl. RPW 2009/3 S. 196 ff.).

Die Untersuchung in Sachen Elektroinstallationsbetriebe Bern wurde gegenüber allen Parteien mittels einvernehmlicher Regelung abgeschlossen. Soweit vorliegend interessierend hält die Begründung der Verfügung fest, dass eine Rotationsabrede bzw. "*eine die einzelnen Absprachen gleichsam umfassende Rahmenvereinbarung*" in casu "*wahrscheinlich*" vorgelegen habe. Die Frage des Vorliegens eines Rotationskartells werde infolge der einvernehmlichen Regelung aber trotz starker Indizien "*nicht weiter vertieft*" (Rz. 58, 60 f., 128).

Entgegen dem formal somit offen gelassenen Nachweis eines Rotationskartells (was problematisch erscheint, hier aber nicht zur Beurteilung steht) entschied sich die Vorinstanz im Rahmen der Sanktionsbemessung aber dennoch dazu, auf dem jeweiligen Basisbetrag statt einem Repetitionszuschlag für die Vielzahl wiederholter Einzelabsprachen einen auf Art. 4 SVKG gestützten Zuschlag von 20 % "*für das dauerhafte Absprechen einzelner Projekte*" während zweier Jahre zu erheben (vgl. Rz. 131). Zur Begründung wird die zentrale Bedeutung regelmässiger Treffen zwischen den sieben grossen Elektroinstallationsfirmen im Raum Bern hervorgehoben und festgestellt, dass diese sog. E7-Treffen als stabilisierender Teil der Absprachen dazu beigetragen hätten, die Frequenz und den Umfang der Absprachetätigkeit insgesamt zu erhöhen. Die E7-Treffen seien "*Ausdruck einer Institutionalisierung des Absprachenverhaltens während zweier Jahre, was einen Zuschlag für die Dauer dieser Rahmenabsprache rechtfertigt*" (vgl. Rz. 61, 129).

Eine rechtsungleiche Ausübung des Ermessens der Vorinstanz bei der Sanktionsbemessung würde voraussetzen, dass zwei gleiche tatsächliche Situationen vorliegen, die in den rechtlich relevanten tatsächlichen Elementen übereinstimmen (vgl. Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 9.8.3 [nicht publizierte Erwägung in BGE 143 II 297], *Gaba*). Die vorliegend angefochtene Verfügung geht in tatsächlicher Hinsicht jedoch im Gegensatz zur Verfügung in Sachen Elektroinstallationsbetriebe Bern unstrittig von keiner eigentlichen Institutionalisierung des Absprachenverhaltens bzw. gerade ausdrücklich nicht vom Vorliegen eines Rotationskartells oder einer die einzelnen Absprachen umfas-

senden Rahmenvereinbarung aus. Solches wird von den Beschwerdeführerinnen auch nicht geltend gemacht. Zu einer entgegengesetzten Einschätzung der Sachlage kam auch das Bundesverwaltungsgericht nicht (vgl. E. 8.1.13). Angesichts der in einem zentralen Punkt unterschiedlichen Sachverhalte ist der Vorinstanz unter dem Titel der rechtsgleichen Ausübung des Ermessens bei der Sanktionsbemessung nicht vorzuwerfen, dass sie die auf die umsatzlosen Einzelsubmissionsabsprachen entfallenden Sanktionen in Abhängigkeit der Verstosshäufigkeit - und nicht durch einen nach der Dauer eines umfassenderen Verstosses bemessenen Zuschlag im Sinne von Art. 4 SVKG - sanktioniert hat.

11.5.8.13 Der Vollständigkeit halber wird festgehalten, dass die Vorinstanz in der Verfügung vom 22. April 2013 in der parallel geführten Untersuchung betreffend allfällige Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich ankündigte, nicht umsatzgenerierende Kartellrechtsverstösse wie Stützofferten und erfolglose Schutznahmen bei Einzelsubmissionsabsprachen künftig nicht mehr in Anwendung des vorliegenden Zuschlagsmodells zu sanktionieren. Stattdessen stellte die Vorinstanz in Aussicht, auch für Stützofferten und erfolglose Schutznahmen je einen fiktiven eigenen Basisbetrag aufzurechnen und sich dabei am Volumen der von Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen betroffenen Ausschreibungen zu orientieren, also an der jeweiligen Offertsumme des designierten Schutznehmers. Aus Gründen der Gleichbehandlung der Untersuchungsadressaten der parallel geführten Untersuchung mit jenen der vorliegenden Untersuchung verzichtete die Vorinstanz jedoch in der Zürcher Untersuchung auf eine Anwendung der angekündigten neuen Sanktionsbemessungsmethode (vgl. Rz. 951, Lemmas 6 ff. der Verfügung der Vorinstanz vom 22. April 2013 betreffend *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* [veröffentlicht in: RPW 2013/4 S. 524 ff.]).

Ob die angekündigte alternative Bemessungsmethode rechtmässig ist, wird im konkreten Anwendungsfall zu beurteilen sein und hat hier offen zu bleiben. Für den vorliegenden Zusammenhang wird einzig festgehalten, dass die der angefochtenen Verfügung zu Grunde liegende Bemessungsmethode mit Bestimmung des Basisbetrags unter Berücksichtigung lediglich der umsatzgenerierenden Abredebeteiligungen im Basisbetrag in Kombination mit der Erhöhung des Basisbetrags um maximal 200 % bei über zwanzig weiteren (umsatzlosen) Verstössen verglichen mit der angekündigten alternativen Bemessung tendenziell zu milderen Gesamtsanktionen führt. Auch vor diesem Hintergrund kann das in der angefochtenen Verfügung angewandte Zuschlagsmodell nicht als unverhältnismässig, zu wenig feingliedrig oder sonstwie bundesrechtswidrig beanstandet werden.

11.5.8.14 Von einer willkürlichen Festlegung der Zuschlagsgruppen und Zuschläge kann nicht gesprochen werden. Dies würde voraussetzen, dass die Auslegung und Anwendung der zu beachtenden Normen offensichtlich unhaltbar ist; dies etwa, weil sie "*zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft*" (statt vieler: BGE 141 I 70, 72). Davon ist vorliegend nach dem Gesagten nicht auszugehen. Dass eine andere Lösung bzw. Bemessungsmethode ebenfalls als vertretbar erscheint oder möglicherweise gar vorzuziehen wäre, genügt für die Bejahung von Willkür im Sinne von Art. 9 BV nicht (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 606; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 193 Rz. 26).

11.5.8.15 Im Ergebnis ist darauf zu schliessen, dass sich das von der Vorinstanz zur Sanktionierung der Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen vorliegend angewandte Zuschlagsmodell innerhalb der zu beachtenden verfassungsrechtlichen und kartellgesetzlichen Schranken bewegt (vgl. E. 11.5.8.7). Den Beschwerdeführerinnen kann nicht gefolgt werden, soweit sie gestützt auf ihre Einwände eine Reduktion der auf die nachgewiesenen umsatzlosen Kartellrechtsverstösse entfallenden Sanktion beantragen.

11.5.8.16 Gemäss dem gerichtlichen Beweisergebnis (vgl. E. 8.7.10) hat die Beschwerdeführerin 2 erwiesenermassen in sieben Fällen und die Beschwerdeführerin 3 erwiesenermassen in acht Fällen eine Stützofferte abgegeben. Vier angebliche Stützofferten der Beschwerdeführerin 2 und sechs angebliche Stützofferten der Beschwerdeführerin 3 haben sich als unbewiesen herausgestellt. An erfolglosen Schutznahmen hat sich keine der Beschwerdeführerinnen beteiligt.

Demnach ergibt sich unter Berücksichtigung des Wegfalls der unbewiesenen Stützofferten ein rechtmässiger Zuschlag auf dem Basisbetrag der Beschwerdeführerin 2 von 50 %. Der rechtmässige Zuschlag auf dem Basisbetrag der Beschwerdeführerin 3 beträgt ebenfalls 50 %. Damit wird der in der angefochtenen Verfügung gegenüber den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 veranschlagte Zuschlag aufgrund der geringeren nachgewiesenen Fallanzahl von je 100 % auf je 50 % herabgesetzt.

11.5.9 Erschwerende oder mildernde Umstände

Die Sanktionsbemessung der Vorinstanz verneint das Bestehen (weiterer) erschwerender oder mildernder Umstände. Auch das Bundesverwaltungsgericht erkennt keine nach Massgabe von Art. 5 oder Art. 6 SVKG zu beachtenden (weiteren) erschwerenden oder mildernden Umstände.

Die von den Beschwerdeführerinnen angeführten Bemühungen der Geschäftsleitung zur Gewährleistung eines wettbewerbskonformen Geschäftsverhaltens haben sich als ungenügend und insgesamt untauglich erwiesen. Aufgrund der unzureichenden Vorkehren der Beschwerdeführerinnen ist auch eine Sanktionsminderung gestützt auf Art. 6 SVKG nicht in Betracht zu ziehen (vgl. E. 11.2.5 f.). Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass die Vorinstanz in der geltend gemachten mangelnden Rentabilität der Schutznahmen keinen mildernden Umstand im Sinne von Art. 6 SVKG erkannt hat. Denn wie bereits die Beurteilung der Rechtmässigkeit des Basisbetragssatzes von 7 % gezeigt hat, ist nicht anzuzweifeln, dass die Abredebeteiligten jeweils durchaus auch die Preiskomponente ihrer Angebote tatsächlich zum eigenen Vorteil, d.h. preiserhöhend, beeinflusst haben, wobei die genauen Auswirkungen der Submissi-

onsabsprachen auf die Preise kaum bezifferbar sind. Die angeblich besonders tiefen Gewinnmargen bzw. Verluste, welche die Beschwerdeführerinnen nicht weiter dargelegt haben, vermögen die Schwere der Kartellrechtsver-stösse insgesamt nicht zu verringern (vgl. E. 11.5.6.5). Damit rechtfertigt sich diesbezüglich nicht nur keine Verringerung des Basisbetragssatzes, sondern erst recht auch keine Verringerung des Sanktionsbetrags in Bejahung eines mildernden Umstands nach Art. 6 SVKG.

11.5.10 Zusammenfassung

Zusammenfassend hat die nachfolgende Neuberechnung der rechtmässigen Sanktionsbeträge zunächst auf das gerichtliche Beweisergebnis abzustellen und die danach nicht bewiesenen Abredebeteiligungen unberücksichtigt zu lassen (vgl. E. 8.7.10). Im Unterschied zum vorinstanzlichen Ansatz ist weiter von einem Basisbetrag (Art. 3 SVKG) auszugehen, welcher die Umsätze der erfolgreichen Schutznahmen vor wie nach dem 8. Juni 2006 erfasst (vgl. E. 11.5.5). Ein Basisbetragssatz von 7 % dieser Umsätze (ohne Mehrwertsteuer von damals 7.6 %) hat sich als insgesamt rechtmässig erwiesen (vgl. E. 11.5.6).

Das von der Vorinstanz vorliegend angewandte Zuschlagsmodell zur Sanktionierung der weiteren, nicht umsatzgenerierenden, Verstösse (Stützofferten und erfolglose Schutznahmen) bewegt sich im Ergebnis innerhalb der zu beachtenden verfassungsrechtlichen und kartellgesetzlichen Schranken und ist auch der nachfolgenden Neuberechnung zugrunde zu legen (vgl. E. 11.5.8).

Da die Beschwerdeführerin 2 nach dem vorliegenden Beweisergebnis in sieben Fällen eine Stützofferte abgegeben hat, beträgt der rechtmässige Zuschlag auf dem Basisbetrag der Beschwerdeführerin 2 in Anwendung dieses Zuschlagsmodells 50 % (statt 100 % aufgrund von 11 Fällen laut angefochtener Verfügung). Der rechtmässige Zuschlag auf dem Basisbetrag der Beschwerdeführerin 3 beträgt unter Berücksichtigung des Wegfalls der unbewiesenen Stützofferten ebenfalls 50 % statt 100 % (Stützofferten in acht statt 14 Fällen laut angefochtener Verfügung, vgl. E. 11.5.8.16).

Das Bestehen (weiterer) erschwerender oder mildernder Umstände nach Art. 5 oder Art. 6 SVKG hat die Vorinstanz zu Recht verneint (vgl. E. 11.5.9). Die Voraussetzungen für einen vollständigen oder teilweisen Sanktionserlass nach Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG erfüllen die Beschwerdeführerinnen unstrittig nicht.

11.5.11 Rechtmässige Sanktionshöhe

11.5.11.1 Die rechtmässige Sanktionshöhe für die nachgewiesenen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin 2 berechnet sich demnach wie folgt:

Beschwerdeführerin 2: Sanktionsanteil erfolgreiche Schutznahmen

Beschreibung	Fallnummer	Betrag (CHF)
erfolgreiche Schutznahmen 8.6.2006 – 7.6.2009	17*)	(…)
	40	(…)
erfolgreiche Schutznahmen vor 8.6.2006	21	(…)
total (Basisbetrag inkl. MwSt)		(…)
Basisbetrag exkl. MwSt (7.6%)		(…)
7% Basisbetragssatz (= Sanktionsanteil)		(…)

*Tabelle 5: Sanktionsanteil erfolgreiche Schutznahmen Beschwerdeführerin 2 *) Beteiligung an einer ARGE mit einem weiteren Partner. Der Betrag entspricht einem Beteiligungsanteil der Beschwerdeführerin 2 von (...).*

Beschwerdeführerin 2: Sanktionsanteil umsatzlose Verstösse

Beschreibung	Fallnummer	Anzahl	%	Betrag (CHF)
Sanktionsanteil gemäss Tabelle 5)				(…)
Stützofferten	1, 2, 14, 47, 48, 80, 85	7		
erfolglose Schutznahmen	-	-		
Zuschlag (= Sanktionsanteil)			50%	(…)

Tabelle 6: Sanktionsanteil umsatzlose Verstösse Beschwerdeführerin 2

Beschwerdeführerin 2: Zusammenzug und Schlussrechnung

Beschreibung	Betrag (CHF)
Sanktionsanteil erfolgreiche Schutznahmen	(…)
Sanktionsanteil umsatzlose Verstösse	(…)
Zwischentotal	(…)
erschwerende Umstände	0
mildernde Umstände	0
Reduktion aufgrund Bonusregelung	0
rechtmässige Sanktionshöhe	**356‘691.-**

Tabelle 7: rechtmässige Sanktionshöhe Beschwerdeführerin 2

Die rechtmässige Sanktion für die nachgewiesenen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin 2 beträgt im Ergebnis Fr. 356'691.-. Rechtmässige Adressatin der Sanktion ist neben der Beschwerdeführerin 2 auch die Beschwerdeführerin 1 als verantwortliche Muttergesellschaft der Erne-Gruppe. Die Beschwerdeführerin 1 haftet für den gesamten Sanktionsbetrag solidarisch (vgl. E. 11.4).

Gemäss Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung wurden die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt Fr. 483'088.-. belastet. Die entsprechende Formulierung in Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung ist demnach aufzuheben und die von den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 solidarisch geschuldete Sanktion auf den rechtmässigen Betrag von Fr. 356'691.- herabzusetzen.

11.5.11.2 Die rechtmässige Sanktionshöhe für die nachgewiesenen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin 3 berechnet sich sodann wie folgt:

Beschwerdeführerin 3: Sanktionsanteil erfolgreiche Schutznahmen

Beschreibung	Fallnummer	Betrag (CHF)
erfolgreiche Schutznahmen 8.6.2006 – 7.6.2009	26	(…)
erfolgreiche Schutznahmen vor 8.6.2006	-	0
total (Basisbetrag inkl. MwSt)		(…)
Basisbetrag exkl. MwSt (7.6%)		(…)
7% Basisbetragssatz (= Sanktionsanteil)		(…)

Tabelle 8: Sanktionsanteil erfolgreiche Schutznahmen Beschwerdeführerin 3

Beschwerdeführerin 3: Sanktionsanteil umsatzlose Verstösse

Beschreibung	Fallnummer	Anzahl	%	Betrag (CHF)
Sanktionsanteil gemäss Tabelle 8)				(…)
Stützofferten	18, 25, 27, 31, 34, 67, 74, 80	8		
erfolglose Schutznahmen	-			
Zuschlag (= Sanktionsanteil)			50%	(…)

Tabelle 9: Sanktionsanteil umsatzlose Verstösse Beschwerdeführerin 3

Beschwerdeführerin 3: Zusammenzug und Schlussrechnung

Beschreibung	Betrag (CHF)
Sanktionsanteil erfolgreiche Schutznahmen	(…)
Sanktionsanteil umsatzlose Verstösse	(…)
Zwischentotal	(…)
erschwerende Umstände	0
mildernde Umstände	0
Reduktion aufgrund Bonusregelung	0
rechtmässige Sanktionshöhe	**38‘591.-**

Tabelle 10: rechtmässige Sanktionshöhe Beschwerdeführerin 3

Die rechtmässige Sanktion für die nachgewiesenen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin 3 beträgt im Ergebnis Fr. 38'591.-. Rechtmässige Adressatin der Sanktion ist neben der Beschwerdeführerin 3 grundsätzlich auch die Beschwerdeführerin 1 als verantwortliche Muttergesellschaft der Erne-Gruppe. Jedoch gilt es hier im Sinne des Ausgeführten zu beachten, dass die Stützofferten der Beschwerdeführerin 3 in den Fällen 31, 34 und 80 vor deren Integration in die Erne-Gruppe erfolgten. Rechtmässige Adressatin für den auf diese drei umsatzlosen Verstösse entfallenden Sanktionsanteil bildet einzig die Beschwerdeführerin 3. Die solidarische Haftung der Beschwerdeführerin 1 beschränkt sich auf die übrigen Verstösse der Beschwerdeführerin 3, welche alle während deren Zugehörigkeit zur Erne-Gruppe erfolgten (vgl. E. 11.4.4; E. 11.3.3).

Gemäss Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung werden die Beschwerdeführerinnen 1 und 3 unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt Fr. 51'156.-. belastet. Die entsprechende Formulierung in Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung ist demnach aufzuheben und die von der Beschwerdeführerinnen 3 geschuldete Sanktion auf den rechtmässigen Betrag von Fr. 38'591.- herabzusetzen. Die solidarische Haftung der Beschwerdeführerin 1 beschränkt sich auf den Teilbetrag von Fr. 33'767.- ([...]).

12. Ergebnis

Im Ergebnis ist Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung mit Bezug auf die Beschwerdeführerinnen in teilweiser Gutheissung des Eventualbegehrens der Beschwerde (Rechtsbegehren-Ziffer 2) aufzuheben und wie folgt umzuformulieren: Die von den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 solidarisch geschuldete Sanktion ist von Fr. 483'088.- laut Verfügung auf den rechtmässigen Betrag von Fr. 356'691.- zu reduzieren. Und die von der Beschwerdeführerinnen 3 geschuldete Sanktion ist von Fr. 51'156.- laut Verfügung auf den rechtmässigen Betrag von Fr. 38'591.- herabzusetzen, wobei die Beschwerdeführerin 1 nur für den Teilbetrag von Fr. 3'767.- als Solidarschuldnerin herangezogen werden kann.

Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. Neben dem Hauptbegehren der Beschwerdeführerinnen auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Rechtsbegehren-Ziffer 1) erweist sich auch die subeventualiter beantragte Rückweisung der Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz als unbegründet (Rechtsbegehren-Ziffer 3).

Weitere Anträge sind nicht zu beurteilen. Während der Verfahrensantrag auf Herausgabe von Aktenkopien mit Zwischenverfügung vom 20. Februar 2014 abgewiesen wurde, soweit darauf einzutreten war, kam das Bundesverwaltungsgericht dem Sistierungsantrag der Beschwerdeführerinnen vom 3. April 2012 bis 15. Februar 2013 nach (Rechtsbegehren-Ziffern 4 und 5).

Weiter steht fest, dass sich die Beschwerdeführerin 3 durch den Informationsaustausch im Fall 35 an einer nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt hat. Das unzulässige Verhalten der Beschwerdeführerin 3 im Zusammenhang mit diesem Informationsaustausch bleibt sanktionsfrei, ist aber ersatzweise als Feststellung im Dispositiv des vorliegenden Urteils festzuhalten. Gleichzeitig ist die Erne-Gruppe aufzufordern solche Verhaltensweisen künftig zu unterlassen (vgl. E. 10.3.7.6).

13. Kosten und Entschädigung

13.1 Verfahrenskosten vor der Vorinstanz

13.1.1 Die Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren richtet sich nach der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2). Gebührenpflichtig ist gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen der Wettbewerbskommission oder des Sekretariats veranlasst. Keine Gebührenpflicht besteht gemäss Art. 3 Abs. 2 GebV-KG für Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben bzw. sich die vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird. Die Gebühr bemisst sich gemäss Art. 4 GebV-KG nach dem Zeitaufwand. Wurde eine Verfügung durch mehrere (juristische) Personen gemeinsam veranlasst, haften sie für die Gebühr solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Allgemeine Gebührenverordnung [AllgGebV; SR 172.041.1]).

13.1.2 Die Beschwerdeführerinnen haben auch gemäss dem vorliegenden Beweisergebnis und der vorliegenden Beurteilung der Rechtslage schwerwiegend gegen das Kartellgesetz verstossen. Unabhängig von der teilweisen Gutheissung der Beschwerde haben die Beschwerdeführerinnen und die weiteren Gesellschaften, welche sich wiederholt an unzulässigen Submissionsabsprachen beteiligt haben, die Durchführung der vorinstanzlichen Untersuchung gemeinsam veranlasst. Aus der abweichenden Einschätzung der Beweislage durch das Bundesverwaltungsgericht in den im Ergebnis unbewiesenen Einzelfällen kann nicht abgeleitet werden, dass das Untersuchungsverfahren mit einem geringeren Aufwand hätte durchgeführt werden können. Die Abänderung der Verfügung durch das vorliegende Urteil führt daher nicht dazu, dass eine Änderung des vorinstanzlichen Entscheids hinsichtlich der Verfahrenskosten vorgenommen werden müsste.

13.2 Kosten und Entschädigung vor Bundesverwaltungsgericht

13.2.1 Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Art. 4 VGKE sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von 0,5 bis 1 Million eine Gerichtsgebühr zwischen Fr. 5'000.- und Fr. 20'000.- sowie bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von 1 bis 5 Millionen eine Gerichtsgebühr zwischen Fr. 7'000.- und Fr. 40'000.- vor. Wenn besondere Gründe es rechtfertigen, namentlich mutwillige Prozessführung oder ausserordentlicher Aufwand, kann das Gericht über diese Höchstbeträge hinausgehen (Art. 2 Abs. 2 VGKE). Maximal beträgt die Spruchgebühr in vermögensrechtlichen Streitigkeiten Fr. 50'000.- (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG).

Gemäss Art. 6 Bst. b VGKE können Verfahrenskosten einer Partei ganz oder teilweise erlassen werden, wenn Gründe in der Sache oder in der Person der Partei es als unverhältnismässig erscheinen lassen, sie ihr aufzuerlegen. Ein solcher Grund kann insbesondere darin liegen, dass eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Rechtsmittelverfahren geheilt bzw. behoben wird, selbst wenn die Beschwerde in materieller Hinsicht abzuweisen ist (vgl. BVGE 2017 I/4 E. 3 m.H.).

13.2.2 Vorliegend ist davon auszugehen, dass eine besondere Angelegenheit nach Umfang und Schwere vorlag, die einen ausserordentlichen Aufwand für ihre sachgerechte Bearbeitung erforderte. Angesichts der angefochtenen Sanktionen in der Höhe von Fr. 483'088.- und Fr. 51'156.-, der angefochtenen Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 51'188.- bzw. Fr. 525'490.-, des grossen Aktenumfangs, des Instruktionsverfahrens, der Ausarbeitung der Zwischenverfügung vom 20. Februar 2014 sowie des erheblichen Prüf- und Begründungsaufwands in der Hauptsache wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 30'000.- festgesetzt.

Die Beschwerdeführerinnen unterliegen mit ihrem Hauptbegehren auf vollständige Befreiung von Sanktion und Kosten. Die gerichtlich festgestellten rechtmässigen Sanktionsbeträge betragen 74 % bzw. 75 % der ursprünglichen Sanktionsbeträge. Mit Bezug auf eine gerügte Gehörsverletzung obsiegen die Beschwerdeführerinnen (Neuanlastung von Fall 71, geheilt im Beschwerdeverfahren, vgl. E. 5.2.6.4). Zudem hat die Vorinstanz durch die zahlreichen Mängel der unsorgfältig redigierten Verfügung unnötige Kosten verursacht, welche nicht den Beschwerdeführerinnen angelastet werden können. Unter Berücksichtigung des teilweisen Unterliegens der Beschwerdeführerinnen wird die Gerichtsgebühr um ¼ auf Fr. 22'500.- ermässigt, wovon den Beschwerdeführerinnen aufgrund der genannten Mängel und der Gehörsverletzung ein Teilbetrag von Fr. 4'500.- erlassen wird. Der geschuldete Restbetrag von Fr. 18'000.- wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils mit den geleisteten Kostenvorschüssen in der Höhe von insgesamt Fr. 18'000.- verrechnet.

13.2.3 Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Bundesbehörden haben keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

13.2.4 Die teilweise obsiegenden Beschwerdeführerinnen haben am 19. November 2014 eine Kostennote eingereicht, welche ihre frühere Kostennote vom 21. August 2014 ersetzt. Im Unterschied zu jener bein-

haltet die nachgereichte Kostennote den Aufwand für das vorinstanzliche Verfahren nicht mehr und veranschlagt zu Recht auch nicht die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Zwischenverfügung vom 20. Februar 2014. Ausgehend von einem Stundenansatz von Fr. 350.- pro Stunde und einem Arbeitsaufwand von 268.15 Stunden machen die Beschwerdeführerinnen für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht Parteikosten in der Höhe von insgesamt Fr. 107'223.90 geltend. Dieser Betrag beinhaltet ein Anwaltshonorar von Fr. 93'852.50, Auslagen von Fr. 5'428.90 sowie einen Mehrwertsteuerzuschlag von Fr. 7'942.50.

13.2.5 Das Anwaltshonorar bemisst sich nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin (Art. 10 Abs. 1 VGKE). Der Stundenansatz beträgt für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.- und höchstens Fr. 400.- (Art. 10 Abs. 2 VGKE). Das Gericht setzt die Parteientschädigung auf Grund der eingereichten Kostennote oder - mangels Einreichung einer solchen - auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst grundsätzlich auch den Mehrwertsteuerzuschlag, welche die Rechtsvertretung der Klientschaft in Rechnung stellt (Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE). Ist die Partei allerdings wie vorliegend selber vorsteuerabzugsberechtigt (vgl. hierzu www.uid.admin.ch), kann praxisgemäss kein Mehrwertsteuerzuschlag zugesprochen werden. Die Parteientschädigung umfasst sodann nur die notwendigen Kosten (Urteile des BGer 2C_343/2010 und 2C_344/2010 vom 11. April 2011 E. 8.3.4). Obsiegt eine Partei wie im vorliegenden Fall nur teilweise, ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE).

Die Beschwerdeführerinnen listen den geltend gemachten Arbeitsaufwand von 268.15 Stunden in der Honorarnote vom 19. November 2014 nur pauschal auf. Entgegen Art. 14 Abs. 1 VGKE, welcher die Einreichung einer detaillierten Kostennote verlangt, machen die Beschwerdeführerinnen auch keine Angaben zur Zusammensetzung der beanspruchten Auslagen von insgesamt Fr. 5'428.90. Im Quervergleich mit den deutlich tieferen - und detailliert genannten - Arbeitsaufwänden und Auslagen laut den Honorarnoten in den Parallelverfahren B-829/2012 und B-771/2012 erscheinen die vorliegend beanspruchten Kosten nur teilweise notwendig. Als notwendiger Bestandteil der Parteientschädigung erachtet das Bundesverwaltungsgericht unter Berücksichtigung dieses Quervergleichs sowie des unstrittig hohen Aufwands und der Komplexität der Streitsache einen Arbeitsaufwand von 200 Arbeitsstunden zu Fr. 350.- pro Stunde, ausmachend Fr. 70'000.- statt Fr. 93'852.50, sowie Auslagen von Fr. 2'000.- statt Fr. 5'428.90. Zudem umfasst die Parteientschädigung vorliegend keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE. Die ungekürzte Parteientschädigung für ein vollständiges Obsiegen würde somit Fr. 72'000.- betragen. Unter Berücksichtigung des nur teilweisen Obsiegens ist den Beschwerdeführerinnen zulasten der Vorinstanz eine um ¾ gekürzte Parteientschädigung, d.h. insgesamt ausmachend Fr. 18'000.-, zuzusprechen. Diesen Betrag hat die Vorinstanz nach Rechtskraft dieses Urteils an eine der Beschwerdeführerinnen zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2011 wird teilweise gutgeheissen.

2.

Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung wird mit Bezug auf die den Beschwerdeführerinnen auferlegten Sanktionen aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

> "Die Erne Holding AG Laufenburg und die Erne AG Bauunternehmung werden unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt Fr. 356'691.- belastet.
>
> Die Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau wird mit einem Betrag von insgesamt Fr. 38'591.- belastet. Die Erne Holding AG Laufenburg haftet für den Teilbetrag von Fr. 33'767.- solidarisch."

3.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

4.

Es wird festgestellt, dass sich die Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau durch Beteiligung am Informationsaustausch im Fall 35 an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG beteiligt hat.

Die Erne-Gruppe wird aufgefordert, solche Verhaltensweisen in Zukunft zu unterlassen.

5.

Der Erne Holding AG Laufenburg, der Erne AG Bauunternehmung und der Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau wird von den Kosten des vorliegenden Verfahrens zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung ein Betrag von Fr. 18'000.- auferlegt.

Der Betrag wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils mit den geleisteten Kostenvorschüssen in der Höhe von insgesamt Fr. 18'000.- verrechnet.

6.

Die Vorinstanz hat der Erne Holding AG Laufenburg, der Erne AG Bauunternehmung oder der Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 18'000.- zu bezahlen.

7.

Dieses Urteil geht an:

- die Erne Holding AG Laufenburg (Gerichtsurkunde)
- die Erne AG Bauunternehmung (Gerichtsurkunde)
- die Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0385; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde).

[Rechtsmittelbelehrung]

B 4	**2. Urteil des BVGer vom 25. Juni 2018 – Sanktionsverfügung – Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau (Cellere)**

Am 25. Juni 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht vier Urteile zur Untersuchung 22-0385: Strassenbau Aargau (Verfügung vom 16. Dezember 2011) gefällt. Die Urteile enthalten insbesondere detaillierte Ausführungen zur Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung bezüglich einer Vielzahl von Einzelsubmissionsabreden. Ansonsten sind die Urteile weitgehend deckungsgleich. Um Wiederholungen zu vermeiden, ist vorgängig primär das Urteil Erne c./ WEKO (B-807/2012) abgedruckt, wobei sich die Publikation bezüglich der Sachverhaltswürdigung auf einige repräsentative Beispiele beschränkt. Ergänzend werden aus den Urteilen Cellere c./ WEKO (B-771/2012), Granella c./ WEKO (B-829/2012) und Umbricht c./ WEKO (B-880/2012) spezifische Passagen publiziert, die von allgemeinem Interesse erscheinen und sich im Urteil Erne nicht finden. Die vollständigen Urteile können auf der Website des BVGer abgerufen werden.

Urteil B-771/2012 des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juni 2018 in Sachen

1. Aktiengesellschaft Cellere, in St. Gallen,
2. Cellere AG Aarau, Bauunternehmungen (Firma gelöscht, Rechtsnachfolgerin: Cellere Bau AG),

alle vertreten durch […], Beschwerdeführerinnen

gegen

Wettbewerbskommission, WEKO, Vorinstanz.

Gegenstand: Sanktionsverführung – Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau

[…]

B. Verfahren von Bundesverwaltungsgericht

B.a Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 erhoben die Beschwerdeführerinnen am 9. Februar 2012 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

"1. Die Dispositiv-Ziffern 1 und 3 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2011 seien aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:

1. Die an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten Untersuchungsadressatinnen werden für das vorstehend beschriebene Verhalten gestützt auf Art. 49a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bestimmung a und c i.V.m. Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet:

Die Aktiengesellschaft Cellere und die Cellere AG Aarau, Bauunternehmungen, werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF (...) belastet.

...

3. Die übrigen Verfahrenskosten von insgesamt CHF 525'490 werden gemäss den Ausführungen zu den Kosten folgenden Verfügungsadressatinnen auferlegt:

- Aktiengesellschaft Cellere und Cellere AG Aarau, Bauunter-nehmungen: Insgesamt CHF 10'000 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.

2. Eventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2011 aufzuheben und vom Bundesverwaltungsgericht in der Sache neu zu entscheiden.

3. Subeventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2011 aufzuheben und an die Wettbewerbskommission zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Staatskasse."

B.b Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und der Unschuldsvermutung und weisen die Darstellung der Vorinstanz, wonach der Sachverhalt genügend abgeklärt und ordnungsgemäss der volle Beweis geführt worden sei, als falsch zurück. Es sei unzutreffend, dass betreffend den Sachverhalt keine offenen Fragen mehr bestünden, was sich insbesondere am Fall 11c zeige. Die Beschwerdeführerinnen betreffend sei die Vorinstanz zudem nicht in erforderlichem Ausmass auch entlastenden Momenten nachgegangen, wie dies im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes geboten gewesen wäre. Die Verfügung verletze die Unschuldsvermutung, weil die Vorinstanz ungeklärte Sachverhalte nicht gemäss dem Grundsatz "*in dubio pro reo*" zugunsten der Beschwerdeführerinnen darstelle.

Weiter habe die Vorinstanz die Frage der Verjährung nicht geprüft, obschon der Untersuchungsgrundsatz gelte. Die Fälle 11c, 18, 32, 34, 36, 80, 88 und 90 seien verjährt, weshalb die Sanktionierung in diesen Fällen unzulässig und aufzuheben sei. Zudem beanstanden die Beschwerdeführerinnen die Beurteilung des Falles 11c. Die Ermittlung und Würdigung des Sachverhalts durch die Vorinstanz basiere einzig auf Aussagen eines Selbstanzeigers. Die Vorinstanz lasse völlig ausser Acht, dass die übrigen Verfahrensadressatinnen eine Beteiligung der Beschwerdeführerinnen bei der Anhörung durch die Vorinstanz gerade nicht bestätigt hätten.

Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen geltend, eine Sanktionierung sei aufgrund des Wortlautes von Art. 49a KG ausgeschlossen, da diese Bestimmung das Vorliegen einer den Wettbewerb tatsächlich beseitigenden und nicht bloss beeinträchtigenden unzulässigen Wettbewerbsabrede voraussetze. Aufgrund des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots sei eine direkte Sanktion unzulässig.

Bei der Berechnung der beantragten Sanktion gehen die Beschwerdeführerinnen aufgrund der Nichtberücksichtigung der ihrer Ansicht nach nicht rechtsgenüglich nachgewiesenen Schutznahme der Beschwerdeführerin 2 im

Fall 11c und den angeblich verjährten Einzelfällen (Nr. 11c, 18, 32, 34, 36, 80, 88 und 90) von einem entsprechend tieferen Umsatz und Basisbetrag der Beschwerdeführerin 2 aus. Auf eine Erhöhung des Basisbetrags sei zu verzichten und die Sanktion der Beschwerdeführerin 2 auf den beantragten Betrag zu reduzieren. Diesem neu berechneten Sanktionsbetrag stünden exorbitant höhere Verfahrenskosten gegenüber. Die Gebühr sei nach Zeitaufwand und angepasst auf den Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände festzulegen. Den Beschwerdeführerinnen sei der beantragte pauschale Betrag als Verfahrenskosten aufzuerlegen.

9.2 Rüge der Verjährung

9.2.1 Weiter rügen die Beschwerdeführerinnen, bis auf Fall 2 seien alle Fälle mit ihrer Beteiligung (d.h. die Fälle 11c, 18, 32, 34, 36, 80, 88 und 90) im Zeitpunkt der Sanktionierung durch die Vorinstanz bereits verjährt gewesen, weshalb in diesen Fällen keine Sanktionen mehr verhängt werden dürften. Bei den Sanktionen nach Art. 49a KG handle es sich um Bussen im Sinne des Strafgesetzbuches; die kartellrechtlichen Tatbestände seien als Übertretungen zu qualifizieren. Da die Verjährung von Verwaltungssanktionen nach Art. 49a KG im Kartellgesetz nicht explizit geregelt sei, gelange das Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) zur Anwendung. Verwaltungssanktionen verjährten demnach gemäss Art. 11 VStrR i.V.m. Art. 333 Abs. 6 Bst. b des Strafgesetzbuchs vom 21. März 1937 (StGB, SR 311.0) längstens innerhalb von vier Jahren (vgl. Beschwerde, S. 6 f.). Sollte das Bundesverwaltungsgericht wider Erwarten zur Schlussfolgerung gelangen, das VStrR sei nicht anwendbar, so würde sogar die kürzere Verjährungsfrist von drei Jahren nach Art. 109 StGB zur Anwendung gelangen (vgl. Beschwerde, S. 6 f., 12).

Die Beschwerdeführerinnen führen weiter aus, bei Anwendung einer Verjährungsfrist von vier Jahren sei die Verfolgungsverjährung im Zeitpunkt der Sanktionierung durch die Vorinstanz am 16. Dezember 2011 für alle Submissionsabsprachen vor dem 16. Dezember 2007 eingetreten. Die Sanktionierung sei damit in all diesen Fällen unzulässig und vom Bundesverwaltungsgericht aufzuheben (vgl. Beschwerde, S. 7; Replik, Rz. 3).

[…]

9.2.2 In ihrer Vernehmlassung vom 27. Mai 2013 widerspricht die Vorinstanz den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen über die Verjährung. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, das Kartellgesetz regle die zeitliche Dimension einer Sanktionierung gemäss Art. 49a KG für Kartellrechtsverstösse abschliessend in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG. Eine zusätzliche Anwendbarkeit von Verfolgungsverjährungsfristen insbesondere des VStrR sowie des StGB sei auszuschliessen.

Dies ergebe sich aus Sinn und Zweck der explizit in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG vorgesehenen Frist. Es sei dieser Bestimmung nämlich im Umkehrschluss zu entnehmen, dass Verhaltensweisen, die in den letzten fünf Jahren seit Eröffnung der Untersuchung ausgeübt worden seien, sanktioniert werden können sollten. Dabei könne davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung nicht eine in sich widersprüchliche und weitgehend inhaltsleere Norm schaffen wollte. Dies wäre jedoch gerade der Fall, wenn zusätzlich zu dieser Frist noch eine bedeutend kürzere (verwaltungs)strafrechtliche Verfolgungsverjährungsfrist hinzutrete. So würde z.B. bei einem seit viereinhalb Jahren vor Untersuchungseröffnung nicht mehr ausgeübten Verhalten zwar die Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG noch laufen, die Verfolgungsverjährung wäre aber bereits eingetreten. Eine Sanktionierung wäre in diesem Beispiel nicht mehr möglich, obwohl Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG eine Sanktionierung in einem genau solchen Fall noch erlauben würde.

Hinzu komme, dass die (ohnehin kurzen) strafrechtlichen Verfolgungsverjährungsvorschriften gemäss Art. 97 Abs. 3 StGB erst mit Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens greifen würden. Diese Regelung erscheine für das Kartellverwaltungsverfahren gänzlich unpassend. Aufgrund ihrer Komplexität, der regelmässigen Involviertheit mehrerer Parteien sowie des zweiteiligen institutionellen Aufbaus der Wettbewerbsbehörden dauerten solche Verfahren erfahrungsgemäss mehrere Jahre.

Schliesslich weist die Vorinstanz darauf hin, die Untersuchung sei am 8. Juni 2009 eröffnet worden. Die am längsten zurückliegenden Fälle, an denen die Beschwerdeführerinnen gemäss der angefochtenen Verfügung beteiligt gewesen seien, stammten aus dem Jahr 2006. Damit sei die fünfjährige Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG hinsichtlich aller Fälle, an welchen die Beschwerdeführerinnen beteiligt gewesen seien, gewahrt. Entsprechend sei keiner der Fälle mit Beteiligung der Beschwerdeführerinnen von der Frist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG betroffen (Vernehmlassung, Rz. 9 ff.).

9.2.3 Gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG entfällt die in Art. 49a Abs. 1 KG vorgesehene Belastung, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Das Bundesgericht hat diese Frist, welche nach ihrem Wortlaut die Sanktionierbarkeit kartellrechtswidrigen Verhaltens in zeitlicher Hinsicht regelt, in einem spielbankenrechtlichen Urteil als Verjährungsfrist eingestuft und als solche sinngemäss zur Lückenfüllung herangezogen (vgl. BGE 140 II 384 E. 4.3.1; Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 4). Im Schrifttum ist die Rechtsnatur der Frist umstritten (vgl. die Übersicht über den Meinungsstand im Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 703, *Preispolitik Swisscom ADSL*, m.w.H.).

9.2.4 Vor dem Hintergrund des strafrechtsähnlichen Charakters von Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. BGE 139 I 72 E. 2.2.2, *Publigroupe*) stellt sich die Frage nach dem Verhältnis dieser Bestimmung zu den von den Beschwerdeführerinnen angeführten Fristenregelungen im VStrR und im StGB. In der Botschaft finden sich dazu keine Hinweise (Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2042, nachfolgend Botschaft KG 2002).

Im Anwendungsbereich des VStR unterliegen Übertretungen nach Art. 11 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 333 Abs. 6 Bst. b StGB einer Verfolgungsverjährungsfrist von vier Jahren. Das VStrR ist anwendbar, wenn die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen einer Verwal-

tungsbehörde des Bundes übertragen ist (Art. 1 VStrR; vgl. BGE 102 Ib 218 E. 1). Die allgemeine Verfolgungsverjährungsfrist für Übertretungen beträgt drei Jahre (Art. 109 StGB). Als Übertretungen gelten Taten, die mit Busse bedroht sind (Art. 103 StGB). Gemäss Art. 333 Abs. 1 StGB sind die allgemeinen Bestimmungen des StGB auf Taten, die in anderen Bundesgesetzen mit Strafe bedroht sind, anwendbar, soweit diese Bundesgesetze nicht selbst einschlägige Regelungen enthalten.

Die Regel des Vorrangs der lex posterior gegenüber der lex prior sowie des Vorrangs der lex specialis gegenüber der lex generalis (vgl. BVGE 2014/42 E. 4.3; BVGE 2009/37 E. 7.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 220) führt zum Ergebnis, dass die mit der Revision des Kartellrechts im Jahr 2003 (Änderung vom 20. Juni 2003, AS 2004 1385) eingeführte Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG über die zeitlichen Grenzen der Sanktionierbarkeit vorgeht. Hierfür spricht auch die Zwecksetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (vgl. Art. 1 KG). Auch der Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG spricht für diese Auslegung. Denn der Umkehrschluss aus Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ergibt, dass Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht länger als fünf Jahre vor der Eröffnung der Untersuchung ausgeübt worden sind, nach dem Willen des Gesetzgebers von den Wettbewerbsbehörden sanktioniert werden sollen können. Es stünde im Widerspruch zum erwähnten Zweck des Kartellgesetzes, wirksamen Wettbewerb sicherzustellen, wenn die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG durch die Anwendbarkeit der von den Beschwerdeführerinnen angeführten kürzeren Fristen des VStrR oder des StGB unterlaufen würde. Ein solches Ergebnis kann, wie die Vorinstanz ausführt, vom Gesetzgeber nicht gewollt sein.

Demzufolge geht die spezialgesetzliche Regelung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG zur zeitlichen Dimension der Sanktionierung kartellrechtlicher Tatbestände als lex specialis den erwähnten Fristregelungen des VStR und des StGB vor (so auch DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 797; SPITZ, a.a.O., S. 564; TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 49a N. 239; a.M. NIGGLI/RIEDO, in: Basler Kommentar zum KG, Vor Art. 49a-53 N. 169 ff., m.w.H.).

Die Vorinstanz hat ihre Untersuchung gegen die Beschwerdeführerinnen am 8. Juni 2009 eröffnet. Die ältesten Fälle, welche Gegenstand der Verfügung sind, stammen aus dem Jahr 2006 (vgl. Verfügung, Rz. 108 ff.). Zwischen ihnen und dem Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung sind demnach weniger als fünf Jahre vergangen. Die in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG normierte fünfjährige Frist ist demzufolge gewahrt. Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, wonach die Fälle 11c, 18, 32, 34, 36, 80, 88 und 90 verjährt seien, erweist sich somit als unbegründet.

B 4	**3. Urteil des BVGer vom 25. Juni 2018 – Sanktionsverfügung – Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau (Granella)**

Am 25. Juni 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht vier Urteile zur Untersuchung 22-0385: Strassenbau Aargau (Verfügung vom 16. Dezember 2011) gefällt. Die Urteile enthalten insbesondere detaillierte Ausführungen zur Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung bezüglich einer Vielzahl von Einzelsubmissionsabreden. Ansonsten sind die Urteile weitgehend deckungsgleich. Um Wiederholungen zu vermeiden, ist vorgängig primär das Urteil Erne c./ WEKO (B-807/2012) abgedruckt, wobei sich die Publikation bezüglich der Sachverhaltswürdigung auf einige repräsentative Beispiele beschränkt. Ergänzend werden aus den Urteilen Cellere c./ WEKO (B-771/2012), Granella c./ WEKO (B-829/2012) und Umbricht c./ WEKO (B-880/2012) spezifische Passagen publiziert, die von allgemeinem Interesse erscheinen und sich im Urteil Erne nicht finden. Die vollständigen Urteile können auf der Website des BVGer abgerufen werden.

Urteil B-829/2012 des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juni 2018 in Sachen

1. Granella Holding AG, in Würenlingen
2. Aarvia Bau AG (vormals Granella AG), in Würenlingen

alle vertreten durch […], Beschwerdeführerinnen

gegen

Wettbewerbskommission, WEKO, Vorinstanz.

Gegenstand: Sanktionsverführung – Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau

[…]

B. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht

B.a Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 erhoben die Beschwerdeführerinnen am 13. Februar 2012 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

> "1. Es sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2011 vollumfänglich aufzuheben und das Untersuchungsverfahren gegenüber den Beschwerdeführerinnen vorbehaltlos einzustellen.
>
> Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Wettbewerbskommission."

B.b Zur Begründung rügen die Beschwerdeführerinnen in formeller Hinsicht eine mehrfache Verletzung des rechtlichen Gehörs, des Untersuchungsgrundsatzes und der Unschuldsvermutung.

Die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen erstens verletzt, weil sie es unterlassen habe, den Beschwerdeführerinnen Einsicht in die Anzeige zu gewähren, welche für die Untersuchungseröffnung und die Verfügung im Kanton Aargau zentral gewesen sei. Zweitens habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt, weil ihnen die Vorinstanz die Birchmeier-Liste nicht ausgehändigt, sondern lediglich erlaubt habe, diese unter Beachtung eines Kopierverbotes in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen. Schliesslich berufen sich die Beschwerdeführerinnen auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil ihnen die Vorinstanz eine zu kurze Frist für die Stellungnahme zu den Anhörungsprotokollen angesetzt habe.

Hinsichtlich des Untersuchungsgrundsatzes werfen die Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz im Wesentlichen vor, diese habe den rechtserheblichen Sachverhalt fehlerhaft und unvollständig erstellt. Die Feststellung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerinnen seien an Abreden über die Abstimmung von Submissionsprojekten beteiligt gewesen, entspreche nicht der Beweislage und sei aktenwidrig. Die Vorinstanz stütze sich in der angefochtenen Verfügung einseitig auf die strategisch aussagenden Kronzeugen und von diesen nicht rechtsgenüglich vorgebrachten Hinweisen. Zudem würdige die Vorinstanz die Beweise in unzulässiger Weise, indem sie nur belastende, nicht aber entlastende Erklärungen und Tatsachen beachte. Schliesslich liege auch ein Verstoss gegen das Beweismass des Vollbeweises vor. Der Untersuchungsgrundsatz sei des Weiteren durch die Anhörungen der Vorinstanz verletzt. Einerseits rügen die Beschwerdeführerinnen eine Kompetenzüberschreitung durch die Vorinstanz, da sie selbst anstelle des Sekretariats Untersuchungshandlungen durchgeführt habe, andererseits sei die Befragung durch den Präsidenten der Vorinstanz in missbräuchlicher Art und Weise erfolgt, insbesondere weil sie Suggestivfragen enthalten habe. Auch habe sie ihre Aufklärungspflicht verletzt, weil sie es unterlassen habe, die Beschwerdeführerinnen über den genauen Ablauf der Anhörungen zu informieren.

Die Verfügung verletze die Unschuldsvermutung namentlich deshalb, weil sie im Rahmen der Sachverhaltsermittlung ausschliesslich nach für die Beschwerdeführerin 2 belastende Sachverhaltselemente geforscht habe und entlastende Elemente gar nicht berücksichtigt hätte. In einer Mehrzahl der Fälle habe die Vorinstanz pauschal auf die Aussagen eines einzigen Selbstanzeigers abgestellt.

Weiter bemängeln die Beschwerdeführerinnen, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin 1 (Muttergesellschaft) als materielle Verfügungsadressatin qualifiziert und ihr die Busse zusammen mit der Beschwerdeführerin 2 (Tochtergesellschaft) in solidarischer Haftung für die behauptete Beteiligung an Submissionsabsprachen auferlegt.

In materieller Hinsicht bestreiten die Beschwerdeführerinnen eine Beteiligung an den von der Vorinstanz als erwiesen erachteten Submissionsabsprachen. Sie nehmen zur Beurteilung der Einzelfälle durch die Vorinstanz Stellung und bemängeln in verschiedener Hinsicht deren Beweisführung und Beweiswürdigung. Die Vorinstanz vermöge den Nachweis einer Vereinbarung oder einer

abgestimmten Verhaltensweise unter Beteiligung der Beschwerdeführerin 2 nicht zu erbringen.

Die Verfügung basiere einseitig auf den Angaben der Selbstanzeigen. Dabei bestünden erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der in den Selbstanzeigen enthaltenen Anschuldigungen. Insbesondere habe die Vorinstanz die Gefahr von übermässigen Bezichtigungen nicht erkannt. Die Aussagen und Beweismittel der Selbstanzeiger seien nur mit grösster Vorsicht zu berücksichtigen und deren Beweiswert nur zu akzeptieren, wenn sich die darauf behauptete Sachverhaltsdarstellung durch zusätzliche objektive Beweismittel belegen liessen würden. Im Speziellen habe die Vorinstanz die Bezichtigungen von G20._____ sowie von den (zur selben Unternehmensgruppe gehörenden) Selbstanzeigern G15._____, G16._____ und G17._____ pauschal als glaubwürdig erachtet, obwohl die Beschwerdeführerinnen aufgezeigt hätten, dass deren Bezichtigungen möglicherweise strategische Gründe haben könnten.

Weiter sei der räumlich relevante Markt zu Unrecht auf die einzelnen Projekte abgegrenzt worden. Die Beschwerdeführerinnen sind auch der Ansicht, dass der wirksame Wettbewerb selbst unter der Annahme einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 3 KG weder beseitigt noch erheblich beeinträchtigt gewesen sei. Zudem wäre eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aus ökonomischen Effizienzgründen gerechtfertigt gewesen.

Schliesslich verletze die Sanktionierung gestützt auf den in der Verfügung dargestellten Sachverhalt und die darin enthaltene Begründung mangels Voraussehbarkeit der Tatbestandsmässigkeit und der damit verbundenen Rechtsfolgen das Legalitätsprinzip und das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot. Die Vorinstanz habe entgegen der zu beachtenden Unschuldsvermutung im Zusammenhang mit zahlreichen Einzelprojekten im Zweifelsfall gegen die Beschwerdeführerinnen entschieden. Zudem fehle es für eine Sanktionierung am Nachweis der Vorwerfbarkeit. Schliesslich sei die Sanktionsbemessung der Vorinstanz nicht nachvollziehbar und willkürlich.

[…]

5.2 Gehörsverletzung wegen Verletzung des Akteneinsichtsrechts?

Im Zusammenhang mit der behaupteten Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör rügen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung ihres Akteneinsichtsrechts. Dabei beanstanden die Beschwerdeführerinnen, dass ihnen die Vorinstanz einerseits die private Anzeige nicht zugänglich gemacht hat und andererseits die Birchmeier-Liste nicht ausgehändigt, sondern lediglich erlaubt hat, diese unter Beachtung eines Kopierverbotes in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen.

5.2.1 Das Kartellgesetz enthält keine materiellen Vorschriften über das Akteneinsichtsrecht. Dieses richtet sich im Kartellrecht daher nach Art. 26 ff. VwVG (vgl. Art. 39 KG sowie Art. 37 VGG für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht). Nach Art. 26 Abs. 1 VwVG hat jede Partei oder ihr Vertreter Anspruch darauf, in ihrer Sache die Verfahrensunterlagen am Sitz der verfügenden oder einer durch diese zu bezeichnenden kantonalen Behörde einzusehen. Dazu gehören namentlich die Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden sowie alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke (Art. 26 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Wenn die Partei oder ihr Vertreter damit einverstanden ist, kann die Behörde die Aktenstücke auf elektronischem Weg zur Einsichtnahme zustellen (Art. 26 Abs. 1bis VwVG).

Gemäss Art. 27 Abs. 1 VwVG darf die Behörde die Einsichtnahme in die Akten nur verweigern, wenn unter anderem wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone (Bst. a) oder wesentliche private Interessen - insbesondere von Gegenparteien (Bst. b) - die Geheimhaltung erfordern. Als weiteren (vorliegend jedoch nicht relevanten) Grund für die Verweigerung der Einsichtnahme in die Akten nennt das Gesetz das Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung (Bst. c).

Beim in Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG verwendeten Begriff des "*wesentlichen Interesses*" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der den Behörden einen weiten Beurteilungsspielraum einräumt. Welches Interesse als wesentlich zu gelten hat, bestimmt sich im konkreten Einzelfall. Dabei kann dem Gebot der Anonymität von Zeugen, Informanten oder Experten, aber auch dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen beteiligter Unternehmungen Rechnung getragen werden (vgl. BGE 117 Ib 481 E. 7a/aa m.H.). Ein zulässiger Grund für die Verweigerung der Akteneinsicht kann nach Praxis und Literatur das öffentliche Interesse an der Geheimhaltung von Informationsquellen sein. Dadurch soll das System der Informationsbeschaffung in Verfahren aufrechterhalten werden; potentielle Informanten und Auskunftspersonen sollen nicht davon abgeschreckt werden, Behörden entscheidwesentliche Auskünfte zu liefern (vgl. KIENER/RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 624 ff.; ähnlich: WALDMANN/OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 27 N. 23 ff., m.w.H.; vgl. BGE 122 I 153 E. 6c/aa). Als wesentliche private Interessen im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG kommen namentlich der Schutz von Geschäftsgeheimnissen sowie der Persönlichkeitsschutz von Informanten, Zeugen und Auskunftspersonen in Frage (BGE 122 I 153 E. 6c/bb). Bezüglich solcher Personen rechtfertigt sich eine Beschränkung des Akteneinsichtsrechts jedoch nur, wenn konkrete Anhaltspunkte etwa für drohende Repressalien oder Druckversuche bestehen. Gewichtige tatsächliche Interessen können ebenfalls eine Einschränkung der Akteneinsicht erheischen, beispielsweise, um mögliche spätere Verfahren zur Durchsetzung privater Interessen (z.B. Schadenersatzklagen) nicht zu beeinflussen (BRUNNER, in: Kommentar VwVG, 2008, Art. 27 N. 30 m.H.; WALDMANN/OESCHGER, Art. 27 N. 33 ff. m.H.).

Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV), welches in Art. 27 Abs. 2 VwVG konkretisiert wird, hat sich die Verweigerung der Akteneinsicht auf das Erforderliche zu beschränken. Bei Vorliegen wesentlicher Geheimhaltungsgründe im Sinne von Art. 27 Abs. 1 VwVG müssen daher das Interesse an der Akteneinsicht und dasjenige an deren Verweigerung mit Blick auf die konkreten Umstände gegeneinan-

der abgewogen werden (vgl. KIENER/RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 627 ff. m.H. auf das Urteil des BVGer D-260/2008 vom 17. Februar 2010 E. 5.2.3; WALDMANN/OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 27 N. 37 f. 39, m.w.H.).

5.2.2 Die Beschwerdeführerinnen sehen eine Verletzung ihres Akteneinsichtsrechts zunächst darin, dass ihnen die Vorinstanz keine Einsicht in die private Anzeige, die für die Untersuchungseröffnung und die Verfügung zentral gewesen sei, gewährte. Die Geheimhaltung der Anzeige stelle eine Gehörsverletzung dar (vgl. Beschwerde, Rz. 65).

5.2.2.1 Die Vorinstanz hat sich zu dieser Frage nicht vernehmen lassen, führt in der angefochtenen Verfügung diesbezüglich aber aus, dass das Sekretariat dem Anzeiger die Wahrung seiner Anonymität explizit zugesichert habe. Die Identität werde daher nicht offen gelegt, was gemäss Lehre und Rechtsprechung zulässig sei. Die Identität sei aber ausgewählten Personen des Sekretariats bekannt und auch vorab zur Genehmigung der Untersuchungseröffnung dem damaligen Präsidenten der Vorinstanz mitgeteilt worden. Der wesentliche Inhalt der Anzeige werde in der Rz. 18 der angefochtenen Verfügung erläutert. Für die Erstellung des sanktionsrelevanten Sachverhalts sei zudem nicht direkt auf die Aussagen des Anzeigers abgestellt worden, sondern auf Beweismittel, die den Wettbewerbsbehörden später zugegangen seien (vgl. Verfügung, Rz. 18 ff.).

5.2.2.2 Die Kartellbehörde darf die Einsicht in die Anzeige verweigern, wenn wesentliche öffentliche oder private Interessen die Geheimhaltung erfordern (Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Eine Einschränkung der Akteneinsicht muss auf einer Interessenabwägung im Einzelfall beruhen. Im Folgenden ist abzuwägen, ob die in Frage stehenden Interessen an der Geheimhaltung der Identität des Anzeigers den Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf umfassende Akteneinsicht zu überwiegen vermögen.

Das Sekretariat eröffnete gestützt auf Informationen einer Anzeige einer Privatperson/einer Unternehmung sowie nach weiteren Abklärungen im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend allfällige Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (vgl. Verfügung, Rz. 23). Der Anzeiger lieferte Hinweise, dass sich mehrere Strassen- und Tiefbauunternehmen im Kanton Aargau seit Jahren zu Besprechungen trafen, bei denen sie sich über laufende Ausschreibungen und deren Preise austauschten. Basierend auf E-Mails, schriftlichen Eingaben, Telefonaten und einem Treffen mit dem Anzeiger erachtete die Vorinstanz die Angaben des Anzeigers als glaubhaft und widerspruchsfrei und - soweit sie zu diesem Zeitpunkt überprüfbare Elemente betrafen - als korrekt (vgl. Verfügung, Rz. 18 f.).

5.2.2.3 Wie in E. 5.2.1 dargelegt, kommt als wesentliches öffentliches Interesse des Bundes im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. a VwVG das öffentliche Interesse an der Geheimhaltung von Informationsquellen in Betracht. Da es üblich ist, dass kartellrechtswidrige Abreden heimlich stattfinden und die Unterlagen darüber auf ein Minimum reduziert sind, kommt den Auskünften von Informanten bei der Durchsetzung des Kartellrechts besondere Bedeutung zu. Vorliegend ist davon auszugehen, dass erst die Zusicherung der Anonymität des Anzeigers und die damit einhergehende Bereitschaft des Anzeigers, mit der Kartellbehörde zusammenzuarbeiten, es der Vorinstanz ermöglichte, eine angemessene Beurteilung der kartellrechtlichen Situation vorzunehmen. Ein öffentliches Interesse der Wettbewerbsbehörden an der Geheimhaltung der Identität des Anzeigers ist somit gegeben. Als wesentliches privates Interesse im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG kommt der Persönlichkeitsschutz von Informanten in Frage. Private, die den Behörden zur Wahrung öffentlicher Interessen Mitteilungen zukommen lassen, können Anspruch auf Geheimhaltung ihrer Identität haben. Da der Anzeiger den Bereich des Strassen- und Tiefbaus im Kanton Aargau sehr gut kennt und in der Branche auch bekannt sein dürfte, sind Nachstellungen oder wirtschaftliche Repressalien nicht auszuschliessen, weshalb sich aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes eine Geheimhaltung rechtfertigt. Persönlichkeitsrechte Dritter sind darüber hinaus in Fällen wie dem Vorliegenden zu achten, in denen Drittpersonen nicht am Verfahren beteiligt und damit nicht in der Lage sind, ihre Rechte geltend zu machen (vgl. WALDMANN/OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 27 N. 29; BRUNNER, in: Kommentar VwVG, 2008, Art. 27 N. 31).

Im vorliegenden Fall bestehen somit sowohl wesentliche öffentliche als auch gewichtige private Interessen an der Geheimhaltung der Person des Anzeigers. Insbesondere besteht unter den vorliegend gegebenen Umständen die Möglichkeit, dass aufgrund von Angaben in der Anzeige auf die Person des Anzeigers geschlossen werden kann. Das Interesse des Dritten an der Wahrung seiner Anonymität ist aber höher zu gewichten als das Interesse der Beschwerdeführerinnen, nicht nur die Identität des Anzeigers, sondern auch den Inhalt der Informationen zu kennen. Damit ist auch eine Einsicht in eine anonymisierte Fassung der Anzeige ausgeschlossen (Art. 27 Abs. 2 VwVG). Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerinnen aber entsprechend in der angefochtenen Verfügung über den wesentlichen Inhalt der Anzeige informiert. Die Beschwerdeführerinnen haben somit kein rechtlich schutzwürdiges Interesse, Einsicht in die Anzeige zu erhalten, zumal auch nicht erkennbar ist, weshalb die Kenntnis der Identität des Anzeigers für eine wirksame Verteidigung gegen die angefochtene Verfügung und somit zur Wahrung ihrer Rechte erforderlich wäre.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerinnen nicht verletzt hat.

5.3 Gehörsverletzung wegen zu kurzer Frist für Stellungnahme zu den Anhörungsprotokollen?

5.3.1 Die Beschwerdeführerinnen sehen eine Gehörsverletzung auch darin, dass ihnen die Vorinstanz für die Einreichung der Stellungnahme zu den insgesamt über 220 Seiten an Anhörungsprotokollen und -akten nur 12 Tage (inkl. Fristerstreckung) eingeräumt hat (vgl. Replik, Rz. 52).

5.3.2 Das Recht des Einzelnen, sich zu den ihn betreffenden hoheitlichen Anordnungen zu äussern und seinen Standpunkt vorgängig des Entscheids wirksam zur Geltung zu bringen, kann im Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren mit den Erfordernissen eines geordneten Verfahrensganges oder der Prozessökonomie kollidieren. Behördlich angesetzte Fristen müssen angemessen, d.h. so bemessen sein, dass eine gehörige Wahrnehmung des Äusserungsrechts effektiv möglich ist. Dabei ist der Komplexität der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen ebenso Rechnung zu tragen wie dem Aktenumfang (vgl. BGE E. 1.2, m.w.H.; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 30 N. 48).

5.3.3 Die Beschwerdeführerinnen erhielten den Verfügungsantrag mit Schreiben vom 7. Juni 2011 und nahmen dazu am 9. September 2011 schriftlich Stellung. Am 24. Oktober 2011 wurden die Beschwerdeführerinnen von der Vorinstanz mündlich angehört. Zudem waren sie an den Anhörungen vom 17. und 31. Oktober 2011 der anderen Verfahrensbeteiligten anwesend. Am 16. November 2011 nahmen sie schriftlich zu den Protokollen der Anhörungen Stellung (vgl. im Sachverhalt unter A.j - A.p).

Die Anhörungsprotokolle, in die die Beschwerdeführerinnen Einsicht nehmen konnten, waren zwar von einem gewissen Umfang und die Aussagen der Verfahrensbeteiligten zu den Sachumständen sind als entscheidwesentlich zu qualifizieren. Der Umfang der Akten ist jedoch zu relativieren. Für die Wahrung ihrer Interessen waren für die Beschwerdeführerinnen nicht alle im Rahmen der Anhörungen gemachten Aussagen relevant, sondern nur diejenigen, in denen sie einer Absprachebeteiligung bezichtigt wurden. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerinnen vor der Durchführung der Anhörungen zum Verfügungsantrag im Rahmen des erweiterten Gehörsanspruchs gemäss Art. 30 Abs. 2 KG Stellung genommen hatten. Zum Zeitpunkt der Anhörungen hatten sich die Beschwerdeführerinnen folglich mit dem Sachverhalt und der beabsichtigten rechtlichen Würdigung des Entscheids bereits eingehend auseinandergesetzt. Zudem nahmen die Beschwerdeführerinnen bzw. zumindest deren Rechtsvertreter an allen Anhörungen teil. Dies erleichterte ihnen die Durchsicht der Anhörungsprotokolle erheblich. Sie konnten so rascher das in den Anhörungsprotokollen für sie Wesentliche vom für sie Unwesentlichen unterscheiden und schneller feststellen, welche Textstellen für sie von Interesse sein könnten. In einer Gesamtbetrachtung ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen vor Erlass der angefochtenen Verfügung insgesamt ausreichend Gelegenheit erhielten, sich zu den Grundlagen des Entscheids und insbesondere zu den einzelnen Submissionsprojekten zu äussern und ihren Standpunkt einzubringen. Aus diesen Gründen erscheint die von der Vorinstanz angesetzte Frist als den Umständen angemessen und es ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen ihr Äusserungsrecht ausreichend wahrnehmen konnten.

[…]

6.4 Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund Kompetenzüberschreitung der Vorinstanz an den Anhörungen?

6.4.1 Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Vorinstanz habe im vorinstanzlichen Verfahren die gesetzlich vorgesehene Trennung der schweizerischen Wettbewerbsbehörden in ein Untersuchungs- und ein Entscheidorgan missachtet (vgl. Art. 23 und 30 KG). Die Vorinstanz als Entscheidbehörde habe ihre Kompetenzen überschritten, indem sie selbst anstelle des dafür zuständigen Sekretariats direkt Untersuchungshandlungen bzw. Anhörungen durchgeführt habe. Selbst die Botschaft zum Kartellgesetz sehe die Trennung von Entscheid- und Untersuchungsfunktion ausdrücklich vor (vgl. Botschaft KG 1995, 468 ff., 599, 605). Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen sind selbständige Befragungen durch die Vorinstanz, wie diese dies anlässlich der Anhörungen im Oktober 2011 getan habe, unzulässig. Die Anhörung nach Art. 30 Abs. 2 KG stelle ein Äusserungsrecht der Parteien im Rahmen des rechtlichen Gehörs dar, räume demgegenüber der Vorinstanz nicht die Kompetenz ein, eigene Untersuchungshandlungen vorzunehmen. Die Beschwerdeführerinnen sind weiter der Auffassung, dass die nachträgliche Kontrolle durch ein EMRK-konformes Gericht die Kompetenzanmassung durch die Vorinstanz nicht zu heilen vermöge (vgl. Beschwerde, Rz. 20, 48; Stellungnahme Publigroupe, S. 2; Replik, Rz. 43 ff.).

6.4.2 Die Vorinstanz hält demgegenüber fest, dass sie gemäss Art. 30 Abs. 2 KG Anhörungen durchführen dürfe. Die von den Beschwerdeführerinnen zitierte Stelle aus der Botschaft zum Kartellgesetz halte lediglich fest, dass die Vorinstanz das Sekretariat anweisen kann, zusätzliche Untersuchungshandlungen durchzuführen. Inwiefern sich daraus ergeben soll, dass die Vorinstanz keine Kompetenz habe, selbst eine Anhörung durchzuführen, sei nicht ersichtlich. Letztlich sei entscheidend, dass die Vorinstanz die Möglichkeit haben müsse, sich ein eigenes Bild von den Parteien und dem Verfahrensgegenstand im Allgemeinen zu machen (vgl. Vernehmlassung, Rz. 48 ff; Duplik, Rz. 13 ff.).

6.4.3 Die Vorinstanz ist aufgrund der ausdrücklichen Kann-Vorschrift von Art. 30 Abs. 2 Satz 2 (1. Hälfte) KG nicht verpflichtet, in jedem Fall eine Anhörung durchzuführen, sondern wird eine solche nur dann beschliessen, wenn sie - wie im vorliegenden Fall - zusätzlichen Untersuchungsbedarf sieht (vgl. Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 6.2.2, Swisscom). In Art. 17 des - auf den 1. November 2015 aufgehobenen - Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 (nachfolgend Geschäftsreglement 1996, AS 1996 2870, 2009 355) ist unter dem Titel "*Vorabklärungen und Untersuchungen*" sodann festgehalten, dass einerseits die Kommissionsmitglieder an den Untersuchungshandlungen des Sekretariats, insbesondere Anhörungen und Zeugeneinvernahmen, teilnehmen können (Abs. 2), und andererseits die Kommission oder eine Delegation die Verfahrensbeteiligten selbst anhören kann (Abs. 4).

Nach dem Wortlaut des Geschäftsreglements 1996 darf die Vorinstanz grundsätzlich im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG selbstständig Befragungen durchführen. Für

die Zulässigkeit der Durchführung der Befragung vor der Kommission unmittelbar durch den Präsidenten der Vorinstanz spricht schliesslich auch der Ablauf des wettbewerbsrechtlichen Verfahrens (vgl. Urteil des BGer 2C_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.3.3; ZIRLICK/TAGMANN, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 30 N. 47). Im Kartellverfahren führt nach Art. 23 KG das Sekretariat die Untersuchung, was der Vorinstanz grundsätzlich gestattet, aufgrund eines klar erstellten Sachverhalts zu entscheiden (vgl. SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 23 N. 29 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz. 989 f.). Dies führt wiederum dazu, dass die Vorinstanz als Entscheidbehörde erst in einem späten Verfahrensstadium mit dem meist komplexen Sachverhalt konfrontiert wird (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 30 N. 52). Aus diesem Grund wird der Vorinstanz zugestanden, sich anlässlich einer Anhörung ein klares unmittelbares Bild von den Parteien und vom Sachverhalt zu machen (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 30 N. 41, 47). Zu einer Anhörung vor der Kommission durch den Präsidenten der Vorinstanz kommt es schliesslich erst, wenn diese mit einem begründeten Verfügungsantrag des Sekretariats befasst ist. Die Anhörung nach Art. 30 Abs. 2 KG stellt auch ein Äusserungsrecht der Parteien im Rahmen des rechtlichen Gehörs dar (vgl. ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 30 N. 40; BILGER, a.a.O., S. 279). Die Anhörung kann dazu führen, dass die Kommission korrigierend in die Untersuchung des Sekretariats eingreift und das Sekretariat gestützt auf Art. 30 Abs. 2 Satz 2 KG mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragt (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 990; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 30 N. 49). Abgesehen von der Anhörung kann die Vorinstanz selber keine solchen Massnahmen durchführen, zuständig ist hierfür allein das Sekretariat (Art. 17 Abs. 3 Geschäftsreglement 1996; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 30 N. 52, m.w.H.).

6.4.4 Die Hauptschwierigkeit des vorliegenden Falles betrifft die Ermittlung und Auswahl der entscheiderheblichen Sachumstände, weshalb sich die Durchführung einer Anhörung vor der Kommission aufgedrängt hatte. Die Anhörung der Parteien konnte der Vorinstanz zu den entscheidenden Tatsachenfragen dienliche Eindrücke vermitteln und wesentlich zur Erfassung der Sachlage und der Glaubwürdigkeit der Selbstanzeiger, um welche es im vorliegenden Verfahren insbesondere geht, zusätzlich beitragen. Im Rahmen komplexer mit Sanktionsdrohungen versehener Wettbewerbsverfahren erweist sich dieses Vorgehen geradezu als notwendig (vgl. [...]; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 30 N. 38, 41). Eine Anhörung durch den Präsidenten vor der Kommission wird in Sanktionsverfahren regelmässig auch durchgeführt (vgl. RPW 2004/2 S. 418 Rz. 54 - *Swisscom ADSL*; RPW 2006/1 S. 145 Rz. 25 - *Flughafen Zürich AG Unique*; RPW 2007/2 S. 193 ff. Rz. 18, 27 - *Publigroupe*; RPW 2010/1 S. 68 Rz. 52 - *Gaba*). Es besteht kein Anlass, diese Praxis zu beanstanden.

Die Untersuchung wurde in allen Phasen durch das Sekretariat geführt (vgl. im Sachverhalt unter A.a - A.j). Die am Verfahren Beteiligten konnten zum Verfügungsantrag des Sekretariats schriftlich Stellung nehmen (vgl. im Sachverhalt unter A.m). Weiter informierte die Vorinstanz die Parteien frühzeitig über den geplanten Gegenstand der Anhörungen, den vorgesehenen Ablauf und auch die Termine, an welchen sie die Anhörung der jeweiligen Partei geplant hatte (vgl. im Sachverhalt unter A.n). Die Parteien wurden am 17. Oktober 2011, 24. Oktober 2011 sowie 31. Oktober 2011 zum Verfügungsantrag vor der Vorinstanz angehört (vgl. im Sachverhalt unter A.o). Jede Partei erhielt an den Anhörungen zunächst die Möglichkeit, sich in einem Plädoyer zu ihrer Sache zu äussern, worauf die Fragen der Vorinstanz folgten. Am Ende der Befragung einer Partei bestand für alle anwesenden Parteien die Möglichkeit zur Stellung von Ergänzungsfragen. Schliesslich konnten die Parteien am Ende ihrer Anhörung jeweils ein kurzes Schlusswort halten und nach den Anhörungen schriftlich zu den Anhörungen und den Anhörungsprotokollen Stellung nehmen (vgl. im Sachverhalt unter A.p). Die Befragung anlässlich der Anhörungen diente letztlich der Meinungsbildung und Entscheidfindung der Vorinstanz. Dieses Vorgehen steht entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen mit der im Rahmen des Wettbewerbsverfahrens erwünschten Zweiteilung in eine Untersuchungsbehörde und eine Entscheidbehörde nicht im Widerspruch.

6.4.5 Im Ergebnis ist ein unzulässiger Verfahrensablauf innerhalb der Organisation der Vorinstanz nicht ersichtlich. Vor dem Hintergrund, dass die Vorinstanz nach Art. 30 Abs. 2 KG eine Anhörung beschliessen kann und die Parteien durch den Präsidenten der Vorinstanz befragt werden dürfen, ist ebenso wenig ersichtlich, inwiefern die beanstandete Befragung der Beschwerdeführerinnen durch die Vorinstanz im Widerspruch zu Art. 6 EMRK stehen könnte. Hinzu kommt, dass das Bundesgericht in Sachen Publigroupe explizit festgehalten hat, dass es aus der Sicht der EMRK keiner institutionellen Strukturänderung des schweizerischen Kartellverfahrens bedarf (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.4).

6.5 Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch missbräuchliche Anhörungen?

6.5.1 Wie erwähnt (vgl. E. 6.1) machen die Beschwerdeführerinnen sodann geltend, die Befragung durch den Präsidenten der Vorinstanz sei in missbräuchlicher Art und Weise erfolgt, insbesondere weil sie Suggestivfragen enthalten habe. Dass der Präsident der Vorinstanz unzulässige Suggestivfragen gestellt habe, zeige sich besonders deutlich bei der Anhörung von J._____, insbesondere in Bezug auf das Projekt 74 (vgl. [...]). Bei dieser Befragung habe J._____ keine einzige Antwort aus eigenem Antrieb gegeben, sondern bloss die vorgegebenen Antworten des Präsidenten bestätigt. Die Fragetechnik mit Suggestivfragen bzw. vorgegeben Antworten durch den Präsidenten der Vorinstanz habe dazu geführt, dass der Sachverhalt in Bezug auf die einzelnen Submissionsprojekte nicht gemäss den Erinnerungen von J._____, sondern gemäss der vorgefassten Meinung der Vorinstanz ermittelt worden sei. Dem Protokoll der Anhörung vom 24. Oktober 2011 sei im Übrigen zu entnehmen, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen auf die unzulässige Art der Fragestellung durch den Präsidenten hingewiesen habe (vgl. Beschwerde, Rz. 49 ff.; Replik, Rz. 49 ff.).

Zudem seien die Beschwerdeführerinnen nicht angemessen über den Ablauf der Anhörung informiert wor-

den, weshalb die Vorinstanz die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör und dem Recht auf angemessene Verteidigung fliessende Aufklärungspflicht verletzt habe. Insbesondere hätten sie darüber informiert werden müssen, dass die Vorinstanz die Anhörungen als zentrales Aufklärungsmittel erachte und spezifische Fragen zu strittigen Projekten stellen würde. Der Präsident habe die Verfahrensparteien in ein eigentliches Kreuzverhör genommen.

6.5.2 Die Vorinstanz hält dem im Wesentlichen entgegen, dass es ihr im Rahmen der Anhörungen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG grundsätzlich erlaubt sein müsse, zum Vortrag der Parteien Rückfragen zu stellen. Die Anhörung soll der Vorinstanz einen unmittelbaren Eindruck von den Parteien und ihren Argumenten vermitteln. Nicht nachvollziehbar sei der Vorwurf, dass die Beschwerdeführerinnen nicht damit rechnen mussten bzw. nicht darüber informiert gewesen seien, dass die Vorinstanz im Rahmen der Anhörungen Fragen zum Sachverhalt und zu Projekten stellen würde. Auch der Vorwurf eines angeblich unzulässigen Kreuzverhörs weist die Vorinstanz zurück. Nach Auffassung der Vorinstanz sei mit dem vorgebrachten Begriff des "*Kreuzverhörs*" nichts anderes als "*Rückfragen stellen*" gemeint, deren Zulässigkeit zu bejahen sei. Die Beschwerdeführerinnen hätten die Möglichkeit gehabt, ihrerseits weitere Fragen zu stellen, um die aus ihrer Sicht falsche bzw. unzulässige Sachverhaltsermittlung zu klären, wovon sie jedoch nicht Gebrauch gemacht hätten. Im Übrigen hätten die Beschwerdeführerinnen das Protokoll ihrer Anhörung vom 24. Oktober 2011 unterzeichnet und damit bestätigt (vgl. Vernehmlassung, Rz. 56 ff.; Duplik, Rz. 14 f.).

6.5.3 Hinsichtlich der Einladung zu den Anhörungen der Vorinstanz bemängeln die Beschwerdeführerinnen zunächst, sie seien über den genauen Ablauf, den Umfang und konkreten Inhalt der Anhörung ungenügend aufgeklärt worden. Hierzu ist festzuhalten, dass die Vorinstanz mit Einladungsschreiben vom 23. September 2011 (vgl. [...]) den an der Anhörung teilnehmenden Parteien mitteilte, sie könnten sich zu den Erwägungen des Verfügungsantrags des Sekretariats äussern und ausgewählte Punkte ihrer schriftlichen Stellungnahmen mündlich vortragen. Zudem hätten sie die Möglichkeit, zu den Vorbringen der anderen Parteien Stellung zu nehmen. Die Vorinstanz räumte den Parteien gemäss dem Einladungsschreiben zu Beginn der Anhörungen 10 Minuten Redezeit ein, um Stellung zu nehmen und im Anschluss daran Fragen der Vorinstanz und der übrigen Verfahrensbeteiligten zu beantworten und ein kurzes Schlusswort zu halten. Die Vorinstanz hatte für den Morgen des 24. Oktobers 2011 von 09.15 Uhr bis 12.15 Uhr Anhörungen von vier Verfahrensparteien eingeplant. Das ergab eine Anhörungsdauer für eine Partei von 45 Minuten. Es muss den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen daher klar gewesen sein, dass die Vorinstanz im Rahmen der Anhörungen während den restlichen 35 Minuten Fragen zum Sachverhalt und zu den einzelnen Projekten stellen würde. Dass sich die Vorinstanz mit ihren Fragen naheliegenderweise gerade nach bestrittenen Sachverhaltselementen erkundigen würde, liegt auf der Hand. Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, sie seien nicht angemessen über den Ablauf der Anhörung informiert worden, geht somit ins Leere.

6.5.4 Zum angeblich missbräuchlichen Ablauf der Anhörung, weil der Präsident der Vorinstanz unzulässige Suggestivfragen gestellt habe, ist Folgendes festzuhalten: Zwar sind auch in kartellrechtlichen Untersuchungen Fragen möglichst zu vermeiden, durch welche einer beschuldigten Partei Sachverhaltsumstände vorgehalten werden, die erst durch ihre Aussagen festgestellt werden sollten (vgl. [bezüglich eines Strafrechtsfalls] das Urteil des BGer 6B_676/2013 vom 28. April 2014 E. 4.3.2). Die Ausgangslage für die Beurteilung der von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Beanstandungen besteht aber darin, dass die Vorinstanz (auch) die vorliegenden Anhörungen erst durchgeführt hat, nachdem das Sekretariat seine Untersuchungsmassnahmen abgeschlossen, der Vorinstanz einen begründeten Verfügungsantrag unterbreitet und den Parteien zudem Akteneinsicht in die Untersuchungsakten sowie Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zum Verfügungsantrag gewährt hat. Zum Zeitpunkt der Anhörungen liegen damit bereits umfangreiche Sachverhaltsabklärungen vor. Zulässiger - und gebotener - Bestandteil der vorinstanzlichen Meinungsbildung und Entscheidfindung sind neben dem Verfügungsantrag des Sekretariats auch sämtliche aus der Untersuchung hervorgegangenen Beweismittel. Bei der Würdigung der Kritik am vorinstanzlichen Befragungsstil gilt es demnach zu beachten, dass all diese Unterlagen die Grundlage der Anhörungen bilden. Um der Vorinstanz zu ermöglichen, sich anlässlich einer Anhörung ergänzend zu den Untersuchungsakten ein unmittelbares Bild von den Parteien und vom Sachverhalt zu machen, stellt die Konfrontation der Parteien mit früher gemachten Aussagen und mit vorhandenen Beweismitteln eine unabdingbare und zulässige Befragungstechnik dar. Der Zweck, eine möglichst unvoreingenommene und spontane Darstellung zu erhalten, wird nicht beeinträchtigt, indem die Vorinstanz den Parteien anlässlich der Anhörung unter Vorhalt bestehender Aussagen bzw. Beweismittel ergänzende Fragen stellt.

6.5.5 Aufgrund der vorliegenden Akten ergibt sich insgesamt kein Grund zur Annahme, dass es dem befragenden Präsidenten der Vorinstanz darum gegangen sein soll, möglichst viele belastende Aussagen zu erwirken oder gar durch eine willkürliche Fallauswahl und den Befragungsstil bei den übrigen Mitgliedern der Gesamtkommission einen unrichtigen Eindruck über die Stichhaltigkeit der Ausführungen des Sekretariats im Verfügungsantrag zu erzeugen. Auch ergibt die Durchsicht der entsprechenden Protokollstellen der Anhörung von G20._____, dass sich die Fragen des Präsidenten allesamt auf frühere Aussagen von G20._____ beziehen. Nach dem Gesagten ist auch nicht zu beanstanden, dass der Präsident der Vorinstanz die Unternehmensvertreter bei der Anhörung direkt mit Ausführungen konfrontiert hat, welche die betreffende Partei bereits gegenüber dem Sekretariat gemacht hat, sei dies in der eigenen Selbstanzeige oder in einer anderen Form. Unproblematisch scheint namentlich die Frage, ob die angehörte Partei die eigenen früheren Aussagen an der Anhörung bestätigt. Damit wird der Partei indirekt auch die Gelegenheit gegeben, die eigenen früheren Aussagen zu ergänzen oder allenfalls zu relativieren. Eine offene Fragetechnik - wie dies in früheren Phasen der Untersuchung und insbesondere beim ersten Kontakt

der Unternehmen mit den Wettbewerbsbehörden unter Umständen angezeigt ist - erweist sich anlässlich einer Anhörung durch die Vorinstanz insofern nicht mehr als zwingend notwendig. Auch ist es zulässig, dass die Vorinstanz bei Anhörungen nach eigenem Ermessen Schwerpunkte setzt und die Parteien nur dahingehend befragt, als aus ihrer Sicht Klärungsbedarf besteht. Die Vorinstanz muss sich im Rahmen einer Anhörung nicht zwangsläufig über das gesamte Beweisergebnis einen eigenen unmittelbaren Eindruck verschaffen.

Als Nachweis einer unzulässigen Suggestivfrage weisen die Beschwerdeführerinnen weiter auf eine Protokollstelle der Anhörung vom 24. Oktober 2011 hin (vgl. [...]). Gemäss dem Anhörungsprotokoll wurden die Beschwerdeführerinnen dazu angehalten, Stellung zu den Aussagen von Selbstanzeigern zu nehmen, die die Beschwerdeführerin 2 belasten. Die Beschwerdeführerinnen rügen in diesem Kontext, dass die Frage des Präsidenten, ob man an Absprachen beteiligt war, gegenüber einem Beschuldigten unzulässig sei, da dies eine rechtliche Würdigung beinhalte.

Zwar haben die Beschwerdeführerinnen das Anhörungsprotokoll unterschrieben. Mit dieser Unterzeichnung haben die Beschwerdeführerinnen aber nicht darauf verzichtet, Einwände gegen den Ablauf der Anhörung vorzubringen, sondern einzig bestätigt, dass das Protokoll den Wortlaut der Anhörung sinngemäss richtig wiedergibt. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerinnen hat der Präsident in der von ihnen erwähnten Protokollstelle jedoch nicht die Frage gestellt, ob die Beschwerdeführerin 2 an Absprachen beteiligt war, sondern der Präsident hat die Beschwerdeführerinnen dazu angehalten, vor der Vorinstanz (nochmals) zu den Vorwürfen der Selbstanzeiger Stellung zu nehmen. Der Präsident hat die Beschwerdeführerinnen damit in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellungen in den Einzelfällen im Verfügungsantrag präzisierend und ergänzend befragen wollen, was nicht zu beanstanden ist. In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerinnen als auch ihre anwaltliche Vertretung anlässlich der Befragung die Möglichkeit hatten, weitere Anmerkungen zu den Einzelfällen zu machen und Entlastendes vorzutragen. Stichhaltige Hinweise auf eine unzulässige Beschränkung der Möglichkeiten der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen, im Interesse ihrer Mandantinnen auf den Verlauf der Anhörungen Einfluss zu nehmen, bestehen jedenfalls nicht.

6.5.6 Im Ergebnis erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz durch missbräuchliche bzw. suggestive Anhörungen verletzt, als unbegründet. Die Protokolle der Anhörungen vom 17. Oktober 2011, 24. Oktober 2011 sowie 31. Oktober 2011 sind als Beweismittel verwertbar. Nicht an dieser Stelle gilt es zu beantworten, ob die Vorinstanz die den Beschwerdeführerinnen vorgeworfenen Abredebeteiligungen gestützt auf die vorliegenden Beweismittel rechtsgenüglich nachweisen kann (vgl. dazu E. 7.7).

[…]

7.7.5.16 Fall 69: (...)

a) Basisangaben zur Ausschreibung

Laut der Darstellung in der angefochtenen Verfügung schrieb (...) im (...) im Zusammenhang mit (...) in (...) aus (vgl. Verfügung, Rz. 595). Den Zuschlag erhielt laut der tabellarischen Darstellung der Vorinstanz G9._____ mit der preisgünstigsten Offerte. Als weitere Offerenten, welche im Fall 69 je eine höhere Offerte als G9._____ eingereicht hätten, nennt die angefochtene Verfügung G42._____, G39._____, G3._____ und G7._____ (vgl. dazu die in Verfügung, Rz. 595 aufgelisteten Offertsummen). Unklar ist, ob sich neben diesen Offerenten weitere Gesellschaften um die Ausführung der (...) beworben haben (vgl. die Vermerke "*weitere Unternehmen*" in der Spalte "*Offerenten*" und "*offen*" in der Spalte "*Offertsummen*"; Verfügung, Rz. 595). Die Beschwerdeführerin 2 hat gemäss der angefochtenen Verfügung "*keine Eingabe*" gemacht (vgl. Verfügung, Rz. 595).

b) Vorliegende Beweismittel

Gemäss der Selbstanzeige der Unternehmensgruppe Q._____ habe M._____ von G9._____ die anderen Anbieter bei diesem Objekt gebeten zurückzustehen. Es sei mit der Beschwerdeführerin 2 eine ARGE gebildet worden, da S._____ von der Beschwerdeführerin 2 (...). Die Beschwerdeführerin 2 habe dann aber keine Arbeiten ausgeführt. Als an der Zuschlagsmanipulation Beteiligte nennt die Selbstanzeige der Unternehmensgruppe Q._____ neben ihrer Gruppengesellschaft G9._____ G3._____, G7._____, G42._____, die Beschwerdeführerin 2 sowie "*weitere nicht mehr bekannte Unternehmen*" (vgl. [...]).

Zudem ist in der Birchmeier-Liste - datiert mit (...) - das Bauobjekt (...) aufgeführt. Dass es sich hierbei um (...) handelt, ist naheliegend, wurde von der Vorinstanz aber ohne jede Erläuterung so angenommen (vgl. Verfügung, Rz. 596). In der Spalte "*Mitbewerber*" dieses Eintrags der Birchmeier-Liste wird die "*ARGE (G10._____) + (G9._____)*" namentlich erwähnt (vgl. [...]). Auch in der Tabelle (...) hat G7._____ die Einreichung einer Stützofferte zugunsten der ARGE G9._____/Beschwerdeführerin 2 im Fall 69 bestätigt (vgl. [...]).

An den Anhörungen vom 17., 24. und 31. Oktober 2011 erfolgte keine spezifische Befragung zu Fall 69 (vgl. [...]).

c) Vorbringen der Vorinstanz

Laut dem in der Verfügung festgehaltenen Beweisergebnis von Fall 69 hält es die Vorinstanz für bewiesen, dass es in diesem Fall zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen G9._____ und der Beschwerdeführerin 2 (Schutznahme) und G7._____, G3._____ sowie G42._____ (Stützofferten) gekommen ist (vgl. Verfügung, Rz. 600). Im Widerspruch dazu geht aus den weiteren Erwägungen der

Vorinstanz zu Fall 69 jedoch hervor, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 2 tatsächlich keine gemeinsame Schutznahme mit G9._____ vorwirft, sondern einzig eine Stützofferte für G9._____ in der Form eines Eingabeverzichts (Bid-suppression).

So werde die Beschwerdeführerin 2 nicht der gemeinsamen Schutznahme mit G9._____ belastet, da sie im Fall 69 keine Arbeiten ausgeführt habe. Dennoch stehe fest, dass die Verhandlungen mit der Beschwerdeführerin 2 wie bei den übrigen Submittenten dazu geführt hätten, dass die Beschwerdeführerin 2 keine den Zuschlag für G9._____ gefährdende Offerte eingereicht habe. Ihrer Teilnahme an der Absprache werde deshalb als Eingabeverzicht (Bid-suppression) Rechnung getragen (vgl. Verfügung, Rz. 599). Zur Begründung dieses Beweisergebnisses gegenüber der Beschwerdeführerin 2 beruft sich die Vorinstanz auf den Eintrag von Fall 69 zu Gunsten der ARGE G9._____/Beschwerdeführerin 2 in der Birchmeier-Liste in Verbindung mit der damit übereinstimmenden Auskunft der Unternehmensgruppe Q._____.

d) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen weisen den Vorwurf der Vorinstanz zurück. Die Vorinstanz stütze diesen einzig auf die Selbstanzeige der Unternehmensgruppe Q._____ und die Auflistung in der Birchmeier-Liste. Weder G7._____ noch G9._____ würden nähere Angaben zu der angeblichen Absprache machen. Aus der Verfügung gehe nicht hervor, wann wo und in welcher Form sich die Parteien hätten absprechen sollen. Bei der Beschwerdeführerin 2 fänden sich jedenfalls keine Hinweise, welche auf eine Beteiligung der Beschwerdeführerin 2 im Fall 69 schliessen liessen; eine Offerte hätten sie nicht eingereicht. Schliesslich stünden den Aussagen von G9._____ und dem Eintrag in der Birchmeier-Liste die Aussagen der Selbstanzeigerin G3._____ und von G42._____ entgegen. Es lägen somit keine Beweise vor, dass die Beschwerdeführerin 2 an einer Zuschlagsmanipulation beteiligt gewesen sei.

Des Weiteren habe es die Vorinstanz trotz Vorliegen von Hinweisen unterlassen zu untersuchen, ob nicht auch weitere Offerten bei der Bauherrschaft eingegangen seien. (...) (vgl. Beschwerde, Rz. 214 ff.; Replik, Rz. 134 ff.).

e) Würdigung des Gerichts

Wie erwähnt, ist die Einreichung einer Stützofferte zugunsten der ARGE, bestehend aus G9._____ und der Beschwerdeführerin 2, in der Birchmeier-Liste wie auch in der Tabelle "*Schutzerteilung von Birchmeier an Mitbewerber*" verzeichnet. Nach Massgabe der bisherigen

Erwägungen stellt die Birchmeier-Liste in Verbindung mit den entsprechenden Parteiauskünften (von) G7._____ ein durchaus aussagekräftiges Beweismittel dar. Neben dem eigenen Eingeständnis (von) G7._____, sich im Fall 69 durch Einreichung einer Stützofferte an einer Zuschlagsmanipulation mitbeteiligt zu haben, belastet der fragliche Listeneintrag G9._____ und die Beschwerdeführerin 2 damit, gemeinsam Schutz genommen zu haben (vgl. dazu auch E. 7.6.5). Der rechtsgenügliche Überzeugungsbeweis für die Schutznahme einer in der Birchmeier-Liste genannten Gesellschaft erfordert aber zusätzlich zu dieser Nennung und der entsprechenden Parteiauskunft von G7._____ im Sinne des früher Ausgeführten zumindest ein weiteres einschlägiges Beweismittel (vgl. zum Ganzen E. 7.6.4.4, E.7.6.5, E. 7.6.6.1 ff., E. 7.6.7).

Im vorliegenden Fall liegt ein solches Beweismittel in der Form der beschriebenen Auskunft der Unternehmensgruppe Q._____ vor. Die bereits gewichtige Belastung der Beschwerdeführerin 2 aufgrund des Eintrags in der Birchmeier-Liste und in der Tabelle "*Schutzerteilung von Birchmeier an Mitbewerber*" wird durch die unabhängige und damit übereinstimmende Auskunft der Unternehmensgruppe Q._____ hinlänglich untermauert.

Was die Beschwerdeführerinnen gegen die vorinstanzliche Einschätzung der die Beschwerdeführerin 2 betreffenden Beweislage vorbringen, vermag die vorliegenden belastenden Informationen nicht in Frage zu stellen. Der Argumentation der Beschwerdeführerinnen ist zunächst entgegenzuhalten, dass mit den vorliegenden Indizien die wesentlichen Kerninformationen zur Beurteilung des strittigen Vorwurfs gegenüber der Beschwerdeführerin 2 vorliegen. Detailliertere Angaben etwa zur Art der Kontaktaufnahme oder dem Ablauf der Verhandlungen erfordert diese Beurteilung nicht. Ebenso wenig vermag den Beschwerdeführerinnen der Umstand zu helfen, dass neben der Beschwerdeführerin 2 auch andere Offerenten bestritten haben, sich im Fall 69 an einer Zuschlagsmanipulation beteiligt zu haben. Mit ihrem Argument, die Vorinstanz habe es unterlassen abzuklären, ob weitere Offerten eingegeben wurden, beanstanden die Beschwerdeführerinnen im Übrigen nicht die hier interessierende Mitbeteiligung der Beschwerdeführerin 2, sondern sinngemäss die vorinstanzliche Analyse der Wettbewerbsverhältnisse. Die Frage, ob die Vorinstanz die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung mit Bezug auf Fall 69 trotz der unvollständigen Kenntnisse über die Anzahl Offerenten (vgl. Bst. a) zu Recht bejaht hat, ist indes nicht an dieser Stelle zu beurteilen (vgl. E. 7.7.1.3).

Weiter nimmt die Vorinstanz im Sinne der Auskunft der Unternehmensgruppe Q._____ zu Gunsten der Beschwerdeführerin 2 an, dass diese trotz ihres grundsätzlichen Zusammenwirkens in einer ARGE mit G9._____ selber keine Arbeiten von Fall 69 ausgeführt und faktisch "*nur*" darauf verzichtet hat, eine den Zuschlag für G9._____ gefährdende Offerte einzureichen. Davon ausgehend legt die Vorinstanz denn auch nur G9._____ eine Schutznahme zur Last (vgl. Bst. c), während sie den Umstand, dass die Beschwerdeführerin 2 im Fall 69 selber keine Offerte eingereicht hat, einzig als "Bid-suppression" und damit als Stützofferte für G9._____ wertet. Gegen diese mildere Einschätzung der Sachlage zugunsten der Beschwerdeführerin 2 ist unter den gegebenen Umständen nichts einzuwenden. Denn aufgrund der vorliegenden belastenden Informationen kann insgesamt nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass sich die Beschwerdeführerin 2 zumindest in dieser Form an der von G9._____ und G7._____ zugegebenen Zuschlagsmanipulation im Fall 69 mitbeteiligt hat.

Das Bundesverwaltungsgericht kommt unter Würdigung der vorliegenden Aktenlage und der gesamten Umstände daher zum Schluss, dass der Überzeugungsbeweis für die der Beschwerdeführerin 2 angelastete Mitbeteiligung im Fall 69 - in Form einer Stützofferte für G9._____ "*im weiteren Sinne*" durch einen Verzicht auf die Einreichung einer Offerte - insgesamt rechtsgenüglich erbracht ist.

[…]

7.7.8 Übersicht über die Beweislage der Einzelfälle

Zusammenfassend erweist es sich als rechtsgenüglich nachgewiesen, dass sich die Beschwerdeführerin 2 wie folgt an den nachfolgenden Einzelfällen beteiligt hat (siehe zum Vergleich die Übersicht über das Beweisergebnis der angefochtenen Verfügung in E. 7.1, insbesondere die Tabelle 1 in E. 7.1.7):

Beschwerdeführerin 2:

Beteiligungsform		Fallnummern	Beurteilung Beweislage
Schutznahme (8.6.2006 - 7.6.2009)	erfolgreich	79, 80, 96	Nachweis erbracht
	nicht erfolgreich	33	Nachweis erbracht
Einreichung einer Stützofferte	erfolgreich	6, 18, 36, 38, 62, 63, 66, 67, 69, 74, 81, 82, 83, 91	Nachweis erbracht
	nicht erfolgreich	1, 3, 77	Nachweis erbracht
Informations-austausch		35	Nachweis erbracht

Tabelle 2: nachgewiesene Beteiligungen der Beschwerdeführerin 2.

In den übrigen Einzelfällen hat die Vorinstanz den rechtsgenüglichen Beweis für die der Beschwerdeführerin 2 vorgeworfene Beteiligung nicht erbracht. Nicht bewiesen sind somit die angebliche Schutznahme der Beschwerdeführerin 2 im Fall 11c sowie die angeblichen Stützofferten der Beschwerdeführerin 2 in den Fällen 7, 8, 12, 16, 17, 28, 39, 43, 71, 90 und 109.

[…]

10.5.11 Rechtmässige Sanktionshöhe

Die rechtmässige Sanktionshöhe für die nachgewiesenen Abredebeteiligungen der Beschwerdeführerin 2 berechnet sich demnach wie folgt:

Beschwerdeführerin 2: Sanktionsanteil erfolgreiche Schutznahmen

Beschreibung	Fallnummer	Betrag (CHF)
erfolgreiche Schutznahmen 8.6.2006 - 7.6.2009	79	(...)
	80*)	(...)
	96	(...)
erfolgreiche Schutznahmen vor 8.6.2006	-	0
total (Basisbetrag inkl. MwSt)		(...)
Basisbetrag exkl. MwSt (7.6%)		(...)
7% Basisbetragssatz (= Sanktionsanteil)		(...)

*Tabelle 3: Sanktionsanteil erfolgreiche Schutznahmen Beschwerdeführerin 2 *) Beteiligung an einer ARGE mit einem weiteren Partner. Der Betrag entspricht einem Beteiligungsanteil der Beschwerdeführerin 2 von (...).*

Beschwerdeführerin 2: Sanktionsanteil umsatzlose Verstösse

Beschreibung	Fallnummer	Anzahl	%	Betrag (CHF)
Sanktionsanteil gemäss Tabelle 3)				(...)
Stützofferten	1, 3, 6, 18, 36, 38, 62, 63, 66, 67, 69, 74, 77, 81, 82, 83, 91	17		
erfolglose Schutznahmen	33	1		
Zuschlag (= Sanktionsanteil)			100%	(...)

Tabelle 4: Sanktionsanteil umsatzlose Verstösse Beschwerdeführerin 2

B 4	**4. Urteil des BVGer vom 25. Juni 2018 – Sanktionsverfügung – Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau (Umbricht)**

Am 25. Juni 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht vier Urteile zur Untersuchung 22-0385: Strassenbau Aargau (Verfügung vom 16. Dezember 2011) gefällt. Die Urteile enthalten insbesondere detaillierte Ausführungen zur Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung bezüglich einer Vielzahl von Einzelsubmissionsabreden. Ansonsten sind die Urteile weitgehend deckungsgleich. Um Wiederholungen zu vermeiden, ist vorgängig primär das Urteil Erne c./ WEKO (B-807/2012) abgedruckt, wobei sich die Publikation bezüglich der Sachverhaltswürdigung auf einige repräsentative Beispiele beschränkt. Ergänzend werden aus den Urteilen Cellere c./ WEKO (B-771/2012), Granella c./ WEKO (B-829/2012) und Umbricht c./ WEKO (B-880/2012) spezifische Passagen publiziert, die von allgemeinem Interesse erscheinen und sich im Urteil Erne nicht finden. Die vollständigen Urteile können auf der Website des BVGer abgerufen werden.

Dieses Urteil wurde vom betroffenen Unternehmen beim Bundesgericht angefochten und ist somit noch nicht rechtskräftig (Stand: 15. April 2020)

Urteil B-880/2012 des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juni 2018 in Sachen

1. Umbricht Holding AG, in Baden,
2. Aarvia Immobilien AG (vormals Umbricht AG und Umbricht Bau AG), in Turgi,
3. Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau, BirrhardNeue Bau AG Baden (Firma gelöscht, Rechtsnachfolgerin: Aarvia Immobilien AG),

alle vertreten durch […], Beschwerdeführerinnen

gegen

Wettbewerbskommission, WEKO, Vorinstanz.

Gegenstand: Sanktionsverführung – Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau

[…]

B. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht

B.a Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 (nachfolgend Verfügung oder angefochtene Verfügung) erhoben die Beschwerdeführerinnen am 15. Februar 2012 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

> "1. Die gegenüber der Umbricht auszusprechende Sanktion sei auf höchstens Fr. 359'766.00 festzulegen.
>
> 2. Die gegenüber der Neuen Bau AG auszusprechende Sanktion sei auf höchstens Fr. 17'332.00 festzulegen.
>
> 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

B.b Zur Begründung rügen die Beschwerdeführerinnen in formeller Hinsicht eine mehrfache Verletzung des rechtlichen Gehörs, eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes sowie eine Verletzung der Unschuldsvermutung und der daraus abgeleiteten Ansprüche an die Beweispflicht und das Beweismass. Materiell machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Vorinstanz habe ihre vermeintliche Beteiligung an Submissionsabsprachen in mehreren Projekten nicht rechtsgenüglich nachgewiesen. Wie in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag (vgl. A.m) konzentrieren die Beschwerdeführerinnen ihre Ausführungen dabei auf 18 der vorgeworfenen Einzelfälle, in welchen eine Beteiligung der Beschwerdeführerinnen "*offensichtlich nicht vorliegt oder nicht rechtsgenüglich belegt*" worden sei (vgl. Beschwerde, Rz. 69). In zahlreichen Fällen stütze sich die Vorinstanz lediglich auf sehr oberflächliche, teilweise offensichtlich unglaubwürdige Anschuldigungen respektive Vermutungen von Konkurrenten ab. Einzelne Selbstanzeigen seien in missgünstiger und eigennütziger Weise erfolgt. Die Absichten und Eigeninteressen der Selbstanzeiger seien derart augenfällig, weshalb die Vorinstanz diese Aussagen zwingend kritisch hätte hinterfragen müssen.

Des Weiteren beanstanden die Beschwerdeführerinnen die kartellrechtliche Beurteilung der Vorinstanz. Die angeblichen Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen würden nicht in sämtlichen Projekten eine Wettbewerbsverletzung darstellen. Die Vorinstanz habe es unterlassen, für jede einzelne Ausschreibung auch die entlastenden Faktoren zu prüfen. Namentlich habe die Vorinstanz die Analyse, inwiefern die an der Absprache beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potentiellen Wettbewerb diszipliniert worden sind, nur sehr pauschal und für alle Fälle gemeinsam vorgenommen.

Bei der Berechnung der beantragten Sanktionen gehen die Beschwerdeführerinnen von einem tieferen Umsatz und Basisbetrag der Beschwerdeführerin 2 und einer Erhöhung dieses Basisbetrags um lediglich 100 % statt 200 % aus. Der hinsichtlich der Beschwerdeführerin 3 beantragte Sanktionsbetrag beruht auf einem von 50 % auf 25 % reduzierten Zuschlag auf dem unveränderten Basisbetrag. Zudem müsse die Kooperationsbereitschaft der Beschwerdeführerinnen je zu einer Sanktionsreduktion von mindestens 25 % statt nur 5 % führen.

[…]

6.3 Gehörsverletzung wegen Verletzung des Anspruchs auf vorgängige Orientierung, Äusserung und Mitwirkung?

Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die Vorinstanz habe den Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf vorgängige Orientierung, Äusserung und Mitwirkung als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs wie folgt verletzt (vgl. Beschwerde, Rz. 52 ff.; Replik, Rz. 13 f.):

6.3.1 Nichtabnahme anerbotener Beweismittel

a) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Zunächst beanstanden die Beschwerdeführerinnen, dass die Vorinstanz die von ihr geforderten Untersuchungshandlungen nicht an die Hand genommen habe, obwohl dies angezeigt gewesen sei. So hätten die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag (vgl. im Sachverhalt unter A.m) auf die führende Rolle von G20._____ und die Fortsetzung der Absprachetätigkeit von G20._____ hingewiesen und auch (vergeblich) die Befragung eines Mitarbeiters der Beschwerdeführerin 3 sowie (von) G18._____ zu den Vorwürfen als Zeugen beantragt. Auch hätten die Beschwerdeführerinnen vergebens verlangt, dass G7._____ zu den Hintergründen der Markierungen auf der Birchmeier-Liste (vgl. E. 8.6) zu befragen sei.

b) Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz erblickt auch in diesem Zusammenhang keine Gehörsverletzung. Die getätigten Untersuchungshandlungen würden zeigen, dass die Vorinstanz entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen der geltend gemachten führenden Rolle (von) G20._____ und der Fortsetzung der Absprachetätigkeit durch G20._____ genügend nachgegangen sei (mit Verweis auf Verfügung, Rz. 1157 f.; vgl. Vernehmlassung, Rz. 21, 25).

c) Würdigung des Gerichts

Die Vorinstanz ist nach Art. 33 Abs. 1 VwVG grundsätzlich verpflichtet, die ihr angebotenen Beweismittel abzunehmen, wenn sie zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2). Bei der Beurteilung dieser Frage kommt der Vorinstanz allerdings ein gewisser Ermessensspielraum zu. Sie kann insbesondere auf die Abnahme eines angebotenen Beweises verzichten, wenn sie aufgrund bereits erhobener Beweise bzw. aufgrund der Aktenlage den rechtserheblichen Sachverhalt für genügend geklärt hält und gestützt auf die Aktenlage willkürfrei annehmen darf, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (sog. antizipierte Beweiswürdigung; vgl. BGE 136 I 229 E. 5.3, BGE 134 I 140 E. 5.3; Urteil des BVGer A-1063/2014 vom 25. März 2015 E. 3.2; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 29 N. 88 und Art. 33 N. 21 f., je m.w.H.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 536 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.123c und 3.144).

Nimmt die Vorinstanz rechtzeitig und formrichtig angebotene Beweise zu rechtserheblichen Tatsachen nicht ab, ohne dass die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, verletzt sie das rechtliche Gehör der betroffenen Partei und ihre Untersuchungspflicht; ausserdem ermittelt sie den Sachverhalt fehlerhaft im Sinne von Art. 49 Bst. b VwVG (vgl. Urteile des BVGer A-770/2013 vom 8. Januar 2014 E. 2.2.4 und A-5524/2012 vom 16. Dezember 2013 E. 5.2.1). Umgekehrt liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, wenn eine Behörde auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil sie auf Grund der bereits abgenommenen Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener (antizipierter) Beweiswürdigung annehmen kann, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (vgl. BGE 141 I 60 E. 3.3, BGE 136 I 229 E. 5.3, m.w.H.).

Der Beweggrund, aus welchem die Beschwerdeführerinnen gegenüber der Vorinstanz beantragt haben, die angebliche führende Rolle von G20._____, die angebliche Fortsetzung der Absprachetätigkeit durch G20._____ sowie die Markierungen auf der Birchmeier-Liste weiter abzuklären, kann einerseits darin bestanden haben, den Beweiswert der Birchmeier-Liste sowie die Glaubwürdigkeit der die Beschwerdeführerinnen betreffenden Informationen von G20._____ in Frage zu stellen. Andererseits zogen die Beschwerdeführerinnen mit diesen Beweisanträgen aber vor allem in Zweifel, dass G20._____ als Teilnehmer des Bonusprogramms die Voraussetzungen für einen gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf eine Sanktion erfüllt (vgl. Art. 49a Abs. 2 KG, Art. 8 ff. SVKG [zitiert im Sachverhalt unter A.d]). Soweit der Beweggrund der Beschwerdeführerinnen in letzterem liegt, kann in der Nichtanhandnahme der entsprechenden Beweismassnahmen von vornherein keine Verletzung des Gehörsanspruchs der Beschwerdeführerinnen erblickt werden. Denn im Fall einer solchen Motivation waren die Beweisanträge der Beschwerdeführerinnen nicht tauglich bzw. zielten überhaupt nicht darauf ab, die Vorinstanz zu einer weitergehenden Abklärung der die Beschwerdeführerinnen betreffenden Sachverhalte zu bewegen.

Soweit die Beschwerdeführerinnen eine Gehörsverletzung darin sehen, mit den Beweisanträgen vergeblich eine weitergehende Abklärung der Glaubwürdigkeit von G20._____ und der Aussagekraft der Birchmeier-Liste hinsichtlich der sie betreffenden Sachverhalte verlangt zu haben, gilt es festzuhalten, dass die Vorinstanz entsprechende zusätzliche Abklärungen unter Berufung auf die übrigen abgenommenen Beweise und die gestützt darauf bereits gebildete Einschätzung der Sachlage als nicht mehr erforderlich erachtet hat (vgl. E. 6.2.4.2). Die Vorinstanz stützt diese Annahme zusammenfassend auf die Beurteilung der Eingaben und der Kooperation (von) G20._____, die Auswertung der Informationen der übrigen Selbstanzeiger, auf die weiteren vorliegenden Dokumente sowie auch auf den persönlichen Eindruck, welchen die Vorinstanz anlässlich der Anhörung von J._____ gewonnen hat (vgl. auch die ausführliche Darstellung des Standpunkts der Vorinstanz zur Glaubwürdigkeit von G20._____ in E. 8.5.6.2 und zum Beweiswert der Birchmeier-Liste in E. 8.6.1). Zum Vorwurf, G20._____ habe die Absprachetätigkeit auch nach der Inanspruchnahme der Bonusregelung fortgeführt, äussert sich die angefochtene Verfügung im Rahmen der Beurteilung, ob G20._____ die Bedingungen für einen vollständigen Sanktionserlass gemäss Art. 8 SVKG erfüllt (vgl. Verfügung, Rz. 1156 f.).

Dass die Vorinstanz aufgrund der bereits vorliegenden Beweise in antizipierter Beweiswürdigung angenommen hat, die Abnahme der von den Beschwerdeführerinnen geforderten weiteren Untersuchungshandlungen würde voraussichtlich weder zu wesentlichen neuen Erkenntnissen mit Bezug auf die Glaubwürdigkeit von G20._____ noch der Birchmeier-Liste führen, erscheint nachvollziehbar und jedenfalls keineswegs willkürlich. Im Umstand, dass die Vorinstanz die beantragten zusätzlichen Beweismassnahmen nicht an die Hand

genommen hat, kann weder eine Überschreitung oder ein Missbrauch des der Vorinstanz zuzubilligenden Ermessens noch eine unangemessene Ermessensausübung erblickt werden (vgl. Art. 49 Bst. a und c VwVG). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerinnen liegt in diesem Zusammenhang somit nicht vor. Nicht an dieser Stelle ist zu beantworten, ob die Vorinstanz die den Beschwerdeführerinnen vorgeworfenen Abredebeteiligungen gestützt auf die vorliegenden Informationen (von) G20._____ bzw. die Angaben in der Birchmeier-Liste rechtsgenüglich nachweisen kann (vgl. E. 8).

6.3.2 Zusatzbefragung ohne Orientierung und Gewährung von Mitwirkungs-/Äusserungsrechten

a) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Zur Begründung der gerügten Gehörsverletzung bringen die Beschwerdeführerinnen weiter vor, sie hätten auf Umwegen vernommen, dass die Vorinstanz die verantwortlichen Personen von G20._____ als Reaktion auf die vorstehend genannten Beschuldigungen betreffend führender Rolle und Weiterführung der Abredetätigkeit noch einmal gesondert befragt habe. Dies jedoch ohne Information der Beschwerdeführerinnen und auch ohne Einräumung der Gelegenheit, zu den Antworten von Birch-meier Stellung nehmen zu können. Somit habe die Vorinstanz die Verfügungsadressaten ungleich behandelt und den Beschwerdeführerinnen das rechtliche Gehör verweigert.

b) Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz betont, dass die von den Beschwerdeführerinnen behauptete "*geheime*" Befragung von G20._____ nie stattgefunden habe (vgl. Vernehmlassung, Rz. 22, 25). Die Behauptung der Beschwerdeführerinnen entbehre jeder Grundlage und treffe nicht zu. Die Befragung aller Verfügungsadressaten - auch von G20._____ - sei den übrigen Parteien jeweils mitgeteilt und für alle Parteien öffentlich durchgeführt worden. In die entsprechenden Protokolle hätten alle Parteien Einsicht gehabt. Die Beschwerdeführerinnen hätten sich zu sämtlichen Beweismitteln äussern können.

c) Würdigung des Gerichts

Angesichts der vorliegenden Akten und dieser Klarstellung besteht keine Veranlassung anzunehmen, dass entgegen der Darstellung der Vorinstanz eine zusätzliche Befragung von G20._____ ohne Orientierung der Beschwerdeführerinnen bzw. Gewährung der Mitwirkungs- und Äusserungsrechte stattgefunden hat. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt in diesem Zusammenhang somit nicht vor.

6.3.3 Mangelhafte Anhörungen

a) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Schliesslich sehen die Beschwerdeführerinnen eine Gehörsverletzung auch im konkreten Verlauf der Anhörungen der Parteien durch die Vorinstanz (vgl. Beschwerde, Rz. 55, 11). Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, dass die Anhörungen unvollständig gewesen seien, nicht zur nötigen Aufklärung beigetragen hätten und "*insgesamt zu bemängeln*" seien. Die gestellten Fragen hätten alle Fälle betroffen, zu welchen vermeintlich Beweisstücke vorgelegen seien. Statt einer vertieften Prüfung der Tatsachen habe die Vorinstanz anlässlich der Anhörung vom 24. Oktober 2011 einzig versucht, eine Bestätigung für die bereits vorgenommene Würdigung der wenigen Schriftstücke zu finden.

Auf die bezüglich mehreren Fällen beantragte Befragung der Parteien und von Zeugen habe die Vorinstanz mehrheitlich verzichtet. Dabei wäre es entscheidend gewesen, vor allem die Selbstanzeigen der Unternehmensgruppe Q._____, welche nur sehr oberflächlich und unsubstantiiert eingegeben worden seien, zu prüfen. Die Vorinstanz habe es aber unterlassen, die "*Kronzeugen*" G5._____ und G8._____ ganz gezielt zu den zahlreichen Widersprüchen und Falschbezichtigungen zu befragen. Dies, obwohl die Vorinstanz auf die Ungereimtheiten aufmerksam gemacht worden sei und das Resultat einer solchen Befragung das in der Verfügung präsentierte Bild der Tatsachen entscheidend verändert hätte. Zu all den einzig auf den mangelhaften Selbstanzeigen der Unternehmensgruppe Q._____ basierenden Anschuldigungen seien weder der Selbstanzeiger noch die anwesenden Vertreter der Beschwerdeführerinnen befragt worden. Aus heutiger Sicht hätten die Anhörungen einzig dem Zweck gedient, das bereits gefasste Urteil der Vorinstanz zu bestätigen.

b) Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz entgegnet, ihr könne auch im Zusammenhang mit der Durchführung der Anhörungen nicht vorgeworden werden, das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen verletzt zu haben (vgl. Vernehmlassung, Rz. 23 f.; Duplik, Rz. 7). Dieses gebe den Parteien das Recht, sich zum Sachverhalt und zu den Vorwürfen zu äussern. Ein Recht darauf, dass die Verfahrensleitung ihnen oder anderen Parteien bestimmte Fragen stelle, ergebe sich aus dem rechtlichen Gehör nicht. Die Beschwerdeführerinnen hätten ausführlich schriftlich und mündlich zu all den Anschuldigungen Stellung nehmen können. Während den Anhörungen hätten sie die Gelegenheit gehabt, sich zu den ihnen relevant erscheinenden Punkten zu äussern. Zudem hätten die Beschwerdeführerinnen während den Anhörungen der Selbstanzeiger die Möglichkeit gehabt, diesen Fragen zu stellen und sie mit angeblichen Falschanschuldigungen zu konfrontieren. Zudem hätten sämtliche Parteien nach den Anhörungen noch einmal die Gelegenheit gehabt, zu den Anhörungen schriftlich Stellung zu nehmen, wovon die Beschwerdeführerinnen auch Gebrauch gemacht hätten.

c) Würdigung des Gerichts

Die Kritik der Beschwerdeführerinnen kann im Kontext des rechtlichen Gehörs höchstens bedeuten, dass die Beschwerdeführerinnen ihren Anspruch auf Mitwirkung an der Erhebung wesentlicher Beweise als Teilaspekt des rechtlichen Gehörs verletzt sehen. In diese Richtung deuten zumindest die Beanstandungen, die Vorinstanz habe an den Anhörungen trotz entsprechender Hinweise weder G20._____ noch die Unternehmensgruppe Q._____ gezielt zu den geltend gemachten Widersprüchen und Falschbeschuldigungen befragt sowie mehrheitlich auf beantragte Befragungen von Parteien und Zeugen verzichtet. Einen anderen Teilaspekt des

rechtlichen Gehörs (vgl. E. 6.1) berührt die Kritik der Beschwerdeführerinnen offensichtlich nicht.

Werden Anhörungen im Sinne von Art. 30 Abs. 2 Satz 2 (1. Hälfte) KG durchgeführt, geht es im Wesentlichen darum, dass die Vorinstanz offene Fragen klären und sich ein unmittelbares Bild von den Parteien und vom Sachverhalt machen kann. Die Verfahrensführung liegt dabei bei der Vorinstanz. Neben der Auswahl der Sachverhalte mit ergänzendem Klärungsbedarf obliegen ihr auch die Festlegung des Ablaufs der Anhörungen und die Durchführung der Befragungen. Zum Recht der Parteien auf Mitwirkung bei einer Anhörung zu zählen ist vorab unstrittig die Möglichkeit, die Fragen der Vorinstanz beantworten und die relevanten Sachverhalte angemessen aus eigener Sicht schildern zu können. Auch umfasst das Recht der Parteien auf Mitwirkung im Rahmen einer Anhörung in der Regel die Möglichkeit, den Ausführungen und Befragungen der übrigen Beteiligten beizuwohnen sowie einen Anspruch zur Stellung von Ergänzungsfragen und auch zum Hinweis auf angeblich falsche Darstellungen. Zudem müssen sich die Befragten unbestrittenermassen zur Protokollierung der Aussagen äussern können und dabei namentlich die Möglichkeit haben, die Behörde auf unrichtig oder unvollständig protokollierte Passagen hinzuweisen (vgl. die Konkretisierung des Rechts auf Mitwirkung an der Beweiserhebung in Art 18 VwVG mit Bezug auf Zeugeneinvernahmen sowie zum Ganzen WALDMANN/OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 18 N. 16 und Art. 29 N. 85 ff., 91 je m.H.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 12 N. 109).

Eine Verletzung dieser Mitwirkungsrechte der Beschwerdeführerinnen durch die Vorinstanz liegt nicht vor. Vielmehr erhielten auch die Beschwerdeführerinnen bei der Anhörung die Möglichkeit, sich in einem Plädoyer zu ihrer Sache zu äussern, worauf die Fragen der Vorinstanz folgten. Am Ende der Befragung einer Partei bestand für alle anwesenden Parteien die Möglichkeit zur Stellung von Ergänzungsfragen. Schliesslich konnten die Parteien am Ende ihrer Anhörung jeweils ein kurzes Schlusswort halten und nach den Anhörungen schriftlich zu den Anhörungen und den Anhörungsprotokollen Stellung nehmen (vgl. auch bereits im Sachverhalt unter A.n ff.). Wie die Vorinstanz richtig ausführt, konnten sich die Beschwerdeführerinnen an den Anhörungen nicht nur zu den relevanten Punkten äussern, sondern hatten durchaus auch die Möglichkeit, den Selbstanzeigern Fragen zu stellen und diese mit allfälligen Falschbeschuldigungen zu konfrontieren. Im Anschluss an die Anhörungen gewährte die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme, wovon diese ausführlich Gebrauch gemacht haben. Zudem nahmen die Beschwerdeführerinnen ihr Recht auf Mitwirkung an der Beweiserhebung auch durch die schriftliche Ergänzung ihrer während der Anhörung vom 17. Oktober 2011 gemachten Aussagen wahr (vgl. [...]).

Eine Verletzung des Anspruchs der Beschwerdeführerinnen auf Mitwirkung an der Beweiserhebung ist daher nicht auszumachen. Einen Anspruch darauf, dass die Vorinstanz im Rahmen einer Anhörung spezifisch gewünschte Sachverhalte oder als unglaubwürdig erachtete Beweismittel aufgreift bzw. den Befragten bestimmte Fragen stellt, verleiht das Recht auf angemessene Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts nicht. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerinnen kann im Sinne des unter E. 6.3.1 Ausgeführten auch nicht darin erblickt werden, dass die Vorinstanz an den Anhörungen in vorweggenommener Beweiswürdigung davon abgesehen hat, gewisse zusätzlich beantragte Partei- oder Zeugenbefragungen durchzuführen.

Im Übrigen könnte die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe anlässlich der Anhörung einzig versucht, eine Bestätigung für die angeblich bereits vorgenommene Würdigung der wenigen Schriftstücke zu finden, höchstens als Vorwurf aufgefasst werden, die Vor-instanz oder der befragende Präsident habe zum Zeitpunkt der Anhörungen bereits eine abschliessende Meinung über den Ausgang des Verfahrens gefasst gehabt und sei deshalb befangen gewesen. Um eine Frage des Gehörsanspruchs geht es dabei nicht. Gleiches gilt für die Auffassung der Beschwerdeführerinnen, die Anhörungen hätten einzig dem Zweck gedient, das angeblich bereits gefasste Urteil der Vorinstanz zu bestätigen. Die Kritik der Beschwerdeführerinnen überzeugt aber auch bei einer Würdigung unter dem Gesichtspunkt einer allfälligen Befangenheit nicht (vgl. Art. 22 KG i.V.m. Art. 10 VwVG). Denn insgesamt liegen vorliegend keine Umstände vor, gestützt auf welche bei objektiver Betrachtung auf einen Anschein der Befangenheit des Präsidenten der Vorinstanz oder gar der Vorinstanz als Ganzes geschlossen werden müsste.

Die Durchsicht der vorliegenden Anhörungsprotokolle ergibt namentlich keine Veranlassung zur Annahme, dass die Vorinstanz die Befragungen willkürlich auf gewisse gut dokumentierte Fälle beschränkte bzw. dass es der Vorinstanz oder dem befragenden Präsidenten einzig darum gegangen sein könnte, eine Bestätigung für das "*bereits gefasste Urteil*" zu erlangen. Bei der Beurteilung des Anhörungsverlaufs auf das Vorliegen eines Ausstandgrundes gilt es namentlich zu berücksichtigen, dass zum Zeitpunkt der Anhörungen bereits umfangreiche Sachverhaltsabklärungen vorlagen, welche in ihrer Gesamtheit die Grundlage für die Vervollständigung der vorinstanzlichen Meinungsbildung im Rahmen der Anhörungen bilden. Die Konfrontation der Parteien mit früher gemachten Aussagen und mit vorhandenen schriftlichen Beweismitteln stellt durchaus eine zulässige Befragungstechnik dar, um der Vorinstanz zu ermöglichen, sich anlässlich einer Anhörung ergänzend zu den Untersuchungsakten ein unmittelbares Bild von den Parteien und vom Sachverhalt zu machen. Der Zweck, eine möglichst unvoreingenommene und spontane Darstellung zu erhalten, wird nicht beeinträchtigt, indem die Vorinstanz den Parteien anlässlich einer Anhörung unter Vorhalt bestehender Aussagen bzw. Beweismittel ergänzende Fragen stellt. Ebenso wenig vermag der Umstand, dass die Vorinstanz eine vorweggenommene Beweiswürdigung vorgenommen hat, eine Befangenheit zu begründen (vgl. WALDMANN/ BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 33 N 22).

Die Rüge, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör durch "*insgesamt zu bemängelnde*" bzw. "*unvollständige*" Anhörungen verletzt, ist somit nicht nur unter dem

Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs, sondern auch mit Blick auf eine allfällig sinngemäss geltend gemachte Befangenheit unbegründet.

6.4 Schlussfolgerungen

Die Rügen der Beschwerdeführerinnen zum rechtlichen Gehör erweisen sich zusammenfassend als unbegründet.

[…]

8.7.4.9 Fall 109: (...)

a) Basisangaben zur Ausschreibung

(...) schrieb laut der angefochtenen Verfügung (vgl. Rz. 871) mit Eingabefrist vom (...) in (...) aus. (...) betraf (...). (...) ging es um (...). Neben dem Offertöffnungsprotokoll (...) befindet sich auch die Zuschlagsverfügung (...) vom (...) - (...) - bei den Akten (vgl. [...]). Mit Bezug auf (...) liegt die Mitteilung des Vergabeentscheids durch (...) an eine unterlegene Offerentin samt einer bereinigten Zusammenstellung der Offerten vor (vgl. [...]).

Gemäss diesen Unterlagen ging der Zuschlag für (...) an die ARGE G7._____/G2._____, welche für (...) das preislich günstigste Angebot eingereicht hatte. Weitere Offerenten mit höheren Offerten waren die - aus G10._____ und der Beschwerdeführerin 2 zusammengesetzte - ARGE (...) sowie die ARGE (...) bestehend aus G8._____ und G12._____.

b) Vorliegende Beweismittel

An der Hausdurchsuchung beschlagnahmte das Sekretariat verschiedene Dokumente aus einem in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerinnen aufgefundenen Ordner "*(...)*" (vgl. [...]). Zu den aus diesem Ordner beschlagnahmten Dokumenten zählen zunächst das erwähnte Offertöffnungsprotokoll, ein Auszug aus dem System des Baumeisterverbandes sowie eine Kopie der öffentlichen Ausschreibung der (...) (vgl. [...]). Gemäss dem Auszug aus dem System des Baumeisterverbandes hatten sich auf der Plattform des Baumeisterverbandes die Beschwerdeführerin 2, G8._____, G10._____, G2._____, G7._____ sowie G23._____, G4._____, G9._____ und G38._____ als mögliche Ausschreibungsteilnehmer eingetragen.

Zudem befinden sich unter den aus dem Ordner "*(...)*" beschlagnahmten Dokumenten die folgenden handschriftlichen Notizen der Beschwerdeführerinnen (nachfolgend Besprechungsnotizen 1; vgl. [...]):

"*Bespr. betr. (...)* *(ARGE?)*

- (...) *(I._____)*

- (...) *(A._____)*

-(...): *(I._____)*

- (...) *(N._____)/(B._____)*

1) Konkurrenzsituation (...) / (...) / (...) / (...)

Wie steht die?

2) Warum ARGE

Gespräch ob allenfalls möglich?!

(I._____) / (P._____) Intr (...)

3) Vorteil = Beziehungsnetz für !

Vorteil eher weniger (I._____)

4) Interessenlage (...) (I._____) / (P._____)

5) Termin(...)(...) bei (I._____)

(...)"

Aus dem genannten Ordner der Beschwerdeführerinnen stammen zudem die folgenden handschriftlichen Notizen (nachfolgend Besprechungsnotizen 2; vgl. [...]):

"*ARGE / (...) Bespr. vom (...)*

(...) (...) / (...)

(...) (...) / (...)

Termine:

- Schluss (...) (...)

- Vergleich (...) (...).

1) Konstellation:(...): (...)

(...):(...)

(...):(...)

Offerte = echt unecht wird gefahren

2) Eingabe (G6._____)

Unterstü - (G4._____)

Tech. Bericht (...)

Organigramm

3) Konkurrenz:- (...)/(...) (-Subm. - Liste)

4) Kalkulation:(...)

- (...) (Auszug ... [unleserlich])

Massen sind (...)

Fragen: = (...)

- (...) = scharf

5) Kostengrundlagen: - Lohn(...) inkl. / Polier

- Inventar60 / 80

- Material+ 8 %

- Fremd+ 5 %"

Weiter fanden sich auch bei G10._____ Handnotizen zum vorliegenden Vergabeverfahren (nachfolgend Handnotizen von G10._____; vgl. [...]). Übereinstimmend mit den Besprechungsnotizen 1 erwähnen auch die Handnotizen von G10._____ wie folgt eine Besprechung mit der Beschwerdeführerin 1, G2._____ und G7._____:

"(...)(...)

(G4._____) *- N._____*

- C._____

(G1._____) *- F._____*

(G5._____) - I._____"

Ebenso widerspiegeln sich in den Handnotizen von G10._____ die in den Besprechungsnotizen 1 erwähnte "*Konkurrenzsituation (G42._____) / (G4._____) / (G1._____) / (G23._____)*" und der aufgeführte Termin "*(...) bei (G5._____)*"; dies wie folgt:

"*Konkurrenz-Analyse! - (G4._____) / (G1._____)*

- (G23._____)

- (G42._____)

(...) (...) (G5._____)!"

Ähnlich wie die Passage "*(...) Intr (...)*" bzw. "*Interessenlage (...)*" in den Besprechungsnotizen 1 enthalten die Handnotizen von G10._____ weiter den folgenden Passus (...) (anschliessend an "*[...]*"):

"(...) (...) (G5._____)"

Sodann fassen die Handnotizen von G10._____ mit den folgenden Hinweisen auch den Ablauf der - in den Besprechungsnotizen 2 erwähnten - Besprechung zwischen der Beschwerdeführerin 2 und G10._____ vom (...) weitgehend übereinstimmend zusammen:

"(...)(...)!

ARGE: (...) - (...) G6._____ Eingabe (...)

unechte ARGE - (...) G4._____

- (...) G6._____

(...)

Kostengrundlage Lohn

Inve

Material

Fremd

(...) / mit Pol.

60/80

+ 8 %

+ 5 %

Termine Schlusssitzung

Vergleich (...) bei G6._____

(...) bei G6._____"

G7._____ betonte im Rahmen der Beantwortung des Fragebogens des Sekretariats, dass die ARGE G7._____/G2._____ im Fall 109 nicht geschützt wurde (vgl. den unterstrichenen Vermerk: "*Kein Schutz! ARGE (G7._____/G2._____)*"; [...]). Ergänzend führte G7._____ in der Stellungnahme zum Verfügungsantrag des Sekretariats aus, dass G7._____ die ARGE mit G2._____ einerseits aus Kapazitätsgründen eingegangen sei und andererseits, weil G7._____ selbst (...). Das Eingehen einer ARGE sei sinnvoll gewesen und habe es ermöglicht, ein preisgünstigeres und konkurrenzfähigeres Angebot abzugeben (vgl. [...]).

Nach den weiteren Auskünften von G7._____ in der Stellungnahme zum Verfügungsantrag des Sekretariats seien G7._____ und G2._____ im Vorfeld von der Beschwerdeführerin 2 und G10._____ kontaktiert und gefragt worden, ob sie interessiert wären, für die vorliegenden Bauvorhaben eine ARGE zu viert zu gründen. Es sei für die ARGE G7._____/G2._____ klar gewesen, dass sie keine ARGE zu viert eingehen wollen, da (...). Man habe die Absage den Mitbewerbern aber in einem Gespräch und nicht per Telefon erteilen wollen, weshalb sich die ARGE G7._____/G2._____ in der Folge "*aus Höflichkeit*" mit der Beschwerdeführerin 2 und G10._____ an einen Tisch gesetzt habe. G7._____ und G2._____ hätten bereits vor diesem Gespräch abgemacht, keine strategisch wichtigen Informationen preiszugeben und ihre ARGE nicht um die beiden Gesellschaften zu erweitern. Anlässlich des Treffens mit der Beschwerdeführerin 2 und G10._____ habe man lediglich darüber gesprochen, welche weiteren Gesellschaften ein Interesse haben könnten, diese Bauprojekte zu kalkulieren. Über die Preise bezüglich (...) sei nie ausserhalb der ARGE G7._____/G2._____ mit anderen Gesellschaften gesprochen worden.

Weiter hielt G7._____ fest, die Passagen in den Besprechungsnotizen 1 und den Handnotizen von G10._____, wonach (...), nur so deuten zu können, dass es wohl die Absicht von G10._____ und der Beschwerdeführerin 2 gewesen sei, (...) in einer möglichen ARGE zu viert durch G7._____ und G2._____ ausführen zu lassen, während (...) durch G10._____ und die Beschwerdeführerin 2 ausgeführt worden wären. Für G7._____ sei dieser Vorschlag keine Option gewesen. Denn "*wenn sich (G7._____) (...) mit der (G2._____) hätte teilen müssen, wäre (...)*." Ob dieser Vorschlag der Aufteilung in einer möglichen ARGE zu viert überhaupt zur Sprache gekommen sei, oder ob G7._____ und G2._____ der Beschwerdeführerin 2 und G10._____ bereits vorher gesagt hätten, (...) keine ARGE zu viert eingehen zu wollen, könne G7._____ nicht mehr sicher sagen (vgl. [...]).

Auch die Unternehmensgruppe Q._____ gab in der Stellungnahme zum Verfügungsantrag des Sekretariats zur Auskunft, dass G7._____ und G2._____ eine ARGE bildeten, da sie einzeln nicht über die notwendigen Kompetenzen und Kapazitäten verfügt hätten, um den Auftrag alleine auszuführen. Ebenso bestätigte die Unternehmensgruppe Q._____, dass die Beschwerdeführerin 2 und G10._____ die ARGE G7._____/G2._____ anschliessend angesprochen haben, ob eventuell alle vier Gesellschaften zusammen als ARGE auftreten könnten. Dazu hätten im (...) Besprechungen stattgefunden, wobei G7._____ und G2._____ an ihrer ARGE festgehalten hätten. Anschliessend habe die ARGE G7._____/G2._____ alleine offeriert und "*ohne die Offertsummen mit anderen Unternehmen abzusprechen oder zu koordinieren*".

Bei der Besprechungsnotiz 1 und den Handnotizen von G10._____ handle es sich vermutlich um Unterlagen, welche die Beschwerdeführerin 2 und G10._____ im Hinblick oder anlässlich der Besprechungen zu einer ARGE zu viert erstellt hätten. Die Beschwerdeführerin 2 und G10._____ hätten versucht, G7._____ und G2._____ von den Vorteilen einer ARGE zu viert zu überzeugen. Vermutlich hätten die Beschwerdeführerin 2 und G10._____ die Idee gehabt, "*dass bei einer*

ARGE zu viert (...) von (G7._____)/(G2._____) ausgeführt werden könnte, während (G3._____) und (G10._____) (...) ausführen würden." Es gebe aber keinerlei Hinweise darauf, dass es (...) eine Absprache gegeben habe. G2._____ bestreite solches mit Nachdruck (vgl. [...]).

Auch die Mitglieder der ARGE (...) - G10._____ und die Beschwerdeführerin 2 - hoben in den Antworten auf den Fragebogen bzw. in der Stellungnahme zum Verfügungsantrag des Sekretariats hervor, sich im Zusammenhang mit der Vergabe (...) von Fall 109 nicht unrechtmässig verhalten zu haben. G10._____ wie die Beschwerdeführerin 2 bezogen sich dabei ebenfalls auf gescheiterte Besprechungen mit G7._____ und G2._____ im Hinblick auf eine allfällige Gründung einer ARGE zu viert und gaben an, sich schliesslich in der ARGE (...) zusammengeschlossen und ohne Koordination mit der ARGE G7._____/G2._____ eine kompetitive Offerte eingereicht zu haben. G10._____ führte konkret aus, dass das Projekt von Fall 109 ursprünglich im Rahmen einer aus G7._____, G2._____, G10._____ sowie der Beschwerdeführerin 2 bestehenden ARGE habe offeriert werden sollen. Jedoch hätten sich die vier Gesellschaften nicht für die Erstellung eines gemeinsamen Angebots einigen können, worauf zwei ARGE gebildet worden seien. Zwischen diesen habe keinerlei Koordination stattgefunden. Die Besprechungsnotizen 1 und 2 sowie die Handnotizen von G10._____ würden die Behauptung des Sekretariats nicht nachweisen, dass G10._____ für (...) im Rahmen der ARGE mit der Beschwerdeführerin 2 eine Stützofferte eingereicht habe. Die erfolgten Treffen zeugten vielmehr davon, dass sich die Parteien in rechtlich zulässiger Weise für die Projekteinreichung und -durchführung im Rahmen der ARGEs hätten besprechen dürfen und müssen (vgl. [...]).

Ähnlich betonten auch die Beschwerdeführerinnen in der Stellungnahme zum Verfügungsantrag des Sekretariats, dass die Sitzungen einzig mit dem Ziel abgehalten worden seien, gemeinsam eine ARGE zu bilden. Es habe sich beim nachweislich durchgeführten Treffen nur um eine Besprechung gehandelt, an welcher die Beteiligten die Bildung einer ARGE geprüft hätten. Man habe grundsätzlich beabsichtigt, aus den vier (...) Unternehmen eine ARGE für das Projekt zu bilden, um gemeinsam (...) zu obsiegen. Das Projekt habe sich sehr gut geeignet, da (...). Dass man sich anlässlich einer solchen ARGE-Besprechung auch über die Konkurrenzsituation unterhalte, sei nachvollziehbar. Preise oder dergleichen seien an der Besprechung keine genannt worden. Die Beschwerdeführerin 2 habe zwingend mit G10._____ zusammenarbeiten wollen. G7._____ sei aber höchstens bereit gewesen, eine ARGE ohne G10._____ einzugehen. In der Folge sei für die Beteiligten klar gewesen, dass man getrennt offerieren werde (vgl. [...]).

An der Anhörung vom 17. Oktober 2011 konfrontierte die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen mit den - in deren Räumlichkeiten aufgefundenen - Besprechungsnotizen 1 und 2. Mit Bezug auf die Besprechungsnotizen 1 erklärte (...), dass sie sich diese Notizen gemacht hätten, bevor sie an diese Sitzung gegangen seien. Zudem wiederholte der Befragte, dass sie eigentlich eine ARGE mit G10._____, der Beschwerdeführerin 2, G7._____ und G2._____ hätten bilden wollen. Zur Passage "*(...)*" auf der Besprechungsnotiz 1 bestätigte er, dass sie da natürlich darauf spekuliert hätten, "*dass wir als (G10._____) und (G3._____) vielleicht den besseren Teil bekommen würden und dass wir (G7._____) und (G2._____) vielleicht (...)*." Das sei die interne Aufteilung der Arbeiten in dieser ganzen Angelegenheit. Diese sei von G10._____ und der Beschwerdeführerin 2 gekommen und zwar: "*Vor dieser gemeinschaftlichen Sitzung*" (vgl. [...]).

Hinsichtlich der Besprechungsnotizen 2 bestätigte (...), dass diese Notizen eine zwischen G10._____ und der Beschwerdeführerin 2 abgehaltene Sitzung im Hinblick auf die Bildung einer ARGE zu zweit betreffen. Sie hätten da schon über die Konstellation der ARGE gesprochen. (...) würde G10._____ machen, (...) die Beschwerdeführerin 2 und (...) G10._____. Sie hätten sich auch gefragt, die Offerte echt oder unecht zu machen. "*Also eine echte ARGE mit einer eigenen Buchhaltung oder unecht, jeder rechnet seinen Teil der geleisteten Arbeit ab*." Weiter hätten sie sich darüber unterhalten, wer die Eingabe (...) macht. Das sei dann G10._____ gewesen, während die Beschwerdeführerin 2 eine Unterstützung gemacht habe, indem sie geholfen hätten, (...). Auf die Frage, was das Wort "scharf" in der Passage "*(...) = scharf*" auf den Besprechungsnotizen 2 heisse, antwortete (...): Scharf heisse, "*mit einem sehr tiefen Preis*". Er nehme an, dass bei (...) und (...) gerechnet wurden. Bei (...) liege der Hauptvorteil schon da, wenn man bei (...) den tiefsten Preis habe. Dann heisse das scharf (vgl. [...]).

Gefragt, ob eine ARGE zu viert "*sehr schnell weg vom Tisch*" gewesen sei, bestätigen die Unternehmensvertreter der Beschwerdeführerin 2, G2._____ auf die Bildung einer ARGE angesprochen zu haben. Der Verantwortliche von G2._____ habe dann unmissverständlich gesagt, dass er eigentlich schon mit G7._____ eine ARGE abgesprochen habe. Der Beschwerdeführerin 2 sei mit anderen Worten gesagt worden, zu spät zu sein, "*oder wir versuchen eine Arbeitsgemeinschaft mit der Firma (G7._____) oder respektive Euch noch einzuschliessen in ihre Arbeitsgemeinschaft*". Dies sei dann von G7._____ verneint worden. Somit habe die Beschwerdeführerin 2 selbst eine ARGE mit G10._____ gebildet. Mit G2._____ und G7._____ hätten sie nur eine gemeinsame Sitzung gemacht, wo sie versucht hätten, die ARGE zu bilden. Sie hätten das Gespräch für diese ARGE relativ schnell beendet. G7._____ und G2._____ hätten relativ klar zum Ausdruck gebracht, dass die ARGE nicht zu viert gebildet werde; dass sie da kein Interesse hätten. Preisinformationen hätten sie keine ausgetauscht. An der Offertöffnung seien sie dann bei allen drei Objekten zu teuer gewesen und hätten entsprechend auch Absagen erhalten. Sie hätten (...) und gedacht, sie hätten einen guten Preis. Sie hätten aber mit dem Preis der ARGE G7._____/G2._____ nicht mithalten können (vgl. [...]).

An der Anhörung vom 24. Oktober 2011 zeigte sich (...) nicht in der Lage, sich zu den Handnotizen von G10._____ zu äussern. Namentlich konnte er den Passus *"(...) (...) (G7._____)*" (anschliessend an *"(...)*

(...) (...) [...]") nicht erläutern (vgl. [...]). In der Folge bestätigte G10._____ aber in einer schriftlichen Stellungnahme, dass es sich um Handnotizen (...) von G10._____ handle, welche dieser am (...) anlässlich einer Sitzung mit G7._____, G2._____ und der Beschwerdeführerin 2 betreffend eine mögliche Zusammenarbeit in Form einer ARGE für Fall 109 gemacht und darauf noch ergänzt habe. Mit den Angaben *"(...) (...) (G7._____)*" und "*(...) (...) (...) [...]*" habe (...) nach seiner Erinnerung festhalten wollen, welches Unternehmen der ARGE-Partner jeweils (...), (...) und (...) für das Projekt von Fall 109 übernehmen sollte. Für (...) hätte z.B. G7._____ (...) übernehmen sollen. Damit habe eine sinnvolle Arbeitsteilung im Rahmen einer ARGE ermöglicht werden sollen. Die Angabe "*Konkurrenz-Analyse!*" bedeute nichts anderes, als dass die ARGE die Konkurrenz- und Wettbewerbssituation in Bezug auf die Konkurrenten G4._____/G1._____, G23._____ und G42._____ habe berücksichtigen sollen, da diese ja ebenfalls eine ARGE hätten bilden können. Die Notiz "*(...) (G7._____)!*" habe festhalten sollen, dass bei G7._____ am (...) ein Treffen zur weiteren Besprechung der ARGE vereinbart worden sei. Zu diesem Treffen sei es nach Erinnerung (...) jedoch nicht mehr gekommen, weil sich I._____ in der Zwischenzeit gegen die vierer ARGE entschieden und eine Zweier-ARGE mit G2._____ gebildet habe. Mit der folgenden - schräg geschriebenen - Notiz am linken Rand der Handnotiz von G10._____

"*(...)*

ARGE - (...)/(...)

- (...)./(...)"

habe (...) im Übrigen die Tatsache festgehalten, dass G7._____ sich für eine ARGE mit G2._____ entschieden habe. Daraufhin habe sich G10._____ entschlossen, zusammen mit der Beschwerdeführerin 2 eine zweier ARGE zu bilden (vgl. [...]).

c) Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz erachtet es gestützt auf diese Beweislage als erstellt, dass die ARGE G7._____/G2._____ (...) von Fall 109 von der - aus der Beschwerdeführerin 2 und G10._____ bestehenden - ARGE (...) geschützt worden ist. Die Offerte der ARGE (...) sei mit Bezug auf (...) eine Stützofferte für die ARGE G7._____/G2._____ gewesen. Als Beweisergebnis hält die Verfügung folglich fest, dass es im Fall 109 (...) zu einer Steuerung des Zuschlags zwischen G2._____ und G7._____ (Schutznahme) sowie G10._____ und der Beschwerdeführerin 2 (Stützofferte) gekommen sei (vgl. Verfügung, Rz. 872, 885; Vernehmlassung Rz. 78).

Zur Begründung geht die Vorinstanz übereinstimmend mit der einhelligen Darstellung der Parteien davon aus, dass es im Vorfeld der Vergabe der Arbeiten zu einem Treffen zwischen G7._____, G2._____, G10._____ und der Beschwerdeführerin 2 gekommen ist. Einen Vorwurf, dass an diesem Treffen Preisinformationen ausgetauscht wurden, macht die Vorinstanz nicht. Es sei aber klar, dass am Treffen die Information von G2._____ und G7._____ an G10._____ und die Beschwerdeführerin 2 gegangen sei, dass sie *"(...) sehr interessiert*" seien (vgl. Verfügung, Rz. 884). Die Vorinstanz leitet dies sinngemäss aus den Passagen "(...) " und "*Interessenlage (...)* " in den Besprechungsnotizen 1 sowie der Passage "*(...) (...) (G7._____)*" in den Handnotizen von G10._____ ab (vgl. Bst. b). Ausdrücklich weist die Vorinstanz darauf hin, dass aus den Besprechungsnotizen 1 hervorgehe, "*dass die Firmen (G7._____) und (G2._____) ihr Interesse (...)*" (vgl. Verfügung, Rz. 873).

Weiter argumentiert die Vorinstanz, dass die von G7._____/G2._____ übermittelten Informationen bei G10._____ und der Beschwerdeführerin 2 angekommen seien, die Beschwerdeführerin 2 und G10._____ also gewusst hätten, "*dass (G7._____) und (G2._____) (...) unbedingt haben wollten*" (vgl. Verfügung, Rz. 884). Die Beschwerdeführerin 2 und G10._____ hätten daher beschlossen, (...) nicht scharf zu rechnen, was einem Offertverzicht gleichkomme. Diese Schlussfolgerung stützt die Vorinstanz auf die Passage "*(...) = scharf*" in den Besprechungsnotizen 2 ab. Daraus ergebe sich, dass (...) nicht scharf zu rechnen sei.

Rechtlich qualifiziert die Vorinstanz die der Beschwerdeführerin 2 und G10._____ vorgeworfene Abgabe einer Stützofferte für die ARGE G7._____/G2._____ nach dem angeblichen Austausch der Information über das Interesse dieser ARGE am (...) als abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Die Information über ein starkes Interesse sei unbesehen der Auskunft (von) G7._____, G10._____ und die Beschwerdeführerin 2 nur aus Höflichkeit persönlich getroffen zu haben, eine strategische Information. Sogar wenn man den Parteien glauben wolle, dass "*scharf rechnen*" bedeute, dass bei der Kalkulation der Offerte ans Limit gegangen werden müsse, um eine Chance auf den Auftrag zu haben, erfülle der hinter diesen Notizen stehende Informationsaustausch auch ohne Information über die Preise den Abredetatbestand (vgl. Verfügung, Rz. 884 f.; Vernehmlassung, Rz. 78 f.).

d) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen weisen auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren jedes unrechtmässige Verhalten im Zusammenhang mit (...) von Fall 109 zurück. Das Bietverhalten sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht beeinträchtigt worden.

Konkret räumen die Beschwerdeführerinnen das Treffen zwischen der Beschwerdeführerin 2, G10._____, G7._____ und G2._____ ein, betonen aber, dass die Sitzung mit diesen Gesellschaften einzig mit dem Ziel abgehalten wurde, um die Bildung einer ARGE zu besprechen. Alle Beteiligten würden übereinstimmend geltend machen, dass man sich zur Bildung einer ARGE getroffen und dabei auch die Konkurrenzsituation analysiert habe. Wie bereits in der Stellungnahme zum Verfügungsantrag ausgeführt, sei davon auszugehen, dass G7._____ eine ARGE einfach nicht mit G10._____ zusammen habe eingehen wollen. Dass G7._____ nie Interesse an der Bildung einer ARGE gehabt habe, werde bestritten.

Es sei allen Beteiligten klar gewesen, dass die Konkurrenz grosses Interesse an (...) gehabt habe. Auch die

Beschwerdeführerin 2 und G10._____ hätten (...) selbst ausführen wollen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei auch die Offerte von G10._____ und der Beschwerdeführerin 2 bezüglich (...) darauf ausgerichtet gewesen, den Zuschlag vor der Konkurrenz zu erhalten. Es sei willkürlich, aufgrund der vorliegenden Besprechungsnotizen auf einen Offertverzicht der ARGE (...) zu schliessen. Entsprechend den Ausführungen (...) an der Anhörung vor der Vorinstanz sei der Ausdruck "*scharf*" bezüglich (...) auf den Besprechungsnotizen 2 dahingehend zu verstehen, dass man aufgrund der harten Konkurrenz eine absolute "*Kampfofferte*" habe eingeben müssen, um den Zuschlag zu erhalten. Nur weil bei (...) finanziell ans Limit habe gegangen werden müssen, um überhaupt eine Chance auf den Zuschlag zu haben, könne noch nicht darauf geschlossen werden, dass man (...) auf den Zuschlag verzichtet habe. Die von der Vorinstanz angesprochenen, angeblich ausgetauschten Informationen, welche zu einer Abstimmung des Bieterverhaltens geführt hätten, seien ohnehin bekannt gewesen. Informationen, welche nicht schon vorher bekannt gewesen wären, seien nicht ausgetauscht worden. Nur weil man finanziell nicht am absoluten Limit offeriert habe, komme dies nicht einem Offertverzicht gleich. Jede abweichende Beweiswürdigung sei schlicht und einfach willkürlich und widerspreche den Aussagen sämtlicher Parteien (vgl. Beschwerde, Rz. 130 ff.; Replik, Rz. 18).

e) Würdigung des Gerichts

Gestützt auf die vorliegende Aktenlage steht zunächst unstrittig fest, dass sich G7._____ und G2._____ im Vorfeld der Vergabe (...) von Fall 109 mit der Beschwerdeführerin 2 und G10._____ getroffen haben, um den Vorschlag der Beschwerdeführerin 2 und (von) G10._____ persönlich zu besprechen, sich allenfalls in einer ARGE zu viert zusammen zu schliessen. G7._____, die Unternehmensgruppe Q._____, G10._____ wie die Beschwerdeführerinnen schildern übereinstimmend und in sich stimmig, wie es nach dem Scheitern dieser Gespräche über eine allfällige Bildung einer ARGE zu viert zur Einreichung von zwei separaten Offerten durch die ARGE G7._____/G2._____ und durch die ARGE (...) - bestehend aus G10._____ und der Beschwerdeführerin 2 - gekommen ist. Überhaupt stellen die mündlichen bzw. schriftlichen Auskünfte (von) G7._____, der Unternehmensgruppe Q._____, (von) G10._____ und der Beschwerdeführerinnen den Sachverhaltsverlauf bis zur Abgabe der Offerten für (...) Fall 109 in weiten Teilen übereinstimmend dar. Auch die in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerinnen aufgefundenen Besprechungsnotizen 1 und 2 sowie die damit weitgehend deckungsgleichen Handnotizen von G10._____ deuten die erwähnten vier Gesellschaften im Wesentlichen gleich.

Aus den übereinstimmenden Auskünften der vier Gesellschaften geht namentlich hervor, dass die Initiative für die Bildung einer ARGE zu viert von der Beschwerdeführerin 2 und G10._____ ausgegangen ist, während G7._____ und G2._____ in diesem Zeitpunkt bereits vorgesehen hatten, sich in einer ARGE zu zweit um die Erteilung des Zuschlags für (...) zu bewerben. Dies ändert aber nichts daran, dass die Beschwerdeführerin 2 und G10._____ - wie von der Unternehmensgruppe Q._____ ausdrücklich erwähnt - gleichwohl versuchten, G7._____ und G2._____ von den Vorteilen einer ARGE zu viert zu überzeugen. Es erscheint plausibel, dass die Beschwerdeführerin 2 und G10._____ dabei - wie geltend gemacht - auf die Konkurrenzsituation in Bezug auf die Konkurrenten G4._____/G1._____, G23._____ und G42._____ hingewiesen haben und gegenüber G7._____ und G2._____ hervorhoben, mit einem guten gemeinsamen Angebot gegenüber diesen (...) obsiegen zu können. Ebenso leuchten die übereinstimmenden Hinweise ein, dass die Beschwerdeführerin 2 und G10._____ den beiden anderen Gesellschaften einen Vorschlag für eine sinnvolle Aufteilung der Arbeiten innerhalb einer ARGE zu viert unterbreitet haben. Diesbezüglich geben alle Beteiligten an, dass die Arbeiten (...) gemäss dem Vorschlag der Beschwerdeführerin 2 und (von) G10._____ in einer allfälligen ARGE zu viert durch G7._____/G2._____ hätten ausgeführt werden können, während die Beschwerdeführerin 2 und G10._____ (...) in einer ARGE zu viert vorschlugen.

Die Vorinstanz unterlässt es, diesen grundlegenden Kontext, in welchem sich G7._____, G2._____, G10._____ und die Beschwerdeführerin 2 im Vorfeld der Vergabe (...) von Fall 109 getroffen haben, in die Beweiswürdigung bzw. Interpretation der angerufenen Passagen der Besprechungsnotizen 1 und 2 und der Handnotizen von G10._____ miteinzubeziehen. Ein Miteinbezug dieses Kontextes macht jedoch deutlich, dass den fraglichen Passagen nicht die Bedeutung zukommt, welche die Vorinstanz in ihnen zu erkennen glaubt. So gehen mit Bezug auf die Passagen "*(...)*" und "*Interessenlage (...)*" (vgl. Besprechungsnotizen 1) sowie die Passage "*(...) (...) (G7._____)*" (vgl. Handnotizen von G10._____) denn auch alle vier Gesellschaften einhellig davon aus, dass diese Passagen den Vorschlag der Beschwerdeführerin 2 und (von) G10._____ für die interne Aufteilung der Arbeiten in einer ARGE zu viert widerspiegeln. Diese Interpretation vermag im gegebenen Kontext zu überzeugen. Dass G2._____ und G7._____ der Beschwerdeführerin 2 und G10._____ mitgeteilt hätten, (...) unbedingt haben zu wollen, kann aus diesen Passagen entgegen der Vorinstanz nicht abgeleitet werden. Denn es muss - wie ausgeführt - davon ausgegangen werden, dass G7._____ und G2._____ im Zeitpunkt des Treffens mit der Beschwerdeführerin 2 und G10._____ bereits anstrebten, als ARGE zu zweit den Zuschlag für (...) zusammen zu erwirken. Die von der Beschwerdeführerin 2 und G10._____ vorgeschlagene Vergrösserung der ARGE lehnten G7._____ und G2._____ ebenso ab wie die beliebt gemachte (...) im Rahmen einer ARGE zu viert. G7._____ und G2._____ dürften die Beschwerdeführerin 2 und G10._____ beim Treffen zur Besprechung der allfälligen Bildung einer ARGE zu viert daher über diese Umstände informiert haben. Ein Grund anzunehmen, dass die beiden Gesellschaften eine eigentliche Aufforderung ausgesprochen haben könnten, ihnen von (...) zu überlassen - und dass die Beschwerdeführerin 2 und G10._____ eine solche Äusserung in ihren Besprechungsnotizen festgehalten hätten - besteht unter Berücksichtigung des gegebenen Kontextes nicht. Andererseits liegt es auf der Hand, dass potentielle ARGE-Mitglieder für die Entscheidfindung, ob eine Zusam-

menarbeit im Rahmen einer ARGE aus betriebs- und volkswirtschaftlicher Sicht sinnvoll ist, nicht darum herumkommen, zumindest gewisse an sich vertrauliche Informationen preiszugeben. Im vorliegenden Fall erübrigen sich diesbezüglich weitere Ausführungen. Denn die vier potentiellen ARGE-Mitglieder tauschten unstrittig weder Preisinformationen aus, noch können den vorliegenden Akten sonstige Anhaltspunkte entnommen werden, welche stichhaltig darauf schliessen liessen, dass die Beschwerdeführerin 2 und G10._____ mit der angestrebten Bildung einer ARGE zu viert entgegen der eigenen Darstellung ein wettbewerbsbeschränkendes Ziel verfolgten. Die Vorinstanz macht solches auch nicht geltend. Unerheblich ist für die Beurteilung des vorliegenden Streitgegenstandes, welche Ziele G7._____ und G2._____ möglicherweise tatsächlich verfolgten, indem sie sich mit der Beschwerdeführerin 2 und G10._____ getroffen haben, obwohl sie der vorgeschlagenen Bildung einer ARGE zu viert von vornherein ablehnend gegenüberstanden.

Aufgrund dieser Ausgangslage kann der Vorinstanz auch nicht gefolgt werden, wenn sie ausführt, die vermeintlichen Informationen (von) G7._____ und (von) G2._____ über deren angebliches besondere Interesse (...) seien bei der Beschwerdeführerin 2 und G10._____ angekommen. Es besteht insofern auch kein Raum für die weitere darauf aufbauende Schlussfolgerung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin 2 und G10._____ hätten im Wissen um dieses vermeintlich besondere Interesse (von) G7._____ und (von) G2._____ (...) beschlossen, für (...) nicht scharf zu rechnen, d.h. (...) im Sinne einer Stützofferte bzw. eines Offertverzichts der ARGE G7._____/G2._____ zu überlassen.

Die Passage "*(...)* = *scharf*" in den Besprechungsnotizen 2 stellt im Übrigen keine hinreichend aussagekräftige Grundlage dar, welche es erlauben würde im Sinne eines rechtsgenüglichen Überzeugungsbeweises darauf zu schliessen, dass es sich bei der Offerte der ARGE (...) für (...) um einen Offertverzicht zu Gunsten der ARGE G7._____/G2._____ gehandelt haben musste. Gegen eine solche Annahme sprechen - neben den übereinstimmenden Auskünften von allen vier potentiellen ARGE-Partnern - vor allem auch die plausiblen Erklärungen der Beschwerdeführerin 2 zur Bedeutung des Ausdrucks "scharf" für die Kalkulation der Offerten hinsichtlich (...). Wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht betonen, kann aus dem Umstand, dass (...), um überhaupt eine Chance auf den Zuschlag zu haben, noch nicht darauf geschlossen werden, dass die ARGE (...) zu Gunsten der ARGE G7._____/G2._____ auf den Zuschlag verzichtet hat. Somit muss insgesamt davon ausgegangen werden, dass die ARGE (...) auch bezüglich (...) nicht geschützt wurde, und auch die Offerte von G10._____ und der Beschwerdeführerin 2 für (...) darauf ausgerichtet war, den Zuschlag vor der Konkurrenz zu erhalten.

Zusammenfassend kann der Beschwerdeführerin 2 und G10._____ die angebliche Einreichung einer Stützofferte im Fall 109 (...) nicht rechtsgenüglich nachgewiesen werden. Fall 109 hat im Folgenden daher unberücksichtigt zu bleiben.

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 201 f., 344 ff., 394

Abrede 1 ff., 78, 82, 86 f., 115, 134, 141, 143, 147 f., 150, 152 f., 168, 201 ff., 223, 225 f., 230, 234, 240, 252, 257 f., 285, 287, 289 ff. 298 ff., 310 ff., 322 f., 329 f., 342, 344 ff., 374 f., 378, 380, 384, 386 f, 389, 394

Acquiring -

Anhörung 9, 78, 91, 198, 289 f., 293, 299 f., 305 ff., 314 f., 322, 328 ff., 332 ff., 344, 375, 378, 380 ff., 388 ff., 393, 395

Apotheker/innen -

Ärzte(-Verband) 6, 17, 251, 254

B

Banken 2 f., 7, 155, 187, 376

Befristung des Entscheids -

Breitbanddienste -

Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten -

Domestic Interchange Fee 365

E

Effizienzgründe 210, 214, 216, 321 f., 348, 351 f., 354, 379

Effizienzprüfung 351

Einstellung einer Untersuchung -

einvernehmliche Regelung 3 ff., 7, 10, 13, 15, 78, 87 ff., 119, 200, 221 f., 226

Erheblichkeit 209, 345, 350 ff., 357, 366, 385

Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -

Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -

I

Indizienbeweis 116, 149, 322

Interchange Fee 13, 32, 71, 365

Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung 4

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 207, 220, 228, 234, 241, 249, 263

Koppelungsgeschäft -

Kostenraster -

Krankenversicherer -

Kreditkarten -

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons 214

M

Marktaufteilung 10, 86, 142, 145 f., 149, 348 f.

marktbeherrschende Stellung 5, 7 ff., 11, 82, 211 ff., 225 f., 229, 231 f., 235, 237, 241, 247 ff., 253, 255 ff., 261, 263

Marktgegenseite 92, 110, 112, 207 ff., 231, 235 f., 241, 244, 253 f., 268, 351

Marktorganisation -

Marktstruktur 213, 241

Marktzutrittsschranken -

Meldepflicht 228, 230 f., 234 f., 241, 249, 252 f.,259, 262

Missbrauch 5, 7 ff., 82, 114, 197, 205, 211 ff., 225 f., 265 f., 273, 313, 328, 389

N

Netzwerk 236, 240

Netzwerkkosten -

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten -

potenzieller Wettbewerb 82, 209

Preisabrede 3, 8, 10, 86, 141, 150, 204 ff., 211, 213 f., 218, 225, 291, 348 ff., 365, 367

Preisbindung zweiter Hand -

Q

Quersubventionierung 264

R

Rabatte 80, 83, 112 f., 115 f., 120, 122, 124 f., 127 f., 130 ff., 145, 148 f., 152, 182 f., 186 ff., 203 ff., 210 ff., 218, 225 f., 344, 349

Reduktion der Sanktion 220 ff., 292, 326, 328

S

Sanktionen 3 ff., 14 f., 18 f., 196, 215 f., 292, 295, 304, 307, 310 ff., 316, 318, 322, 326, 358 ff., 365, 367 ff. ,373 f., 376, 387

Senkung Herstellkosten -

Submission 1 f., 4, 6 f., 10, 12, 71, 91, 174 205, 287, 289, 291 ff., 297, 302 f., 310, 313, 315, 318 f., 321 ff., 340, 346 ff., 362 ff., 373, 375 f., 378, 381 f., 387

Submissionskartell 319, 359

T

Tarife 3, 8, 265, 267, 270, 273 f., 276, 279, 283

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 3 ff., 78, 80, 83, 85 ff., 97 f., 105, 107 ff., 111 ff., 139, 149, 154, 156, 159 ff., 165 ff., 170 f., 173, 181, 187, 195 f., 199 f., 203, 207 ff., 212 ff., 216 f., 219 f., 223 ff., 265, 287 ff., 295 f., 298 f., 302 ff., 313, 315 f., 318 ff., 323 f., 326 f., 329 ff., 333, 335, 337 ff., 342, 344 f., 352, 355, 358, 362 ff., 368 ff., 373, 375 ff., 387 f., 390

unzulässige Wettbewerbsabrede 87, 196, 201, 225, 291, 301, 354

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 10

Verschulden 216, 289, 311, 358 ff., 365

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 82, 196 f., 230, 234, 297

vorgezogene Recyclinggebühren-

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte 235 f.