Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

Zwischenverfügung

vom 10. August 2011

in Sachen

Untersuchung **22-0385 : Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** gemäss Art. 27 KG
betreffend

Akteneinsicht

gegen

1. **ERNE Holding AG Laufenburg,** Bahnhofstrasse 8, 5080 Laufenburg
2. **ERNE AG Bauunternehmung,** Baslerstrasse 5, 5080 Laufenburg
3. **Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau**, Langgass 5, 5244 Birrhard

Gesuchstellerinnen

alle vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Thomas Bähler, Dr. Daniel Emch und Frau Kathrin Enderli, Kellerhals Anwälte, Effingerstrasse 1, Postfach 6916, 3001 Bern

Wettbewerbskommission Sekretariat
Monbijoustrasse 43, CH 3003 Bern
Tel. +41 31 322 2040, Fax +41 31 322 2053
weko@weko.admin.ch
www.weko.admin.ch

A Sachverhalt und Verfahren

1. Am 8. Juni 2009 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die Untersuchung 22-0385 gegen diverse Baugeschäfte im Kanton Aargau. Es klärt damit ab, ob sich die Untersuchungsadressaten an unzulässigen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Kartellgesetz[1] beteiligt haben. Zu den Untersuchungsadressaten gehören auch die ERNE Holding AG Laufenburg, die ERNE AG Bauunternehmung und die Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau (nachfolgend Gesuchstellerinnen).

2. Im Verlaufe der Untersuchung erklärten sich unter anderen die Untersuchungsadressaten Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, Implenia Bau AG, Knecht Bau AG, Meier Söhne AG und Bauunternehmung G. Schmid AG (nachfolgend Selbstanzeigerinnen) bereit, am sogenannten Bonusprogramm teilzunehmen. Das Bonusprogramm sieht Sanktionsreduktionen für Unternehmen vor, die an der Aufdeckung und der Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen mitwirken (Art. 49a Abs. 2 KG). Zu diesem Zweck reichten sie sogenannte Selbstanzeigen ein, in welchen sie eigene und fremde Verhaltensweisen offenlegen. Die Selbstanzeigen bestehen u.a. aus Beweisaussagen über die eigene Absprachetätigkeit sowie dazugehörigen Aktenstücken (insbesondere Protokolleröffnungen, Offerten, Sitzungsnotizen, E-Mails).

3. Am 7. Juni 2011 versandte das Sekretariat den Verfügungsantrag[2] an sämtlichen Parteien zur Stellungnahme und setzte ihnen hierzu eine Frist bis zum 8. Juli 2011[3]. Diversen Parteien, so auch den Gesuchstellerinnen, wurde eine Fristerstreckung bis zum 9. September 2011 gewährt.[4]

4. Der Antrag vom 7. Juni 2011 umfasst 175 Seiten und stützt sich auf 265 während der Untersuchung beschlagnahmte oder von den Parteien eingereichte Aktenstücke. Diese wurden auf einen USB-Stick kopiert und den Parteien zugestellt, damit diese ihr Recht auf Akteneinsicht wahrnehmen können. 21 Aktenstücke sind allerdings lediglich „vor Ort" einsehbar und dürfen nicht kopiert werden.[5] Bei diesen Aktenstücken – insgesamt sind es nicht mehr als zwei Bundesordner – handelt es sich fast ausschliesslich um die oben erwähnten Selbstanzeigen ([…]).

5. Am 23. Juni 2011 baten die Gesuchstellerinnen darum, Kopien sämtlicher Verfahrensakten zu erhalten. Das Sekretariat teilte ihnen mit, dass es an seinen Ausführungen gemäss Begleitschreiben vom 7. Juni 2011 festhalte und dass die Selbstanzeigen nur vor Ort einsehbar seien und nicht kopiert werden dürften. Andere Verwendungsarten (wie z.B. abschreiben oder auf Tonband sprechen) seien jedoch erlaubt.[6]

6. Mit Schreiben vom 30. Juni 2011 verlangten die Gesuchstellerinnen, ihnen sei die Möglichkeit zu gewähren, die genannten Selbstanzeigen zu kopieren.[7] Soweit diesem Gesuch nicht entsprochen werde, sei ihnen bis zum 7. Juli 2011 eine anfechtbare Verfügung zuzustellen.

---

1 Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
2 Act. 201.1.
3 Act. 201.
4 Siehe für die Gesuchstellerinnen Act. 218.
5 Siehe Index des elektronischen Aktenverzeichnisses sowie die Ausführungen im Begleitschreiben zum Antragsentwurf (Act. 201); betroffen sind die Aktenstücke Act. 5.1, 8.1, 9, 11, 14, 16, 18, 20, 22, 23, 23.1, 27, 28, 40.1, 61, 62, 63, 101, 106 (Beilagen 1 und 2), 112 und 168.
6 Siehe E-Mail-Verkehr vom 23.6.2011 (Act. 213).
7 Act. 237.

7. Das Sekretariat teilte den Gesuchstellerinnen am 4. Juli 2011 mit, dass es weiterhin keine Kopiermöglichkeit gewähren könne.[8] Eine Ausnahme sei denkbar, soweit es darum gehe, Handschriften zu erkennen (zur Überprüfung der Echtheit von Handschriften bzw. deren Zuordnung zu bestimmten Personen durch Gutachter könnte sich eine Herausgabe von Auszügen aus Dokumenten rechtfertigen). Für den Fall jedoch, dass die Gesuchstellerinnen an ihrem Antrag festhalten wollten, bat das Sekretariat um Mitteilung bis zum 11. Juli 2011 und stellte den Erlass einer entsprechenden Verfügung in Aussicht.

8. Am 8. Juli 2011 teilten die Gesuchstellerinnen dem Sekretariat mit, dass die Ausweitung der Akteneinsicht einzig zum Zweck der Erkennung von Handschriften ihren Bedürfnissen nicht gerecht würde.[9] Sie erkundigten sich deshalb nach weiter reichenden Möglichkeiten der Akteneinsicht, die ihnen jedoch vom Sekretariat nicht angeboten werden konnten.

9. Gleichentags reichten die Gesuchstellerinnen ein schriftliches Gesuch ein, beantragten sinngemäss die Ausdehnung ihres Rechts auf Akteneinsicht (d.h. Kopiermöglichkeit in Bezug auf sämtliche Verfahrensakten) und ersuchten um Zustellung einer anfechtbaren Zwischenverfügung.[10]

10. Mit Schreiben vom 15. Juli 2011 gab das Sekretariat den Selbstanzeigerinnen Gelegenheit zur Stellungnahme.[11] Sie machten alle von dieser Möglichkeit Gebrauch. Die letzte Stellungnahme traf am 3. August 2011 ein.[12]

11. Anlässlich der Akteneinsicht vor Ort durch Mitarbeiter der Gesuchstellerinnen am 20. Juli 2011 wurde zudem über eine Kopiermöglichkeit der Beilage 3 von Act. 23.1 diskutiert. Die Selbstanzeigerin, von welcher dieses Aktenstück stammt, lehnte dies jedoch ab.[13]

12. Auf den weiteren Sachverhalt wird, soweit nötig, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

B Erwägungen

13. Auf Verfahren nach dem Kartellgesetz sind gemäss Art. 39 KG die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)[14] anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht.

14. Art. 7 Abs. 1 VwVG sieht vor, dass die Behörde ihre Zuständigkeit von Amtes wegen prüft. Gemäss Art. 18 Abs. 3 KG trifft die Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) die Verfügungen und erlässt die Entscheide, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Diese Bestimmung hält in erster Linie eine unmittelbare Verfügungskompetenz der WEKO fest und nimmt eine Kompetenzabgrenzung vor allem gegenüber dem Sekretariat vor.[15] Die Aufgaben des Sekretariats sind in Art. 23 KG geregelt. Gemäss Absatz 1 dieser Bestimmung erlässt das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums verfahrensleitende Verfügungen. Verfahrensleitende Verfügungen gehören zu der Kategorie der Zwischenverfügungen. Diese sind nicht instanzabschliessend, sondern stellen verfah-

---

8 Act. 241.
9 Act. 252.
10 Act. 253.
11 Act. 267, 268, 269.
12 Act. 271, 273, 276.
13 Act. 272.
14 Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).
15 Vgl. BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 18 KG N 19 f.; SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 18 KG N 37.

rensrechtliche Schritte auf dem Weg zum Verfahrensabschluss dar.[16] Der Entscheid über die Akteneinsicht eines Untersuchungsverfahrens stellt eine prozessleitende Anordnung in vorgenanntem Sinne dar. Daher ist das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zum Erlass der Zwischenverfügung zuständig.

B.1 Recht auf Akteneinsicht

15. Das Akteneinsichtsrecht im Verfahren der Untersuchung gemäss KG richtet sich nach den Art. 26–28 VwVG. Diese Vorschriften stellen eine Konkretisierung der Ansprüche dar, welche sich aus dem rechtlichen Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV[17] und Art. 6 Abs. 1 EMRK[18] ergeben.[19] Die Funktion des Akteneinsichtsrechts besteht darin, den Parteien die Möglichkeit zu gewähren, sich *wirksam* zur Sache zu äussern.[20]

16. Der konkrete Umfang des Rechts auf Akteneinsicht ergibt sich weder aus dem Wortlaut der BV bzw. der EMRK noch aus jenem des VwVG. Art. 26 Abs. 1 VwVG bestimmt: „Die Partei oder ihr Vertreter hat Anspruch darauf, in ihrer Sache folgende Akten am Sitze der verfügenden (…) Behörde einzusehen."

17. Inhalt und Umfang des Akteneinsichtsrechts können nicht abstrakt umschrieben werden, sondern sind aufgrund des Anspruchs „auf wirksame Mitwirkung anhand konkreter tatsächlicher und rechtlicher Gegebenheiten nach Fallgruppen und im Einzelfall zu konkretisieren".[21] Gemäss Rechtsprechung und Lehre beinhaltet das Recht auf Akteneinsicht allerdings grundsätzlich die Möglichkeit, Fotokopien der Verfahrensakten anzufertigen, sofern dadurch für die Behörde kein übermässiger Aufwand entsteht.[22]

18. Das Recht auf Akteneinsicht gilt nicht absolut.[23] Es kann aufgrund von überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen verweigert bzw. eingeschränkt werden (Art. 27 Abs. 1 VwVG). Dabei sind die einander entgegenstehenden Interessen im Einzelfall sorgfältig und unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips gegeneinander abzuwägen.[24]

19. Die Beschränkung kann verschiedene Formen annehmen und reicht von der gänzlichen Verweigerung des Rechts auf Akteneinsicht bis zu diversen milderen Formen wie z.B. der Auflage, keine Kopien anzufertigen[25]. Als Gründe für eine Beschränkung des Akteneinsichtsrechts werden öffentliche (z.B. ein effizientes Meldesystem) oder private Interessen (z.B. Beeinflussung von späteren anderen Verfahren) genannt[26]. Unter das öffentliche Interesse im Sinne von Art. 27 VwVG fällt im vorliegenden Zusammenhang insbesondere das

---

16 ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, 2004, 40; siehe auch PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 2009, 247 Rz 82.

17 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

18 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (EMRK; SR 0.101).

19 STEPHAN C. BRUNNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 26 N 1.

20 BERNHARD WALDMANN, Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, in: Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Häner/Waldmann (Hrsg.), 2008, 74.

21 GEROLD STEINMANN, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), 2. Auflage, 2008, Art. 29 N 21.

22 Siehe z.B. BGE 126 I 7, E. 2b; BGE 122 I 109 E. 2b; BGE 116 Ia 325 E. 3d; aus der Literatur z.B. STEINMANN (Fn 21), N 28; WALDMANN (Fn 20), 77.

23 STEINMANN (Fn 22), N 28.

24 STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 39 N 80.

25 Vgl. STEPHAN C. BRUNNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 27 N 15.

26 BRUNNER (Fn 25), N 23 f. (erstes Lemma) und N 29 f. (viertes Lemma).

effiziente Funktionieren der Bonusregelung bzw. der Selbstanzeigen gemäss Art. 49a Abs. 2 KG.[27]

B.2 Die Bonusregel

20. Das Institut der Selbstanzeige im Rahmen der Bonusregel gemäss Art. 49a Abs. 2 KG wurde zusammen mit der Möglichkeit eingeführt, direkte Sanktionen zu erlassen. Durch die Einführung direkter Sanktionen wurde für die Unternehmen ein Anreiz geschaffen, „noch versteckter und professioneller zu agieren, um die Aufdeckung eines Kartellrechtsverstosses zu verhindern und dadurch einer direkten Sanktionierung zu entgehen“[28]. In diesem Zusammenhang wird deshalb von einem „Ermittlungs- bzw. Beweisnotstand“ gesprochen, der insbesondere in Bezug auf horizontale Absprachen (Art. 5 Abs. 3 KG) unbestritten ist[29].

21. Der Gesetzgeber beabsichtigte deshalb, der WEKO ein „entsprechend wirksames Instrumentarium in die Hand“ zu geben, „um diesem Erschwernis beizukommen“[30]. Dieses Instrumentarium besteht in der Bonusregel, welche den an einem Kartell beteiligten Unternehmen einen Anreiz verschafft (d.h. eine Sanktionsreduktion in Aussicht stellt), das Kartell durch Selbstanzeige und Kooperation aufzudecken.[31]

22. Eine Selbstanzeige stellt für ein Unternehmen einen grossen Schritt dar und zwingt es, die Vor- und Nachteile einer Kooperation abzuwägen. Ein wichtiges Interesse stellt dabei der diskrete Umgang der Wettbewerbsbehörden mit den freiwillig offen gelegten Informationen dar. Die Diskretionsanliegen der Unternehmen betreffen die Weitergabe von Informationen an Behörden und Gerichte, Retorsionsmassnahmen der Branche und zivile Schadenersatzprozesse.[32] Die Möglichkeit von Folgeprozessen scheint für die Unternehmen die grössten Unsicherheiten zu bergen, sodass davon auch die grösste Gefahr für den Anreiz zur Kooperation ausgehen dürfte: „Muss ein Unternehmen, das eine Selbstanzeige einreicht, damit rechnen, dass die vorgelegten Unterlagen zu einem späteren Zeitpunkt in einem Zivilprozess – z.B. auf Zahlung von Schadenersatz – gegen das Unternehmen verwendet werden, so droht die Bonusregelung leer zu laufen“[33]. Ein Autor erwägt deshalb, Informationen aus Selbstanzeigen den von diesen belasteten Unternehmen nur indirekt über ihre Rechtsvertreter zugänglich zu machen und das Kopieren zu untersagen; Dritten soll die Einsichtnahme gar ganz verweigert werden.[34]

23. Die Anreizwirkung der Bonusregel hängt nach dem Gesagten im Wesentlichen davon ab, wie berechenbar die Folgen einer Kooperation für die betroffenen Unternehmen sind. Diese Berechenbarkeit bezieht sich einerseits auf die unmittelbare Aussicht auf eine Sanktionsreduktion[35], andererseits auf die möglichen Spätfolgen eines Kartellverfahrens[36].

---

27 RETO JACOBS/GION GIGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, vor Art. 12 N 28; siehe auch CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.) 2010, Art. 49a N 170.

28 TAGMANN/ZIRLICK (Fn 27), N 120.

29 DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007, 627 ff.; siehe dazu auch TAGMANN/ZIRLICK (Fn 27), N 123 ff.

30 Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2038.

31 Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2028.

32 DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007, 721 ff.

33 RETO JACOBS, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: Zäch Roger (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, 218.

34 ZIMMERLI (Fn 32), 743 f. und 742 f.; siehe dazu auch TAGMANN/ZIRLICK (Fn 27), N 739 ff. und 169 f.

35 Als Beispiel sei auf die Möglichkeit verwiesen, die Erfolgsaussichten eines Bonus durch die Einreichung einer anonymisierten Selbstanzeige klären zu lassen (Art. 9 Abs. 2 Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung).

24. Um dem mit der Einführung der Bonusregel verbundenen Zweck der Erhöhung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Kartellen gerecht zu werden, erscheint es deshalb als zulässig, den genannten Unsicherheiten mit einem für die Selbstanzeiger schonungsvollen Umgang mit den von ihnen freiwillig offengelegten Informationen und Unterlagen zu begegnen. Diesen Schutz auch den zusätzlich zu Beweisaussagen eingereichten Beweismitteln zukommen zu lassen, wird durch deren Wichtigkeit für die Beweisführung gerechtfertigt. Es sind deshalb Anreize zu schaffen, dass Unternehmen ihre Aussagen mit vorhandenen Beweismitteln belegen. Allerdings wird zu Recht darauf hingewiesen, dass einem durch eine Selbstanzeige beschuldigten Unternehmen das Recht auf umfassendes rechtliches Gehör nicht verkürzt werden darf, nur um den Aufdeckungsanreiz der Bonusregelung möglichst zu maximieren.[37]

25. Wie oben ausgeführt bestimmt sich der Umfang des Akteneinsichtsrechts auf der Grundlage des konkreten Falls. Dabei sind die einander entgegenstehenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Als Interessen, die eine Einschränkung des Rechts auf Akteneinsicht rechtfertigen können, steht das öffentliche Interesse des Funktionierens der Bonusregel (bzw. des Anreizes zur Kooperation) im Vordergrund. Dieses findet seine Grenzen in der Sicherstellung einer wirksamen Verteidigung für die von einer Selbstanzeige belasteten Unternehmen.

26. In diesem Zusammenhang sei auf den Umgang der EU-Kommission mit Selbstanzeigen verwiesen. Diese unterscheidet zwischen „Unternehmenserklärungen“ und „weiteren Beweismitteln“.[38] Der Schutz von Unternehmenserklärungen scheint weitergehend zu sein, da diese „nicht mit mechanischen oder elektronischen Mitteln“ (also auch nicht mit einem Tonbandgerät, was gemäss der Praxis des Sekretariats möglich wäre) kopiert werden dürfen.[39] Dagegen kommt den „weiteren Beweismitteln“ kein solcher Schutz zu, was auf einen weniger weitreichenden Schutz, als er hier diskutiert wird, hindeutet.[40]

27. Das Sekretariat hat gestützt auf diese Überlegungen die Praxis entwickelt, das Recht auf Akteneinsicht in Bonusmeldungen (sowohl hinsichtlich Beweisaussagen wie auch eingereichter Akten) nur durch die Einsichtnahme vor Ort zu gewähren, ohne Kopiermöglichkeit, *sofern* dadurch eine wirksame Verteidigung der durch die von einer Selbstanzeige belasteten Unternehmen nicht gefährdet wird. Davon wird zur Sicherstellung der Vorhersehbarkeit für die Selbstanzeiger nur mit deren Einverständnis abgewichen. Wichtig erscheint dem Sekretariat das Vertrauen, das damit geschaffen wird. Unternehmen, die eine Bonusmeldung einreichen, sollen sich darauf verlassen können, dass die von ihnen gemachten Aussagen und eingereichten Unterlagen nur einer eingeschränkten Akteneinsicht unterliegen. Die vom Sekretariat vorgeschlagene Lösung schafft die notwendige Vorhersehbarkeit und umfasst generell alle eingereichten Dokumente.

---

[36] Siehe dazu die Ausführungen unter Rz 22; siehe auch die Möglichkeit eines Selbstanzeigers, die Selbstanzeige ausnahmsweise mündlich zu Protokoll zu geben, um sicherzustellen, dass dieser keine Herausgabepflicht in anderen (namentlich ausländischen) Zivil- oder anderen Verfahren zu befürchten hat (Art. 9 Abs. 1 2. Abschnitt Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung).

[37] ZIMMERLI, (Fn 32), 732.

[38] Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermässigung von Geldbussen in Kartellsachen, ABl. C 298 vom 8.12.2006 S. 2, Rz 9 (nachfolgend Mitteilung Geldbussen).

[39] Mitteilung Geldbussen (Fn 38), S. 5, Rz 33.

[40] In einem kürzlich ergangenen Urteil des EUGH wird die Frage geprüft, ob das EU-Recht dahingehend auszulegen sei, dass Geschädigte von Kartellen zur Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche keine Akteneinsicht in Informationen und Unterlagen von sogenannten Bonusantragstellern erhalten sollen, die eine mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde nach Massgabe eines nationalen Bonusprogramms erhalten habe. Der EUGH führt die auf dem Spiel stehenden Interessen auf, überlässt die abschliessende Abwägung bzw. Antwort auf die Frage jedoch den nationalen Gerichten (Urteil des EUGH vom 14.6.2011 C-360/09 *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*, Rz 31).

28. Dieses Vorgehen wird seit Einführung der Bonusregel per 1. April 2004 praktiziert und stellt einen sachgerechten Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen von belasteten Parteien, Selbstanzeiger und Behörde dar. Es wurde bisher nicht angefochten. Auch in der vorliegenden Untersuchung haben nur drei von 19 Unternehmen, welchen eine direkte Beteiligung an einer Absprache vorgeworfen wird, eine Kopiermöglichkeit sämtlicher Verfahrensakten verlangt (wobei zwei dieser drei zu den vom selben Rechtsbeistand vertretenen Gesuchstellerinnen gehören).[41]

B.3 Beurteilung des konkreten Falles

29. Unbestritten ist zunächst, dass den Gesuchstellerinnen als Untersuchungsadressatinnen die vollen Parteirechte, somit auch das Recht auf Akteneinsicht, zustehen.

30. Die Argumente der Gesuchstellerinnen ergeben sich aus dem E-Mail-Schreiben vom 23. Juni 2011 sowie den Eingaben vom 30. Juni 2011 und vom 8. Juli 2011.[42] Sie bringen im Wesentlichen vor, dass sich der Verfügungsantrag weitgehend bzw. fast ausschliesslich auf die Selbstanzeigen stütze. Diese Akten seien sehr umfangreich und enthielten Beilagen mit handschriftlichten Notizen, Kopien von Offerten und Protokolleröffnungen sowie Dokumente, die angeblich von den Gesuchstellerinnen stammten. Den Gesuchstellerinnen werde vorgeworfen, an rund 30 Submissionsabsprachen teilgenommen zu haben, was die Sachverhaltsaufarbeitung und Überprüfung sehr aufwändig mache. Die Bezichtigungen gegen die Gesuchstellerinnen enthielten Widersprüche, welche nicht auf den ersten Blick ersichtlich seien. Die Beweismittel müssten deshalb kontinuierlich verfügbar sein. Die Widersprüche könnten nur aufgezeigt werden, wenn die Akten sämtlicher Fälle kopiert werden könnten. Zudem würden einzelne Mitarbeiter nicht mehr für die Gesuchstellerinnen arbeiten. Für eine Konfrontation mit den Beweismitteln müssten diese deshalb kopiert werden können. Der Verfügungsantrag sei im Übrigen sehr ausführlich und gehe auf den Inhalt der Bonusmeldungen teilweise sehr detailliert ein, sodass ein objektives Interesse am Kopierverbot nur noch in einem sehr eingeschränkten Ausmass vorhanden sein dürfte. Für die Gesuchstellerinnen bedeute die Einschränkung jedoch einen unverhältnismässigen Mehraufwand.

31. Bei den Akten, in welche im vorliegenden Verfahren nur vor Ort und unter der erwähnten Auflage Einsicht genommen werden kann, handelt es sich fast ausschliesslich um Teile von Selbstanzeigen gemäss Art. 49a Abs. 2 KG ([…]).

32. Eine Durchsicht der Fälle, in welchen den Gesuchstellerinnen eine Absprachebeteiligung vorgeworfen wird, sowie der nur vor Ort einsehbaren Aktenstücke hat ergeben, dass es um ca. 20 Fälle mit einer direkten Beteiligung der ERNE AG Bauunternehmung und um ca. 20 Fälle mit einer direkten Beteiligung der Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau geht. Zu diesen liegen jeweils kurze Aussagen von anderen Parteien sowie in den meisten Fällen einige Aktenstücke im Umfang von jeweils ein paar Seiten vor. Zum Teil betreffen die Aussagen und Aktenstücke dieselben Fälle. Insgesamt geht es um ca. 120 Seiten, auf denen die (meist kurzen) relevanten Passagen jedoch schnell ersichtlich sind. Es handelt sich zunächst um Ausdrucke der Website des Baumeisterverbandes, aus denen die Submissionsteilnehmer ersichtlich sind, und Protokolleröffnunungen. Diese Dokumente waren für die Gesuchstellerinnen in vielen Fällen verfügbar und dürften ihnen auch heute zumindest teilweise noch zur Verfügung stehen. Ein grosser Teil der genannten Aktenstücke besteht sodann aus Offerten der Selbstanzeigerinnen, die bis zu ca. 15 Seiten umfassen können, allerdings kein intensives und mehrfaches Studium erfordern dürften. Schliesslich liegen handschriftliche Beweismittel vor: ca. 5 Agendaeinträge und ca. 25 Seiten, auf denen sich Notizen befinden, insbesondere von Preisen der Submissionsteilnehmer. Die die Gesuchstellerinnen direkt belastenden Beweismittel nehmen also einen durchaus überschaubaren Umfang ein. Ihr abge-

---

[41] Neben den Gesuchstellerinnen ist dies die Hüppi AG (siehe dazu Act. 223, 233, 244).
[42] Act. 213, 237 und 253.

schriebener oder abgesprochener Inhalt dürfte ausreichen, um (ehemalige) Mitarbeiter mit der Faktenlage zu konfrontieren.

33. Auch wenn zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte eine Durchsicht sämtlicher Akten der Bonusmeldungen angezeigt ist, kann den Ausführungen der Gesuchstellerinnen, wonach diese Akten „sehr umfangreich" seien, nicht gefolgt werden. Der Schwerpunkt der Bonusmeldungen liegt auf den Beweisaussagen der Selbstanzeigerinnen. Diese beschränken sich pro Absprachefall auf jeweils ein paar Sätze. Die dazugehörigen Beweismittel bestehen zu einem grossen Teil aus Dokumenten, deren Sichtung vor Ort genügen dürfte. Ein für die Verteidigung notwendiges Studium dieser Akten setzt aus Sicht des Sekretariats keine kontinuierliche Verfügbarkeit voraus.

34. Der Ansicht, dass dieser Aktenumfang nicht bei einer (bzw. auf Wunsch auch mehrmaligen) Sichtung vor Ort zu bewältigen wäre, kann nicht gefolgt werden. Auch dem Hinweis, dass eine Konfrontation der vorhandenen Vorwürfe mit (ehemaligen) Mitarbeitern nur mit Kopien der sie betreffenden Aktenstücke durchzuführen wäre, ist nicht zuzustimmen. Der Antrag umschreibt die Aktenstücke der Selbstanzeigen detailliert genug (die Gesuchstellerinnen sprechen selbst von „sehr detaillierten" Umschreibungen), um mit Hilfe von Notizen oder Tonbandaufnahmen aus der Aktensichtung vor Ort eine sinnvolle Aufarbeitung und Konfrontation mit beteiligten Personen durchzuführen.

35. Das Hauptargument der Gesuchstellerinnen basiert letztlich auf dem angeblichen „unverhältnismässigen Mehraufwand", der durch die Beschränkung des Rechts auf Akteneinsicht verursacht werde. Damit lassen sie durchblicken, dass es durchaus möglich ist, ihre Verteidigungsrechte mit der eingeschränkten Akteneinsicht wahrzunehmen. Was sie nicht anerkennen, ist, dass ihnen der Mehraufwand zugemutet werden könne. Dieser Einschätzung wird nicht gefolgt: Es ist durchaus möglich, die genannten Akten innert einer angemessenen Frist durch Abschreiben oder durch eine Sprachaufnahme für eine kontinuierliche Verfügbarkeit aufzubereiten. Wo dies aufgrund von Abklärungen zur Zuordnung von Handschriften nicht möglich ist, hat das Sekretariat Hand zu Kompromissen geboten. Zudem ist es den Gesuchstellerinnen unbenommen, die Akten mehrmals zu sichten. Der Aktenumfang dürfte jedoch kaum ein Ausmass annehmen, das einen mehr als schätzungsweise fünfmaligen Besuch in den Räumlichkeiten des Sekretariats erforderlich macht. Dies wird nicht zuletzt durch die Wahrnehmung der Akteneinsicht durch die übrigen Parteien bestätigt: zwei Monate nach Versand des Antragsentwurfs und einen Monat vor Ablauf der laufenden Fristen zur Einreichung einer Stellungnahme waren die meisten Parteien zweimal, einige nur einmal, gewisse dreimal vor Ort. Wie erwähnt hat nur eine andere Partei beantragt, die nur vor Ort einsehbaren Akten kopieren zu dürfen.[43]

36. **Stellungnahmen der Selbstanzeigerinnen**: Sämtliche Selbstanzeigerinnen haben sich gegen die Fotokopiermöglichkeit ihrer Selbstanzeigen ausgesprochen.

37. Die Knecht Bau AG, die Meier Söhne AG und die Bauunternehmung G. Schmid AG[44] haben die Erwartung an die Wettbewerbsbehörden, dass sie die Selbstanzeige-Akten zum Schutz der Selbstanzeiger und für das Funktionieren der Bonusregel nicht fotokopieren lassen. Sie weisen zusätzlich zu den bereits vorgebrachten Argumenten in genereller Weise darauf hin, dass durch die Entfernung der Akten bzw. von Fotokopien dieser Akten die Kontrollmöglichkeit über die Verwendung und Verbreitung verloren ginge. Dies könnte den genannten Parteien grossen Schaden zufügen. Die Lösung des Sekretariats werde sowohl den Interessen der Selbstanzeiger, wie auch jenen der übrigen Parteien gerecht.

---

[43] Siehe dazu Rz 28 und Fn 41.
[44] Act. 271.

38. Auch die Implenia Bau AG[45] wehrt sich gegen die Kopiermöglichkeit von Dokumenten aus Selbstanzeigen. Die Begrenzung der Einsicht in Akten aus Selbstanzeigen sei sachlich notwendig und rechtlich zulässig. Diese Einschränkung des Akteneinsichtsrechts sei nur geringfügig. Alle Parteien hätten im vorliegenden Verfahren die Möglichkeit gehabt, die Selbstanzeigen vor Ort einzusehen, weshalb ihnen das Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 26 Abs. 1 VwVG gewährt worden sei. Dazu führt die Implenia Bau AG aus: „Die Praxis des Sekretariats, wonach die eingesehen Akten – von bestimmten Ausnahmen abgesehen – auch kopiert werden können, ist zwar grundsätzlich begrüssenswert und aufrechtzuerhalten, geht aber über den Wortlaut des Gesetzes hinaus.“[46] Die Einschränkung lasse sich zudem ohne weiteres im Rahmen der Interessenabwägung rechtfertigen: Einerseits seien überwiegende öffentliche Interessen vorhanden. So hätte die Fotokopiermöglichkeit von Selbstanzeigen eine abschreckende Wirkung auf Selbstanzeiger in der Zukunft und würde die Bonusregelung insgesamt in Frage stellen. Der geringe Mehraufwand, der durch die Einsicht vor Ort entstehe, stelle hierzu kein ernsthaftes Gegengewicht dar. Andererseits würden auch überwiegende private Interessen der Unternehmen und von involvierten Personen vorliegen. Selbstanzeigen enthielten äusserst sensitive Informationen, deren Verwendung in anderen Verfahren – z.B. Zivilprozessen – nicht ausgeschlossen werden könne. Die involvierten Personen hätten ausserdem aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes sowie wegen der Gefahr von Repressalien ein erhebliches Interesse an einer Einschränkung der Akteneinsicht. Schliesslich decke sich die Praxis des Sekretariats mit der Praxis ausländischer Wettbewerbsbehörden, namentlich der Europäischen Union. Gemäss der einschlägigen Mitteilung der EU-Kommission werde die Einsicht in Selbstanzeigen nur gewährt, wenn sich die die Einsicht nehmenden Personen verpflichteten, keine elektronischen oder mechanischen Kopien anzufertigen. Der Schutz der Selbstanzeigen im EU-Verfahren sei somit noch weitreichender als die vom Sekretariat gewählte Lösung.

39. Die Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG äussert sich im selben Sinn[47]. Sie betont die Verhältnismässigkeit der Vorgehensweise des Sekretariats. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlange, stets das mildeste der möglichen Mittel zu wählen. Das Sekretariat habe bei seiner Interessenabwägung nicht die härteste Massnahme, nämlich die Verweigerung des Rechts auf Akteneinsicht gewählt, sondern sich durch die Einräumung der Möglichkeit, die im Index als „nur vor Ort einsehbar“ gekennzeichneten Dokumente einzusehen, für ein milderes und somit verhältnismässiges Mittel entschieden. Die Birchmeier habe im vorliegenden Verfahren eine Selbstanzeige eingereicht und darauf vertraut, dass die damit eingereichten Dokumente den übrigen Untersuchungsadressaten nicht herausgegeben würden und nicht fotokopiert werden dürften. Dieses Vorgehen sei eine Voraussetzung für das Funktionieren der Bonusregel. Daneben stünden aber auch überwiegende private Interessen der Birchmeier auf dem Spiel. Da angesichts des insgesamt überschaubaren Umfangs der nur vor Ort einsehbaren Akten nicht ersichtlich werde, weshalb die Verwertung dieser Akten nicht möglich sei, sei die Verletzung des Rechts auf Akteneinsicht zu verneinen.

40. **Zusammenfassend ergibt sich**: Das Recht auf Akteneinsicht stellt einen verfassungsmässigen Anspruch dar, der durch die Art. 26 ff. VwVG konkretisiert wird. Gemäss Art. 26 Abs. 1 VwVG können Akten am Sitz der Behörde eingesehen werden. Das Akteneinsichtsrecht kann aufgrund von überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen verweigert bzw. eingeschränkt werden (Art. 27 Abs. 1 VwVG). Grenze bildet dabei die Sicherstellung einer wirksamen Verteidigung der Parteien, die durch die Selbstanzeigen belastet werden. Im vorliegenden Fall wird Einsicht in sämtliche Verfahrensakten gewährt. Ein Teil dieser Akten ist jedoch nur vor Ort einsehbar und darf nicht kopiert werden. Grundlage dieser Einschränkung bildet die Interessenabwägung im konkreten Fall. Die abzuwägenden Interessen bestehen einerseits aus den genannten öffentlichen Interessen für das Funktionieren der

---

[45] Act. 273.
[46] Act. 273, S. 2.
[47] Act. 276.

Bonusregelung und den privaten Interessen der Selbstanzeigerinnen. Andererseits ist der Mehraufwand der Gesuchstellerinnen in die Waagschale zu legen. Die erstgenannten Interessen werden höher gewichtet. Die wirksame Verteidigung der Gesuchstellerinnen wird dadurch nicht in Frage gestellt. Daraus ergibt sich, dass eine Beschränkung der Kopiermöglichkeiten der genannten Akten den verfassungsmässigen und gesetzlichen Anforderungen gemäss VwVG gerecht wird.

C Kosten und Beschwerdemöglichkeit

41. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG[48] ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Mit der Abweisung des vorliegend zu beurteilenden Gesuches sind auch die dadurch verursachten Kosten den Gesuchstellerinnen vollumfänglich und unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen.

42. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

43. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz CHF 200. –. Die aufgewendete Zeit beträgt 21 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 4‘200.–.

44. Die Gebühren werden den Verfügungsadressaten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

45. Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen, die nicht über die Zuständigkeit oder ein Ausstandsbegehren entscheiden, ist die Beschwerde gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können.

[48] Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat der WEKO mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Das Gesuch, sämtliche Akten der Untersuchung 22-0385 kopieren zu dürfen, wird abgewiesen.

2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 4‘200.– werden den Adressaten der Verfügung zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 1‘400.–, und unter solidarischer Haftung auferlegt.

3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

   - ERNE Holding AG Laufenburg
   - ERNE AG Bauunternehmung
   - Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau

   alle vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Thomas Bähler, Dr. Daniel Emch und Frau Kathrin Enderli, Kellerhals Anwälte, Effingerstrasse 1, Postfach 6916, 3001 Bern

Prof. Vincent Martenet
Präsident Wettbewerbskommission

Dr. Rafael Corazza
Direktor Sekretariat

Rechtsmittelbelehrung:
Gegen diese Verfügung kann, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 46 Abs. 1 VwVG erfüllt sind, innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbegehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.

Eine Kopie dieser Verfügung ist zuzustellen an:

- die Selbstanzeigerinnen