



Hinweis:

Diese Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen. Die vorliegende Version kann von der endgültigen, im RPW publizierten Version abweichen.

Verfügung

vom 22. April 2013

in Sachen

Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251)
betreffend

22-0384: Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich

wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

gegen

1. **Aktiengesellschaft Cellere**, Hodlerstrasse 2, 9009 St. Gallen
2. **Cellere AG Zürich, Bauunternehmung**, Eggbühlstrasse 36, 8050 Zürich

beide vertreten durch [...]

3. **Brebau Holding AG**, c/o Bretscher AG, Hertistrasse 26, 8304 Wallisellen
4. **Egli Bau AG**, Aemtlerstrasse 96a, 8003 Zürich
5. **Brunner Erben Holding AG**, Alpenstrasse 3, 8152 Glattbrugg
6. **Brunner Erben AG**, Alpenstrasse 3, 8152 Glattbrugg

beide vertreten durch [...]

7. **Chr. Müller + Co AG**, Schwamendingenstrasse 34, 8050 Zürich

8. **Flexbelag-Bau AG Zürich**, Eichrainstrasse 3, 8052 Zürich
vertreten durch [...]
9. **Gewerbezentrum Unterfeld AG**, Gewerbestrasse 21, 5312
Döttingen
10. **Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG**, Gewerbestrasse 21, 5312
Döttingen
beide vertreten durch [...]
11. **Hagedorn AG**, Rainstrasse 4, 8706 Meilen
vertreten durch [...]
12. **Hüppi AG**, Widenholzstrasse 1, 8304 Wallisellen
vertreten durch [...]
13. **Keller-Frei AG**, Hertistrasse 11, 8304 Wallisellen
vertreten durch [...]
14. **Kern Strassenbau AG**, Solistrasse 88, 8180 Bülach
vertreten durch [...]
15. **KIBAG Bauleistungen AG**, Seestrasse 404, 8038 Zürich
16. **Marti AG, Bauunternehmung**, Thurgauerstrasse 68, 8050 Zürich
17. **STRABAG AG**, Alpenstrasse 3, 8152 Glattbrugg
vertreten durch [...]
18. **Tibau AG**, Limmattalstrasse 235, 8049 Zürich
vertreten durch [...]
19. **Toller & Loher AG**, c/o Herr Kurt Loher, Plattenstrasse 94, 8706
Meilen
vertreten durch [...]
20. **Walo Bertschinger Holding AG**, Obere Zäune 24, 8001 Zürich
21. **Walo Bertschinger AG**, Limmatstrasse 73, 8005 Zürich
beide vertreten durch [...]

Besetzung

Vincent Martenet (Präsident, Vorsitz),
Stefan Bühler, Andreas Heinemann (Vizepräsidenten),
Evelyne Clerc, Winand Emons, Andreas Kellerhals, Daniel Lampart,
Armin Schmutzler, Johann Zürcher

Inhaltsverzeichnis

A	Sachverhalt	7
A.1	Gegenstand der Untersuchung	7
A.2	Begriffe	7
A.3	Verfahren.....	10
A.3.1	Die Anzeige.....	10
A.3.2	Die Untersuchungseröffnung und die Hausdurchsuchungen	11
A.3.3	Die Einsprachen gegen die Durchsuchung und die Entsiegelungsverfahren	13
A.3.4	Der weitere Gang der Untersuchung	14
A.3.5	Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG	17
A.3.6	Ausdehnung der Untersuchung und deren weiterer Verlauf	17
A.3.7	Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien	19
A.3.7.1	Birchmeier	20
A.3.7.2	Egli.....	20
A.3.7.3	Flexbelag	21
A.3.7.4	Hagedorn	21
A.3.7.5	Hüppi	21
A.3.7.6	Keller-Frei	22
A.3.7.7	Kern	22
A.3.7.8	Schiess	22
A.3.7.9	Tibau.....	22
A.3.7.10	Toller.....	22
A.3.7.11	Walo.....	23
A.3.8	Verfahren vor der WEKO.....	23
B	Erwägungen	25
B.1	Geltungsbereich.....	25
B.1.1	Persönlicher Geltungsbereich	25
B.1.2	Sachlicher Geltungsbereich.....	26
B.1.3	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich	26
B.2	Materielle Verfügungsadressatinnen.....	26
B.2.1	Allgemeines.....	26
B.2.2	Materielle Verfügungsadressatinnen ausserhalb von Konzernverhältnissen	27
B.2.3	Materielle Verfügungsadressatinnen bei Konzernverhältnissen.....	28
B.2.3.1	Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen	28
B.2.3.2	Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen	30
B.2.4	Fazit	34
B.3	Weitere formelle Fragen	35
B.3.1	Keine weiteren Beweisabnahmen aufgrund noch offener Beweisanträge.....	35
B.3.2	Zulässige Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts bezüglich Unterlagen aus der Selbstanzeige.....	38
B.3.2.1	Allgemeines.....	38
B.3.2.2	Ad Schwärzungen	39
B.3.2.3	Ad Kopierverbot	42

B.3.2.4	Fazit	45
B.3.3	Zulässige Frist zur Stellungnahme bezüglich der Fälle [...]	46
B.4	Vorbehaltene Vorschriften	47
B.4.1	Die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens schliessen die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht aus.....	47
B.4.2	Aber der durch die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens geschaffene Rahmen ist bei der kartellrechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen	48
B.5	Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen, insbesondere zur Beweiswürdigung und zum Beweismass	52
B.5.1	Ad Beweiswürdigung.....	52
B.5.2	Ad Beweismass.....	55
B.5.3	Ad Beweisführungslast und objektive Beweislastverteilung	59
B.6	Unzulässige Wettbewerbsabrede.....	60
B.6.1	Wettbewerbsabrede	60
B.6.1.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	60
B.6.1.2	In casu bezüglich einzelnen Submissionen	61
B.6.1.3	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.....	63
B.6.1.4	Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen.....	64
B.6.1.5	Fazit	66
B.6.2	Hintergrundinformationen bezüglich Abreden bei Vergabeverfahren.....	66
B.6.2.1	Interessenlage von Baugesellschaften bei Auktionen mit verdeckten Geboten	66
B.6.2.2	Vorgängige Kenntnis der Konkurrenten bei einer Vergabe dank dem Meldesystem des SBV und der Veröffentlichung via <www.infobau.ch>	69
B.6.3	Die im Einzelnen betrachteten Fälle	71
B.6.3.1	Einleitung	71
B.6.3.2	Überblick	72
B.6.3.3	Allgemeine Vorbemerkungen zu bestimmten Beweismitteln und Vorbringen der Parteien.....	72
B.6.3.3.1	Weshalb nicht immer alle Abredeteilnehmer auch Verfahrensparteien sind	72
B.6.3.3.2	Weshalb der allfällige Eindruck, die Selbstanzeigerin habe sich überdurchschnittlich oft an Abreden beteiligt, unzutreffend ist	73
B.6.3.3.3	Die „Absprachenliste“ ist von durchschlagender Beweiskraft.....	74
B.6.3.4	Schutznahmen der Selbstanzeigerin	77
B.6.3.4.1	Fall [...]......	78
B.6.3.4.2	Übersicht über die weiteren Schutznahmen der Selbstanzeigerin	82
B.6.3.5	Darstellung der einzelnen Projekte in chronologischer Reihenfolge	83
B.6.3.5.1	Fall [...]......	83
B.6.3.5.2	Fall [...]......	85
B.6.3.5.3	Fall [...]......	85
B.6.3.5.4	Fall [...]......	85
B.6.3.5.5	Fall [...]......	87
B.6.3.5.6	Fall [...]......	89
B.6.3.5.7	Fall [...]......	89
B.6.3.5.8	Fall [...]......	89
B.6.3.5.9	Fall [...]......	97
B.6.3.5.10	Fall [...]......	97

B.6.3.5.11	Fall [...]	102
B.6.3.5.12	Fall [...]	103
B.6.3.5.13	Fall [...]	103
B.6.3.5.14	Fall [...]	103
B.6.3.5.15	Fall [...]	103
B.6.3.5.16	Fall [...]	103
B.6.3.5.17	Fall [...]	103
B.6.3.5.18	Fall [...]	103
B.6.3.5.19	Fall [...]	107
B.6.3.5.20	Fall [...]	107
B.6.3.5.21	Fall [...]	107
B.6.3.5.22	Fall [...]	107
B.6.3.5.23	Fall [...]	111
B.6.3.5.24	Fall [...]	111
B.6.3.5.25	Fall [...]	112
B.6.3.6	Fazit: Das Vorliegen von etlichen Wettbewerbsabreden ist damit bewiesen.....	113
B.6.4	Beseitigung wirksamen Wettbewerbs	113
B.6.4.1	Eine Beseitigung wird vorliegend gemäss Art. 5 Abs. 3 KG vermutet	113
B.6.4.2	Grösstenteils keine Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs	114
B.6.4.2.1	Marktabgrenzung	114
i)	Marktgegenseite.....	114
ii)	Sachlich relevanter Markt.....	114
iii)	Räumlich relevanter Markt.....	117
iv)	Zeitlich relevanter Markt	118
B.6.4.2.2	Verbleibender Aussen- sowie Innen- und Restwettbewerb.....	119
i)	Aussenwettbewerb	119
ii)	Innen- und Restwettbewerb.....	123
B.6.4.2.3	Beurteilung bei Abbruch der Ausschreibung (Fälle [...])	125
B.6.4.2.4	Stellungnahme der Parteien	126
B.6.4.2.5	Zwischenergebnis	127
B.6.5	Erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs in [...] der verbleibenden [...] Fälle	127
B.6.5.1	Qualitatives Element	128
B.6.5.2	Quantitatives Element	129
B.6.5.3	Gesamtwürdigung	131
B.6.5.4	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	132
B.6.6	Ergebnis.....	133
B.7	Sanktionierung und Sanktionsbemessung	135
B.7.1	Sanktionierung	135
B.7.1.1	Allgemeines.....	135
B.7.1.2	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	135
B.7.1.2.1	Unternehmen	135
B.7.1.2.2	Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG	135
B.7.1.3	Vorwerfbarkeit.....	136

B.7.2	Sanktionsbemessung	142
B.7.2.1	Einleitung und gesetzliche Grundlagen	142
B.7.2.2	Maximalsanktion	142
B.7.2.3	Konkrete Sanktionsberechnung.....	143
B.7.2.3.1	Basisbetrag	143
i)	Grundsätzliches zum Einbezug von Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen in den Basisbetrag	148
ii)	Obergrenze des Basisbetrags	155
iii)	Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses.....	156
B.7.2.3.2	Dauer	164
B.7.2.3.3	Erschwerende und mildernde Umstände.....	164
i)	Erschwerende Umstände	164
ii)	Mildernde Umstände	168
B.7.2.4	Zwischenergebnis	170
B.7.2.5	Verhältnismässigkeitsprüfung.....	171
B.7.3	Selbstanzeige – Vollständiger Erlass der Sanktion.....	171
B.7.3.1	Allgemeines zur Sanktionsbefreiung	171
B.7.3.2	Subsumtion und Ergebnis	172
B.7.4	Verjährung	174
B.7.5	Ergebnis.....	177
B.8	Weitere Anordnungen	178
B.8.1	Unterlassungsanordnungen	178
B.8.1.1	Gemäss Antrag des Sekretariats.....	178
B.8.1.2	Stellungnahme der Parteien	180
B.8.1.3	Anordnungen der WEKO.....	184
B.8.2	Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten	187
C	Kosten	188
D	Ergebnis	195
E	Dispositiv	197

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob Gesellschaften des Tiefbaugewerbes im Kanton Zürich Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG¹ getroffen haben, indem sie Preis- und Zuschlagsvereinbarungen trafen sowie Informationen über Offertpreise, Teilnahmen an Ausschreibungen wie auch die Zuteilung von Aufträgen respektive Kunden austauschten.

A.2 Begriffe

2. Bevor die Verfahrensgeschichte dargestellt wird (nachstehend A.3), werden nachfolgend einige Begriffe erklärt, wie sie im Rahmen dieser Verfügung verwendet werden.

3. **Tiefbau:** Die vorliegende Untersuchung betrifft das Bauwesen, genauer den Tiefbau, welcher grob in vier Sparten unterteilt werden kann²: Der Strassenbau umfasst unter anderem Belagsarbeiten, Arbeiten wie Abschlüsse und Pflästerungen, Kanalisations- und Werkleitungsbauarbeiten. Der Erdbau betrifft Arbeiten im Bereich Aushub/Baugruben, Schüttungen/Dammbauten, Natursteinmauern, Abbruch/Rückbau sowie Wasserbau. Die Betoninstandsetzung betrifft Sanierungen. Schliesslich können dem Tiefbau auch die mit diesem zusammenhängenden Transporte zugeordnet werden (Grube, Mulden- und Kippertransporte, Spezial- und Schwertransporte, Deponiehaltung/Kiesgrube).

4. Arbeiten der Sparten Strassenbau und Betoninstandsetzung werden weit überwiegend von der öffentlichen Hand (Bund, Kantone und Gemeinden) nachgefragt, während im Erdbau und bei den Transporten öfters auch Private als Auftraggeber auftreten.

5. **Submission/Auftragsvergabe:** Der Begriff Submission steht im Folgenden für das Vergabeverfahren von Tiefbauarbeiten, von deren allfälligen Ausschreibung bis zur Vergabe des Auftrags. Es kann dabei grundsätzlich zwischen öffentlichen und privaten Submissionen unterschieden werden. Das Vergabeverfahren bei Aufträgen der öffentlichen Hand ist weitgehend gesetzlich vorgegeben,³ wobei zwischen offenen und selektiven Verfahren, Einladungsverfahren und freihändigen Verfahren unterschieden wird.⁴ Submissionen von privaten Aufträgen sind demgegenüber nicht diesen gesetzlichen Vergabe(verfahrens)vorschriften unterworfen, weshalb dort mehr Spielraum besteht. So können

¹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Geläufig ist auch die Unterteilung in allgemeinen Tiefbau einerseits, Strassen- und Belagsbau andererseits, wobei die Grenze zwischen beiden Bereichen fliessend ist (so ausdrücklich etwa RPW 2007/1, 105 Rz 50 f., *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*). Vorliegend werden diese beiden Bereiche der einfacheren Lesbarkeit halber unter dem generischen Oberbegriff „Tiefbau“ erfasst und als Sparten davon bezeichnet. Auf den Ausgang der Untersuchung wirkt sich die vorliegend gewählte Terminologie nicht aus und allgemeingültige Schlüsse sind aus der hier verwendeten Begrifflichkeit ebenfalls nicht zu ziehen.

³ Für Ausschreibungen des Bundes: Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) und Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).

Für Ausschreibungen der Kantone und Gemeinden: Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; in der systematischen Sammlung des Zürcherischen Rechts LS 720.1) und die diesbezüglichen kantonalen Ausführungserlasse (für den Kanton Zürich etwa die Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003, SubV [ZH]; LS 720.11).

⁴ Siehe zu den diversen Verfahrensarten Art. 13 BöB und Art. 12 IVöB.

beispielsweise die Ersteingaben der an einer privaten Submission beteiligten Anbieter in Abgebotsrunden⁵ weiter verhandelt werden. Dabei kontaktiert in der Regel die mit der Auftragsvergabe betraute Person die interessierten Firmen und fordert Preisnachlässe. Via Ausschluss der jeweils teuersten Anbieter wird der Kreis der Offerenten kontinuierlich bis zur abschliessenden Vergabe des Auftrags eingeschränkt.

6. **Schutz:** Derjenige Abspracheteilnehmer, der einen zu vergebenden Auftrag erhalten und damit direkt von der fraglichen Absprache profitieren soll, erhält von den anderen an der Absprache beteiligten Tiefbaugesellschaften einen sogenannten *Schutz*⁶ erteilt (auch als *Schutznahme* bezeichnet); er wird von den anderen Abspracheteilnehmern *geschützt*. Die Absprache läuft in aller Regel über den einzugebenden Preis und erlaubt es der geschützten Gesellschaft, den tiefsten Preis aller Abspracheteilnehmer zu offerieren, was regelmässig zur Folge hat, dass die Bauherrschaft den Auftrag an die geschützte Gesellschaft vergibt.⁷

7. **Stützofferte:** Unter einer Stützofferte (oder Schutzofferte) wird eine Offerte verstanden, mit welcher die Abspracheteilnehmer die Offerte der geschützten Gesellschaft überbieten, womit diese geschützt wird. Eine Stützofferte wird somit nur zum Schein als ernsthafte Offerte eingereicht und bezweckt die Steuerung des Zuschlags zugunsten der geschützten Gesellschaft.⁸ Falls eine Gesellschaft aufgrund der Absprache auf die Einreichung einer Offerte verzichtet, wird von Eingabeverzicht oder bid suppression gesprochen.

8. **Meldesystem gemäss Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes (SBV):** Gemäss dem im Untersuchungszeitraum in Kraft gewesenen Art. 6.1 des Wettbewerbsreglements SBV⁹ hat ein SBV-Mitglied, das bei einer Ausschreibung ein Angebot einzureichen beabsichtigt, diese Absicht der zuständigen Stelle unverzüglich nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen mitzuteilen. Ebenso hat es die zuständige Meldestelle zu informieren, wenn es seine Absicht ändert und doch kein Angebot einreichen wird (Art. 6.2 Wettbewerbsreglement SBV). Zuständige Meldestelle für Projekte im Tiefbau im Kanton Zürich ist resp. war der „Baumeisterverband Region Zürich-Schaffhausen“ (siehe Anhang des vorerwähnten Wettbewerbsreglements SBV).

9. Zumindest im für die vorliegende Untersuchung relevanten Zeitraum betrieb der SBV über verschiedene Geschäftsstellen der Kantonal- oder Regionalverbände die Internetplattform <www.infobau.ch>, welche für Mitglieder des SBV über ein Kennwort zugänglich war. Auf dieser Webseite konnten die Mitglieder des SBV jederzeit (also auch während noch laufender Ausschreibung) die Liste der für eine bestimmte Ausschreibung gemäss Art. 6 Wettbewerbsreglement SBV beim „Baumeisterverband Region Zürich-Schaffhausen“ angemeldeten Gesellschaften einsehen.

10. Die Meldestelle – oder nach Rücksprache mit ihr auch direkt die Fragen habende Tiefbaugesellschaft selber¹⁰ – konnte im relevanten Zeitraum die angemeldeten Ge-

⁵ Vgl. demgegenüber etwa Art. 11 Bst. c IVöB, wonach Kantone, Gemeinden sowie andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben auf Abgebotsrunden zu verzichten haben.

⁶ Der hier verwendete Begriff „Schutz“ entstammt der Terminologie des branchenkundigen Whistleblowers (siehe act. [...]). Denselben Begriff gebrauchte auch der Bonusmelder (siehe act. [...]).

⁷ Siehe weiterführend dazu unten Rz 843 ff., insbesondere 861 ff.

⁸ Siehe dazu auch RPW 2009/3, 200 Rz 15, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. Ferner etwa MARSELA MACI, Bid rigging in the EU public-procurement markets: some history and developments, ECLR 2011/8, 406–413, 407.

⁹ Reglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes vom 30.10.2008 über das Angebotswesen (Wettbewerbsreglement), Ausgabe 2009, abrufbar unter <www.baumeister.ch/fileadmin/media/2_Kernthemen/Ausschreibungen_Normen/Ausschreibungen/wettbewerbsreglement_2008.pdf> (11.06.2013).

¹⁰ Siehe etwa act. [...] sowie act. [...].

sellschaften zu einer Versammlung¹¹ einladen. Gemäss Art. 8 und 9 Wettbewerbsreglement SBV sollte diese Versammlung insbesondere der Klärung von technischen Fragen zum betreffenden Projekt dienen.

11. **Arbeitsgemeinschaften (ARGE):** In Abhängigkeit unter anderem von der Grösse, den betroffenen Arbeiten und dem Durchführungszeitraum eines Projektes kann sich dessen Ausführung in Form einer ARGE anbieten. Dazu verhandeln mehrere Gesellschaften miteinander im Hinblick auf die gemeinsame Ausführung eines Projekts. Einigen sie sich für den Fall des Auftragserhalts auf die Bildung einer ARGE – bei welcher es sich regelmässig um einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 ff. OR¹² handelt – sind neben anderen offene und stille ARGE denkbar. Bei einer stillen ARGE übernimmt eine Gesellschaft die Federführung und tritt als alleinige Vertragspartei gegen aussen, also gegenüber dem Bauherren, auf, ohne diesen über die übrigen, im Falle eines Vertragsabschlusses an der Ausführung als ARGE-Partner beteiligten Gesellschaften zu informieren. Hat der Auftraggeber hingegen Kenntnis von einer geplanten Zusammenarbeit im Rahmen einer ARGE, liegt eine offene ARGE vor und Vertragspartei im Verhältnis zum Bauherren sind die ARGE-Partner (nicht nur einer hiervon). Möglich, aber nicht zwingend erforderlich, ist die Einreichung einer gemeinsamen Offerte durch die ARGE-Partner, aus welcher ersichtlich wird, welche Gesellschaften den Auftrag gemeinsam planen und im Falle des Zuschlages ausführen würden. Das Verhältnis der ARGE-Partner untereinander wird über Zusammenarbeitsverträge geregelt und die Ausführung wird gemeinsam bewerkstelligt. Gemeinsam ist den hier beschriebenen ARGE-Konstellationen, dass sich die Gesellschaften bezüglich eines bestimmten Auftrags nicht konkurrenzieren, sondern an dessen gemeinsamer Ausführung bereits in der Offertphase¹³ interessiert sind. Anders gelagert sind die – im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht weiter interessierenden – Fälle, in welchen eine Gesellschaft, die in der Offertphase am Erhalt eines Auftrags und dessen eigenständiger Ausführung interessiert war, aber nach erfolgter Zuschlagserteilung eine ARGE mit anderen Baugeschäften, auch vormaligen Konkurrenten, zu bilden versucht.¹⁴

12. Solange ARGE gebildet werden, weil die ARGE-Partner ein bestimmtes Projekt nur gemeinsam realisieren können, ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nichts dagegen einzuwenden; im Gegenteil, erhöht sich dadurch doch der Wettbewerb um einen andernfalls nicht bestehenden Konkurrenten.¹⁵ Allerdings ist auch bei diesen wettbewerbsrechtlich berechtigten ARGE kein Grund erkennbar, der für eine Nichtoffenlegung der ARGE-Bildung gegenüber der Bauherrschaft sprechen würde – vielmehr ist zu fordern, dass der Bauherr hierüber informiert wird¹⁶. Sind die Beteiligten aber auch ohne Bildung einer ARGE in der Lage, das betreffende Projekt individuell zu realisieren, bestehen gegenüber der ARGE-Bildung wettbewerbsrechtliche Bedenken, da sich zwei oder mehr direkte Konkurrenten zusammen-

¹¹ So die Bezeichnung im Wettbewerbsreglement SBV. Oftmals auch als Vorversammlung oder Submittentenversammlung oder -sitzung bezeichnet.

¹² Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

¹³ Während dieser Phase werden ARGE zuweilen auch als Bietergemeinschaften (BIEGE) bezeichnet, da zu der Zeit noch nicht feststeht, ob es effektiv zu einer gemeinsamen Arbeitsausführung (und damit zur Bildung einer ARGE) kommen wird, hängt diese doch von der allfälligen Zuschlagserteilung ab.

¹⁴ Siehe zum Ganzen RPW 2009/3, 199 Rz 12, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁵ Aus kartellrechtlicher Sicht liegt bei einer solchen ARGE nicht einmal eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vor, da diese ARGE-Vereinbarung weder eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt noch bewirkt.

¹⁶ In diesem Sinne bereits die einvernehmliche Regelung i.S. RPW 2009/3, 222, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

schliessen und das Konkurrenzfeld durch die ARGE-Bildung entsprechend verkleinert wird.¹⁷ Aus vergaberechtlicher Sicht ist im Kanton Zürich die Bildung von ARGE zulässig, es sei denn, diese Möglichkeit sei ausdrücklich ausgeschlossen oder eingeschränkt worden (§ 6 SubV [ZH]).

13. **Subunternehmer:** Eine weitere Art der Zusammenarbeit im Bauwesen besteht im Beizug von Subunternehmern. Subunternehmer sind Vertragspartner der berücksichtigten Anbieterin (also der Gesellschaft, welche den Zuschlag erhielt)¹⁸ und nicht – dies im Gegensatz zu den ARGE-Partnern einer (offenen) ARGE – des Bauherrn; Vertragspartner im Verhältnis zum Bauherrn ist ausschliesslich die berücksichtigte Anbieterin. Subunternehmer werden von der berücksichtigten Anbieterin beigezogen, um bestimmte Arbeiten auszuführen, die diese gegenüber dem Bauherrn schuldet.¹⁹ In einer Branche mit teilweise hohem Spezialisierungsgrad kann es effizient sein, für spezifische Arbeiten auf Bauunternehmen zurückzugreifen, die dafür besonders geeignet sind; bezüglich dergestalt „ausgelagerter“ Arbeiten kann alsdann auf die kostspielige Anstellung eigener Facharbeitskräfte, die Anschaffung entsprechender Maschinen sowie den Erwerb notwendigen Know-Hows verzichtet werden. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung hat sich etwa gezeigt, dass Subunternehmer beispielsweise in folgenden Fällen beigezogen wurden bzw. werden: Für die Ausführung von Labor- sowie Belagsfräsarbeiten bei einem Projekt betreffend Fahrbahnerneuerung und Kanalisationssanierung²⁰, für die Erstellung von Wildschutzzäunen bei Autobahnsanierungen²¹ oder für den maschinellen Belagseinbau bei Projekten, die unter anderem auch Strassenbauarbeiten beinhalten²².

14. Da es für den Bauherrn wichtig sein kann, zu wissen, ob und gegebenenfalls welche Arbeiten an Subunternehmer untervergeben werden sollen und wer hierfür beigezogen werden soll, sieht im Kanton Zürich die vergaberechtliche Vorschrift von § 7 SubV (ZH) vor, dass vom Bauherrn diesbezügliche Angaben verlangt werden können, solche Untervergaben von Arbeiten diesfalls also gegenüber dem Bauherrn offengelegt werden müssen.²³

A.3 Verfahren

A.3.1 Die Anzeige

15. Auslöser der vorliegenden Untersuchung war eine Anzeige durch eine Person, wobei zu präzisieren ist, dass es sich dabei nicht um die Selbstanzeigerin handelt. In der Anzeige wurde ausgeführt,

- dass sich diverse Strassen- und Tiefbauunternehmen sowohl im Kanton Zürich als auch im Kanton Aargau seit Jahren zu Besprechungen trafen, anlässlich welcher sie sich über laufende Ausschreibungen und deren Preise verständigen würden,

¹⁷ Siehe allgemein zu Arbeitsgemeinschaften und der Notwendigkeit deren Bildung etwa ELLEN BRAUN, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 11. Aufl., 2010, Art. 81 EGV Fallgruppen N 58 ff.

¹⁸ Siehe etwa PETER GAUCH, Probleme von und mit Subunternehmern – Ein Beitrag zum privaten Baurecht, in: Freiheit und Verantwortung im Recht, FS für Arthur Meier-Hayoz, Forstmoser/Schluep (Hrsg.), 1982, 151–178, 169.

¹⁹ Vgl. GAUCH (Fn 18), 154.

²⁰ Siehe act. [...].

²¹ Act. [...].

²² Siehe act. [...].

²³ Siehe als Praxisbeispiel etwa Ziffer [...] der bei act. [...] enthaltenen Ausschreibungsunterlagen.

- dass bei Grossprojekten auch sogenannte „Schutz-Entscheidungen“ in die Offerten eingerechnet würden, welche alsdann vom absprachebeteiligten, den Zuschlag erhaltenden Unternehmen an die anderen an der Absprache beteiligten Unternehmen ausbezahlt würden,
- dass diese Treffen, solange das KG keine direkten Sanktionen gekannt habe, bei den jeweiligen kantonalen Baumeisterverbänden abgehalten worden seien und seither abwechselnd bei den einzelnen involvierten Unternehmen stattfänden,
- dass sich die Unternehmen – da sie sämtliche Submissionen, an welchen sie interessiert seien, den kantonalen Baumeisterverbänden melden würden und diese Informationen den anderen Unternehmen zugänglich seien – ein Bild über die Mitbewerber machen und diese zur Vereinbarung eines „Schutzes“ kontaktieren könnten,
- dass im Kanton Zürich an solchen Absprachen namentlich – in alphabetischer Reihenfolge – die Egli Bau AG, die Flexbelag-Bau AG Zürich, die Hüppi AG, die Marti AG, Bauunternehmung, die StraBAG Strassenbau und Beton AG, die Tibau AG, die VAGO Zürich sowie die Walo Bertschinger AG beteiligt seien.²⁴

16. Der/die Anzeiger/in gelangte erstmals im März 2008 per E-Mail an das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat). In einer zweiten E-Mail vom Mai 2008 bestätigte und ergänzte er/sie diese Ausführungen, und mit Schreiben vom Juni 2008 machte er/sie nähere Angaben. Anlässlich eines Treffens mit Vertretern des Sekretariats im März 2009 erläuterte und präziserte er/sie mündlich die Situation. In der Folge beantwortete er/sie anlässlich dreier Telefonate noch spezifische Fragen zu einzelnen Unternehmen. Seine/ihre Angaben waren glaubhaft und widerspruchsfrei und stellten sich – soweit zu diesem Zeitpunkt überprüfbare Elemente betreffend – als korrekt heraus.²⁵

17. Der/die Anzeiger/in kennt den Bereich des Strassen- und Tiefbaus in den Kantonen Zürich und Aargau sehr gut, wie seine/ihre – vom Sekretariat verifizierten – Angaben zur Person/Unternehmung aufzeigen.²⁶

18. Dem/r Anzeiger/in wurde seitens des Sekretariats die Wahrung seiner/ihrer Anonymität zugesichert. Die Identität des/der Anzeiger/in wird folgedessen vorliegend nicht offen gelegt.²⁷ Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass seine/ihre Identität ausgewählten Personen des Sekretariats bekannt ist und vorgängig der Genehmigung der Untersuchungseröffnung und der Hausdurchsuchungen auch dem damaligen Präsidenten der Wettbewerbskommission mitgeteilt wurde.²⁸

A.3.2 Die Untersuchungseröffnung und die Hausdurchsuchungen

19. Gestützt auf die Informationen des/der Anzeiger/in sowie nach weiteren Abklärungen eröffnete das Sekretariat am 8. Juni 2009 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums gleich zwei Untersuchungen gemäss Art. 27 KG – die eine allfällige Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau betreffend (Akten-Nr. 22-0385),

²⁴ Act. [...].

²⁵ Siehe Rz 8 der Gesuche um Entsiegelung vom 21.09.2009 (act. [...]) und Beilage 7 resp. 8 zu diesen Gesuchen act. [...].

²⁶ Rz 12 ff. der Gesuche um Entsiegelung vom 21.09.2009 (act. [...]) und Beilage 7 resp. 8 zu diesen Gesuchen (act. [...]).

²⁷ Siehe zur Zulässigkeit hiervon etwa STEPHAN C. BRUNNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 27 VwVG N 23 f. und 29 f., insbesondere erstes Lemma von N 24 und 30 m.H.

²⁸ Siehe Rz 12 ff. der Gesuche um Entsiegelung vom 21. September 2009 (act. [...]); ferner die Beilage 7 resp. 8 zu diesen Gesuchen, namentlich die Bestätigung des Eingangs der Anzeige (act. [...]).

die andere (die vorliegende) solche im Kanton Zürich (Akten-Nr. 22-0384).²⁹ Die den Kanton Zürich betreffende Untersuchung wurde dabei – in alphabetischer Reihenfolge – gegen folgende Gesellschaften eröffnet:

- Egli Bau AG, Zürich (nachfolgend Egli);
- Flexbelag-Bau AG Zürich, Zürich (nachfolgend Flexbelag);
- Hüppi AG, Wallisellen (nachfolgend Hüppi);
- Marti AG, Bauunternehmung, Zürich (nachfolgend Marti);
- StraBAG Strassenbau und Beton AG, Zürich (nachfolgend Strabag);³⁰
- Tibau AG, Zürich (nachfolgend Tibau);
- VAGO Zürich, Zürich (nachfolgend Kibag);³¹
- Walo Bertschinger AG, Zürich (nachfolgend Walo).

20. Die Eröffnung der Untersuchung gab das Sekretariat – freilich erst nach Vornahme der Hausdurchsuchungen³² – mittels amtlicher Publikation am 13. Juli 2009 im Schweizerischen Handelsamtsblatt³³ und am 14. Juli 2009 im Bundesblatt³⁴ bekannt. Innert der 30-tägigen Frist zur Anmeldung einer Verfahrensbeteiligung beehrte einerseits der Schweizerische Baumeisterverband eine Beteiligung gestützt auf Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG³⁵, andererseits eine Baugesellschaft eine solche gestützt auf Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG³⁶. Nach vorläufiger Prüfung beantwortete das Sekretariat beide Anmeldungen dahingehend, dass grundsätzlich eine Verfahrensbeteiligung als Dritte ohne Parteistellung möglich sei, nicht aber eine solche als Dritte mit Parteistellung.³⁷ Der Baumeisterverband informierte das Sekretariat alsdann darüber, mit den betroffenen Unternehmen einen Austausch gehabt zu haben, anlässlich welchem er erfahren habe, dass sich deren Erwartungen an den Verband auf politische Themen beschränkten.³⁸ Dieses Schreiben versteht das Sekretariat als Rückzug der Anmeldung einer Verfahrensbeteiligung durch den Baumeisterverband, weshalb er nicht (mehr) als beteiligter Dritter ohne Parteistellung zu betrachten ist. Betreffend der vorerwähnten Baugesellschaft ist festzustellen, dass diese einzig bezüglich eines spezifischen Bauprojekts eine Verfahrensbeteiligung beantragte.³⁹ Das von der Baugesellschaft genannte Bauprojekt ist nun aber nicht eines, welches nachfolgend näher betrachtet würde oder bezüglich welchem gar ein kartellrechtswidriges Verhalten hätte bewiesen werden können.⁴⁰ Eine Verfahrensbeteiligung bezüglich einem der hiernach untersuchten Bauprojekte meldete diese

²⁹ Vgl. auch die Pressemitteilung des Sekretariats vom 10. Juni 2009, abrufbar unter <www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=27366> (11.06.2013).

³⁰ Die StraBAG Strassenbau und Beton AG fusionierte nach Untersuchungseröffnung mit der STRABAG AG (und zwei weiteren Unternehmen) und firmiert nunmehr als STRABAG AG.

³¹ Die VAGO Zürich, Zweigniederlassung der Kibag Strassen- und Tiefbau, firmiert seit 21.12.2010 als KIBAG Bauleistungen AG. Sie ist eine Zweigniederlassung der Kibag Strassen- und Tiefbau, welche ebenfalls seit dem 21.12.2010 die Firma KIBAG Bauleistungen AG führt. Aufgrund der rechtlichen Unselbstständigkeit von Zweigniederlassungen richtet sich die vorliegende Untersuchung gegen die KIBAG Bauleistungen AG (vormals Kibag Strassen- und Tiefbau).

³² Siehe dazu die nachfolgende Rz.

³³ Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB) vom 13.07.2009, Nr. 132 57 f.

³⁴ BBI 2009 5173.

³⁵ Act. [...].

³⁶ Act. [...].

³⁷ Act. [...].

³⁸ Act. [...].

³⁹ Siehe den Betreff des Schreibens, ferner auch dessen einzelprojektbezogenen Inhalt (act. [...]).

⁴⁰ Siehe die Ausführungen unter Rz 201 ff. e contrario.

Baugesellschaft nicht an. Deshalb handelt es sich bei ihr letztlich ebenfalls nicht um eine beteiligte Dritte ohne Parteistellung. In diesem Zusammenhang zu erwähnen ist schliesslich, dass sich im Nachgang zu einer Pressemitteilung bezüglich der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ vom 12. Januar 2012 eine weitere privatrechtliche Gesellschaft meldete und ihr Interesse an den Ergebnissen vorliegender Untersuchung bekundete.⁴¹ Um eine beteiligte Dritte ohne Parteistellung handelt es sich bei dieser Gesellschaft mangels unmittelbarer Betroffenheit⁴² hinsichtlich eines der hiernach untersuchten Bauprojekte ebenfalls nicht.

21. Am 9. Juni 2009 nahm das Sekretariat in einer koordinierten Aktion mit der Polizei und IT-Spezialisten gleichzeitig im Kanton Aargau und im Kanton Zürich bei insgesamt 10 Bauunternehmen Hausdurchsuchungen vor. Soweit die den Kanton Zürich betreffende Untersuchung angehend erfolgte eine solche bei fünf Gesellschaften (Egli, Flexbelag, Hüppi, Strabag und Walo). Die betroffenen Gesellschaften wurden zu Beginn der Hausdurchsuchungen über ihre Rechte inklusive der Möglichkeit einer Selbstanzeige und deren Bedeutung aufgeklärt, und sie erhielten je eine Kopie der Untersuchungseröffnung sowie des Durchsuchungsbefehls.⁴³ Bei den drei weiteren Gesellschaften, gegen welche die den Kanton Zürich betreffende Untersuchung eröffnet wurde (Marti, Tibau und Kibag), wurden keine Hausdurchsuchungen vorgenommen. Diesen Gesellschaften wurde aber je von einem Vertreter/einer Vertreterin des Sekretariats ein Schreiben über die Eröffnung der Untersuchung sowie ein Dokument zu den Bestimmungen über die Bonusregelung überbracht.⁴⁴

22. An den Hausdurchsuchungen, welche alle gleichentags abgeschlossen werden konnten, wurden unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen Papierdokumente gemäss den entsprechenden Protokollen beschlagnahmt sowie elektronische Daten gespiegelt.⁴⁵

A.3.3 Die Einsprachen gegen die Durchsuchung und die Entsiegelungsverfahren

23. Zwei der fünf im Kanton Zürich durchsuchten Gesellschaften, namentlich Egli und Walo, erhoben Einsprache gegen die Durchsuchung spezifischer Papierdokumente und/oder elektronischer Daten⁴⁶, weshalb die entsprechenden Papierdokumente resp. logischen Kopien versiegelt wurden. Auf Nachfrage des Sekretariats hin hielten diese beiden Gesellschaften an ihrer Einsprache fest.⁴⁷ Das Sekretariat reichte folgedessen am 21. September 2009 bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts je ein Gesuch um Entsiegelung ein⁴⁸, zu welchem die jeweils betroffene Gesellschaft Stellung nahm⁴⁹.

24. Mit einer der beiden Gesellschaften, namentlich Egli, konnte in der Folge – auf Anregung der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts hin – eine einvernehmliche Lösung gefunden werden. Die Gesellschaft zog alsdann ihre Einsprache gegen die Durchsu-

⁴¹ Act. [...].

⁴² Dies zur Verhinderung einer unerwünschten Populärbeteiligung als Voraussetzung nennend STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 43 KG N 13 m.w.H.

⁴³ Act. [...].

⁴⁴ Act. [...].

⁴⁵ Siehe act. [...].

⁴⁶ Siehe act. [...].

⁴⁷ Siehe act. [...].

⁴⁸ Act. [...].

⁴⁹ Act. [...].

chung zurück⁵⁰, woraufhin die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts dieses Verfahren am 17. November 2009 als gegenstandslos geworden abschreiben konnte⁵¹.

25. Die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts hiess am 14. Januar 2010 das verbleibende Gesuch um Entsiegelung gut.⁵² Die 30-tägige Rechtsmittelfrist liess die diesbezüglich unterlegene Gesellschaft, Walo, unbenutzt verstreichen.⁵³

26. In Abwesenheit der vor Bundesstrafgericht unterlegenen Gesellschaft – diese verzichtete auf eine diesbezügliche Teilnahme⁵⁴ – entsiegelte und triagierte das Sekretariat die entsprechenden Papierdokumente und gespiegelten elektronischen Daten. Nach Einsichtnahme⁵⁵ durch die betroffene Gesellschaft in diejenigen Unterlagen, deren Beschlagnahme das Sekretariat beabsichtigte, sowie dessen Stellungnahme hierzu⁵⁶, beschlagnahmte das Sekretariat diese Unterlagen teilweise⁵⁷. Die betroffene Gesellschaft ergriff dagegen kein Rechtsmittel, sondern liess die 30-tägige Rechtsmittelfrist unbenutzt verstreichen⁵⁸.

A.3.4 Der weitere Gang der Untersuchung

27. Das Sekretariat nahm eine eingehende Sichtung der beschlagnahmten Papierdokumente sowie eine ebensolche Auswertung der elektronischen Daten vor. Die betroffenen Gesellschaften wurden dabei vorgängig über ihre Möglichkeit informiert, diesem Vorgang beizuwohnen.⁵⁹ Vier der fünf betroffenen Gesellschaften verzichteten gänzlich hierauf, eine teilweise.⁶⁰

28. Das Sekretariat forderte bei verschiedenen Bauherren der öffentlichen Hand Offertöffnungsprotokolle entweder aus einer bestimmten Zeitperiode oder hinsichtlich spezifischer Projekte ein.⁶¹ Soweit existierend⁶², wurden diese ausnahmslos – zumeist ausgesprochen rasch, zuweilen aber auch mit Verspätung⁶³ – eingereicht.⁶⁴

29. Das Sekretariat unterbreitete die von ihm aufgrund der Sichtung bzw. Auswertung als zu diesem Zeitpunkt fall- und beweisrelevant erachteten Dokumente den betroffenen Gesellschaften zur Stellungnahme. Abhängig von Art und Inhalt der Dokumente erfolgte dies in Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips in unterschiedlicher, nachfolgend beschriebener Weise:

⁵⁰ Act. [...].

⁵¹ Act. [...].

⁵² Act. [...]. Urteil des BStGer, RPW 2010/1, 226 ff., *WEKO, Sekretariat/A. AG – Entsiegelung*.

⁵³ Siehe act. [...].

⁵⁴ Siehe dazu act. [...].

⁵⁵ Vgl. act. [...].

⁵⁶ Siehe act. [...].

⁵⁷ Act. [...].

⁵⁸ Act. [...].

⁵⁹ Act. [...].

⁶⁰ Vgl. act. [...].

⁶¹ Act. [...].

⁶² Siehe etwa act. [...] für Fälle, in welchen kein Offertöffnungsprotokoll existierte.

⁶³ Siehe etwa act. [...].

⁶⁴ Act. [...].

30. Egli nahm im Rahmen einer informellen Befragung von [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von] Egli, zu den fraglichen Dokumenten Stellung.⁶⁵

31. Flexbelag wurden vom Sekretariat zunächst Kopien der fraglichen Dokumente zugestellt, verbunden mit der Aufforderung, zu diesen in formeller Hinsicht schriftlich Stellung zu nehmen.⁶⁶ Da Flexbelag keine formellen Anmerkungen anzubringen hatte, verzichtete sie auf die Einreichung einer solchen Stellungnahme.⁶⁷ An einem Parteiverhör von Flexbelag befragte das Sekretariat alsdann [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von] Flexbelag, in materieller Hinsicht zu den Dokumenten.⁶⁸ Die Partei überreichte dem Sekretariat anlässlich des Parteiverhörs weitere Dokumente.⁶⁹

32. Hüppi wurden vom Sekretariat zunächst Kopien der fraglichen Dokumente zugestellt, verbunden mit der Aufforderung, zu diesen in formeller Hinsicht schriftlich Stellung zu nehmen.⁷⁰ Hüppi reichte innert Frist keine solche Stellungnahme ein. An einem Parteiverhör von Hüppi befragte das Sekretariat alsdann [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von Hüppi], in materieller Hinsicht zu den Dokumenten.⁷¹ Die Partei teilte dem Sekretariat anlässlich des Parteiverhörs sodann mit, dass sie bei zweiter Durchsicht bemerkt habe, dass doch einige der zugestellten Dokumente Geschäftsgeheimnisse enthielten.⁷² Die Geheimnisbereinigung der Dokumente erfolgte im Nachgang zum Parteiverhör gleichzeitig mit der Protokollbereinigung.

33. Strabag wurden vom Sekretariat Kopien der fraglichen Dokumente zugestellt, verbunden mit der Aufforderung, zu diesen in formeller Hinsicht und zu einem dieser Dokumente zudem in materieller Hinsicht schriftlich Stellung zu nehmen.⁷³ In formeller Hinsicht nahm Strabag fristgerecht Stellung.⁷⁴ Zur Vermeidung von Missverständnissen und zur Vereinfachung erwarteter Rückfragen bat Strabag darum, die materiellen Erörterungen mündlich anbringen zu können. Das Sekretariat war hiermit einverstanden, weshalb ein Parteiverhör mit Strabag stattfand, anlässlich welchem das Sekretariat [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von] Strabag, sowie [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von Strabag], in materieller Hinsicht zu diesem einen sowie zu den übrigen Dokumenten befragte.⁷⁵ Die Partei überreichte dem Sekretariat anlässlich des Parteiverhörs weitere Dokumente.⁷⁶

34. Walo wurden vom Sekretariat Kopien der fraglichen Dokumente zugestellt, verbunden mit der Aufforderung, zu diesen in formeller Hinsicht schriftlich Stellung zu nehmen.⁷⁷ In formeller Hinsicht nahm Walo fristgerecht Stellung.⁷⁸ An einem Parteiverhör mit Walo befragte das Sekretariat [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von] Walo, in materieller Hinsicht zu den Dokumenten.⁷⁹ Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von Walo] nur, aber immerhin, eine Protokollversion mit

⁶⁵ Act. [...].

⁶⁶ Act. [...] (siehe zur Vorgehensweise, welche zunächst vorgesehen war, act. [...]).

⁶⁷ Vgl. Seite 2 des Protokolls des Parteiverhörs; act. [...].

⁶⁸ Das unterzeichnete Protokoll des Parteiverhörs findet sich in act. [...].

⁶⁹ Act. [...].

⁷⁰ Act. [...] (siehe zur Vorgehensweise, welche zunächst vorgesehen war, act. [...]).

⁷¹ Das unterzeichnete Protokoll des Parteiverhörs findet sich in act. [...].

⁷² Vgl. Seite 2 des Protokolls des Parteiverhörs; act. [...].

⁷³ Act. [...].

⁷⁴ Act. [...].

⁷⁵ Das unterzeichnete Protokoll des Parteiverhörs findet sich in act. [...].

⁷⁶ Act. [...].

⁷⁷ Act. [...] (siehe zur Vorgehensweise, welche zunächst vorgesehen war, act. [...]).

⁷⁸ Act. [...].

⁷⁹ Das definitive, seitens des Sekretariats unterzeichnete Protokoll findet sich in act. [...].

Änderungen, an denen er trotz Ablehnung durch das Sekretariat festhielt, unterzeichnete.⁸⁰ Die Verweigerung der Unterzeichnung des definitiven, seitens des Sekretariats unterzeichneten Protokolls wurde in diesem unter Hinweis auf das Schreiben, in welchem die Gründe für die Unterschriftsverweigerung festgehalten sind⁸¹, vermerkt.⁸²

35. Im Nachgang der Parteiverhöre – im Rahmen der Bereinigung der entsprechenden Protokolle – erbat das Sekretariat von den Befragten die Abklärung der Existenz bestimmter weiterer Unterlagen sowie gegebenenfalls deren Einreichung.⁸³ Soweit die Unterlagen noch vorhanden waren,⁸⁴ kamen die Gesellschaften dem nach und reichten die fraglichen Unterlagen ein⁸⁵.

36. Allen Gesellschaften, gegen welche die vorliegende Untersuchung eröffnet wurde, sandte das Sekretariat einen Fragebogen zu ihrer Unternehmensstruktur zu,⁸⁶ den alle – zuweilen innert erstreckter Frist – beantworteten⁸⁷. Ferner beantwortete die Keller-Frei AG (gegen die die vorliegende Untersuchung zu diesem Zeitpunkt noch nicht eröffnet war) den entsprechenden Fragebogen aus ihrer Sicht und teilte dem Sekretariat gleichzeitig mit, wer ihre Rechtsvertreter seien.⁸⁸

37. Mit E-Mail bzw. Schreiben vom 31. Januar resp. 1. Februar 2011 leitete das Sekretariat eine umfassende Bereinigung der Akten von Amts- und Geschäftsgeheimnissen ein, welche unter anderem die diversen von den Bauherren einverlangten Dokumente sowie im Zusammenhang mit den Hausdurchsuchungen erstellte Dokumente betraf.⁸⁹ Die Geschäftsgeheimnisbereinigung der Protokolle der Parteiverhöre sowie der aus den Hausdurchsuchungen stammenden, vom Sekretariat als fall- und beweisrelevant erachteten Dokumente lief zu diesem Zeitpunkt bereits.⁹⁰ Die diesbezügliche Korrespondenz mit den Parteien fand in der zweiten Aprilhälfte 2011 ihr Ende,⁹¹ im Anschluss daran konnten die Akten physisch bereinigt werden.

38. Mit Schreiben vom 16. Mai 2011 stellte das Sekretariat allen Parteien ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu und teilte ihnen gleichzeitig mit, dass nunmehr Einsicht in die bereinigten Akten genommen werden könne.⁹² Von der Möglichkeit einer persönlichen Akteneinsichtnahme vor Ort machten in der Folge Walo am 24. Mai 2011⁹³, Kibag am 25. Mai 2011⁹⁴, Flexbelag am 31. Mai 2011⁹⁵ sowie Marti – nach Terminverschiebung⁹⁶ – am 30. Juni

⁸⁰ Act. [...]. Siehe ferner hinsichtlich der vorangegangenen Korrespondenz act. [...].

⁸¹ Act. [...].

⁸² Siehe act. [...]. Zur Zulässigkeit dieser Vorgehensweise siehe etwa SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 42 KG N 23.

⁸³ Siehe act. [...].

⁸⁴ Siehe act. [...] bezüglich der Verneinung des Vorhandenseins der fraglichen Unterlagen durch Flexbelag resp. Hüppi.

⁸⁵ Siehe act. [...].

⁸⁶ Act. [...].

⁸⁷ Act. [...].

⁸⁸ Act. [...].

⁸⁹ Siehe act. [...].

⁹⁰ Siehe nur etwa act. [...].

⁹¹ Zuletzt act. [...].

⁹² Act. [...].

⁹³ Act. [...].

⁹⁴ Act. [...].

⁹⁵ Act. [...].

⁹⁶ Siehe act. [...].

2011⁹⁷ Gebrauch. Hüppi und Tibau wurden wunschgemäss Kopien einzelner Aktenstücke zugestellt.⁹⁸ Egli erklärte, vorerst noch nicht Einsicht in die Akten nehmen zu wollen.⁹⁹ Seitens Strabag erfolgte keine Reaktion auf das Schreiben des Sekretariats vom 16. Mai 2011.

A.3.5 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG

39. Anlässlich der Hausdurchsuchung vom 9. Juni 2009 in der den „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ betreffenden Untersuchung (Akten-Nr. 22-0385) beantragte die durchsuchte Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, Döttingen (nachfolgend Birchmeier), zunächst telefonisch sowie mit umgehender schriftlicher Bestätigung per Fax die Teilnahme am Bonusprogramm und erklärte ihre Bereitschaft zur Kooperation.¹⁰⁰ Sie machte eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG¹⁰¹. In der Folge reichte sie bei ihr noch auffindbares Beweismaterial ein und machte Ausführungen dazu. Einige der von ihr genannten Projekte sind dabei im Kanton Zürich gelegen.

40. Mit Fax vom 31. Mai 2011 bekräftigte Birchmeier ausdrücklich, dass ihre Selbstanzeige sowie ihr Wille zur Kooperation selbstverständlich auch für die vorliegende Untersuchung 22-0384 betreffend den Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich gelte.¹⁰² Mit Schreiben vom 6. und 10. Juni 2011 reichte sie daraufhin eine spezifische Beschreibung der im Kanton Zürich gelegenen Projekte sowie dazugehörige Beweismittel ein.¹⁰³ Am 20. Juni 2011 ergänzte sie, aussagend durch [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von Birchmeier] diese Angaben mündlich in den Räumlichkeiten des Sekretariats und beantwortete dabei auch mit ihren Angaben zusammenhängende Fragen des Sekretariats.¹⁰⁴

A.3.6 Ausdehnung der Untersuchung und deren weiterer Verlauf

41. Am 7. Juni 2011 dehnte das Sekretariat die Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums – in alphabetischer Reihenfolge – auf folgende Unternehmen aus:

- Birchmeier;
- Brunner Erben AG, Zürich (nachfolgend Brunner);¹⁰⁵
- Chr. Müller + Co AG, Zürich (nachfolgend Müller);
- Hagedorn AG, Meilen (nachfolgend Hagedorn);
- Keller-Frei AG, Wallisellen (nachfolgend Keller-Frei);
- Kern Strassenbau AG, Bülach (nachfolgend Kern);
- Richard Schiess AG, Regensdorf (nachfolgend Schiess);¹⁰⁶

⁹⁷ Act. [...].

⁹⁸ Act. [...].

⁹⁹ Act. [...].

¹⁰⁰ Siehe zusammenfassend act. [...]. Siehe ferner RPW 2012/2, 277 Rz 28 und 415 Rz 1152, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

¹⁰¹ Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

¹⁰² Act. [...].

¹⁰³ Act. [...].

¹⁰⁴ Beim Protokoll der mündlichen Ergänzung handelt es sich um act. [...].

¹⁰⁵ Zu erwähnen ist, dass Brunner mit der Maurer + Hösli AG fusionierte (vgl. dazu auch Rz 84).

- Toller & Loher AG, Meilen (nachfolgend Toller).

42. Die Ausdehnung der Untersuchung wurde den davon betroffenen Gesellschaften zusammen mit einem Fragebogen zu ihrer Unternehmensstruktur (den alle – zuweilen innert erstreckter Frist – beantworteten)¹⁰⁷ mitgeteilt.¹⁰⁸ Die bisherigen Verfahrensparteien informierte das Sekretariat über die Ausdehnung und setzte ihnen gleichzeitig Frist, sich dazu zu äussern, ob die im Verhältnis zu den bisherigen Parteien erfolgte Bereinigung der Akten¹⁰⁹ auch gegenüber den neuen Parteien Gültigkeit habe¹¹⁰, was keine der bisherigen Parteien in Abrede stellte. Ebenso wie bereits die Eröffnung¹¹¹ wurde auch die Ausdehnung amtlich publiziert.¹¹² Innert der 30-tägigen Frist nach Ausdehnung meldeten sich keine Dritten, die sich an der Untersuchung beteiligen wollten.

43. An 13 der 16 Untersuchungsadressaten¹¹³ sandte das Sekretariat am 15. August 2011 je einen individualisierten Fragebogen.¹¹⁴ Dieser wurde von allen Befragten – zuweilen innert erstreckter Frist – beantwortet.¹¹⁵

44. Fünf Tiefbaugesellschaften, die nicht Parteien der vorliegenden Untersuchung sind, sandte das Sekretariat am 16. August 2011 je einen individualisierten Fragebogen zu.¹¹⁶ Auch dieser wurde von allen – zuweilen innert erstreckter Frist – beantwortet.¹¹⁷

45. Am 11. Oktober 2011 fand ein Parteiverhör mit Keller-Frei statt. Das Sekretariat befragte dabei [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von Keller-Frei], zu diversen Projekten und Dokumenten.¹¹⁸ Die Partei überreichte dem Sekretariat anlässlich des Parteiverhörs weitere Dokumente.¹¹⁹ Hinsichtlich eines Projekts, welches Gegenstand des Parteiverhörs war, stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 11. November 2011 schriftliche Folgefragen, und zwar einerseits an [...], andererseits an [...], und verlangte die Einreichung diesbezüglicher Unterlagen.¹²⁰ Beide Parteien kamen dieser Aufforderung fristgerecht nach¹²¹, anschliessend erfolgte die Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse in diesen Dokumenten.¹²²

46. Am 24. Mai 2012 dehnte das Sekretariat die Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums auf fünf weitere Unternehmen aus, namentlich auf Aktiengesellschaft Cellere, St. Gallen, Brebau Holding AG, Wallisellen, Brunner Erben Holding AG,

¹⁰⁶ Zu erwähnen ist, dass Schiess im April 2013 mit der Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, fusionierte und alsdann gelöscht wurde (vgl. dazu auch Rz 84). In der Verfügung ist gleichwohl von Schiess die Sprache, da während des gesamten Verfahrens bis unmittelbar vor dem Entscheid der WEKO diese Gesellschaft noch existierte.

¹⁰⁷ Act. [...].

¹⁰⁸ Act. [...].

¹⁰⁹ Dazu Rz 37.

¹¹⁰ Act. [...].

¹¹¹ Rz 20.

¹¹² SHAB vom 21.6.2011, Nr. 118 39; BBl 2011 4711.

¹¹³ Kein Fragebogen ging an Birchmeier, Marti und Keller-Frei, wobei mit Letzterer stattdessen ein Parteiverhör durchgeführt wurde (siehe Rz 45).

¹¹⁴ Act. [...].

¹¹⁵ Act. [...].

¹¹⁶ Act. [...].

¹¹⁷ Act. [...].

¹¹⁸ Das Protokoll findet sich in act. [...].

¹¹⁹ Act. [...].

¹²⁰ Act. [...].

¹²¹ Act. [...].

¹²² Siehe act. [...].

Opfikon, Gewerbezentrum Unterfeld AG, Döttingen, und Walo Bertschinger Holding AG, Zürich.¹²³ Bei diesen handelt es sich allesamt um Konzernmuttergesellschaft von Baugesellschaften, die zu diesem Zeitpunkt bereits Parteien des vorliegenden Verfahrens waren, namentlich Schiess, Egli, Brunner, Birchmeier sowie Walo. Die bisherigen Verfahrensparteien wurden mit Schreiben vom selben Tag über diese Ausdehnung informiert.¹²⁴ Auf eine amtliche Publikation dieser Ausdehnung wurde hingegen verzichtet, da sie bloss aus formellen Gründen erfolgte und mit den bisherigen Publikationen deren Zweck bereits erfüllt war.

47. Während dem gesamten weiteren Verlauf der Untersuchung wurden die Parteien¹²⁵ auf Wunsch jeweils mit einem aktualisierten Aktenverzeichnis bedient.¹²⁶ Mehrere Parteien nahmen während dem weiteren Verfahrensgang Einsicht in die zum Zeitpunkt der jeweiligen Akteneinsichtnahme bereits von Amts- und Geschäftsgeheimnissen bereinigten Akten¹²⁷ oder liessen sich einzelne Aktenstücke zustellen¹²⁸. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die vom Sekretariat auf Antrag der Selbstanzeigerin vorgenommene Einschränkung der Möglichkeit zur Akteneinsichtnahme in die Selbstanzeige: Die Selbstanzeige sowie die dazugehörigen Dokumente – es handelt sich um insgesamt vier Aktenstücke¹²⁹ – konnten einzig vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats eingesehen werden, und zwar *ohne* Kopier-, Fotografier- oder gleichwertige Reproduktionsmöglichkeit; zulässig war nur, aber immerhin, ein (auszugsweises oder vollständiges) Abschreiben dieser Dokumente oder ein Diktieren deren Inhalts auf Band.¹³⁰

A.3.7 Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien

48. Mit Schreiben vom 19. November 2012 versandte das Sekretariat den Antrag zusammen mit einem aktualisierten Aktenverzeichnis an die Parteien. Es setzte – unter Berücksichtigung der Gerichtsferien – Frist zur Stellungnahme bis zum 7. Januar 2012. Das Sekretariat forderte die Parteien gleichzeitig auf, innert derselben Frist bekanntzugeben, ob sie von der Wettbewerbskommission (WEKO) angehört werden und/oder an den Anhörungen von anderen Parteien anwesend sein möchten.

49. Im Nachgang zum Antragsversand nahmen verschiedene Parteien Einsicht in die Akten¹³¹ oder liessen sich einzelne Aktenstücke zustellen¹³². Bezüglich der Modalitäten der Einsichtnahme in die Akten der Selbstanzeige kann auf vorangehende Ausführungen

¹²³ Act. [...].

¹²⁴ Act. [...].

¹²⁵ Die Bitte eines mittels Fragebogens befragten betroffenen Dritten (ohne Parteistellung) um Zustellung eines Aktenverzeichnisses lehnte das Sekretariat hingegen ab (siehe act. [...]).

¹²⁶ Siehe etwa act. [...].

¹²⁷ So Keller-Frei am 26. Juli 2011 und am 7. September 2011, Flexbelag, Hagedorn, Toller sowie Kern am 27. Juli 2011. In diesem Zusammenhang erwähnenswert ist die Mitteilung von Hüppi vom 19. Oktober 2012, wonach sie ihr Akteneinsichtsrecht ausüben wolle (act. [...]). Nach wunschgemässer Zustellung des aktuellen Aktenverzeichnisses mit Schreiben vom 23. Oktober 2012 (act. [...]) setzte sich Hüppi jedoch nicht wie in ihrem Schreiben angekündigt mit dem Sekretariat zur Vereinbarung eines allfälligen Akteneinsichtstermins in Verbindung und verzichtete damit implizit zu diesem Zeitpunkt doch wieder auf eine Einsichtnahme in die Akten.

¹²⁸ Siehe etwa act. [...].

¹²⁹ Namentlich act. [...].

¹³⁰ Siehe die entsprechende, von den Einsichtnehmenden vorgängig zu unterzeichnende Aufklärungsbestätigung und Einhaltungszusage etwa in act. [...].

¹³¹ Siehe etwa act. [...]. Zu erwähnen in diesem Kontext ist auch die Absage eines vereinbarten Akteneinsichtstermins und der damit verbundene Verzicht auf Einsichtnahme zu diesem Zeitpunkt (vgl. act. [...]).

¹³² Siehe etwa act. [...].

verwiesen werden.¹³³ Anlässlich der Akteneinsichtnahme von Hüppi teilte das Sekretariat ihr schriftlich mit, dass im Antrag ein sie betreffender Rechenfehler vorhanden sei, dessen Korrektur von Amtes wegen das Sekretariat bei der WEKO anregen werde.¹³⁴

50. Während Müller und Marti ausdrücklich auf die Einreichung einer Stellungnahme verzichteten¹³⁵, liessen Brunner, Brunner Erben, Kibag und Strabag die hierfür gesetzte Frist unbenutzt verstreichen. Die übrigen Parteien nahmen innert – teilweise erstreckter Frist – Stellung zum Antrag.¹³⁶ Nachfolgend werden die Kernelemente der Stellungnahmen übersichtshalber kurz dargestellt. Im Einzelnen wird auf die vorgebrachten Punkte – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen. Allerdings ist diesbezüglich bereits hier auf die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung hinzuweisen, wonach das rechtliche Gehör zwar verlangt, dass die Vorbringen der Parteien tatsächlich gehört, geprüft und bei der Entscheidungsfindung auch berücksichtigt werden. Daraus folgt aber nicht, dass im Entscheid resp. der Verfügung eine einlässliche Auseinandersetzung mit allen Parteistandpunkten und eine ausdrückliche Widerlegung jedes einzelnen Vorbringens erforderlich wäre. Vielmehr kann sich der Entscheid resp. die Verfügung gleichwohl – ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs – auf die wesentlichen Punkte beschränken.¹³⁷

A.3.7.1 Birchmeier

51. Birchmeier reicht zwei Stellungnahmen ein. Sie beantragt, es sei 1) auf die Ziffern 1.2 und 1.3 des Dispositivs des Antrags zu verzichten, 2) eine unverhältnismässig negative Darstellung der Selbstanzeigerin zu verhindern, 3) bei der Darstellung und Würdigung des Sachverhalts die Berücksichtigung der besonderen Situation als einzige Selbstanzeigerin sicherzustellen, 4) anstelle des Projekts [...] das Projekt [...] als ausgesuchtes Beispiel darzustellen, 5) ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen oder 6) eventualiter reduzierte Verfahrenskosten von maximal CHF 5'000.-. In der einen Stellungnahme äussert sie sich vertieft zu den Unterlassungsanordnungen, insbesondere zum verletzten Legalitätsprinzips, zur nicht gegebenen Verhältnismässigkeit, zur fehlenden Wiederholungsfahr, zur nicht gegebenen Umsetzbarkeit und zur Benachteiligung gegenüber Nichtverfahrensparteien.¹³⁸ In der anderen Stellungnahme äussert sie sich zu Punkten, die Birchmeier besonders wichtig sind, insbesondere zur unverhältnismässig negativen Darstellung von Birchmeier im Antrag, zur bei der Darstellung zu wenig berücksichtigten besonderen Situation als Selbstanzeigerin, zur Auswahl des ausgesuchten Beispiels und zur Auferlegung von Verfahrenskosten.¹³⁹

A.3.7.2 Egli

52. Egli beantragt sinngemäss eine Untersuchungseinstellung gegenüber ihr und insbesondere eine Nichtauferlegung von Gebühren für das Entsiegelungsverfahren. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme einerseits zum sie betreffenden Projekt (Fall [...]), andererseits zur Auferlegung von Gebühren für das Entsiegelungsverfahren.¹⁴⁰

¹³³ Siehe Rz 47.

¹³⁴ Siehe act. [...].

¹³⁵ Act. [...].

¹³⁶ Act. [...].

¹³⁷ Vgl. dazu statt anderer etwa Urteil des BGer 4A_532/2011 vom 31.1.2012, E. 3.1 m.w.H.

¹³⁸ Act. [...].

¹³⁹ Act. [...].

¹⁴⁰ Act. [...].

A.3.7.3 Flexbelag

53. Flexbelag beantragt, es sei von einer Sanktionierung abzusehen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten (Fälle [...]), zur standardisierten Natur von normalen Strassen- und Belagsarbeiten, zum Einfluss der vergaberechtlichen Vorschriften, zur unterbliebenen Beurteilung, ob die allfälligen Abreden überhaupt zu nicht marktgerechten Preisen führten, da sie der Auslastungsabsicherung und nicht der Preisüberhöhung gedient hätten, zur Sanktionsbemessung sowie zur Kostenverteilung.¹⁴¹

A.3.7.4 Hagedorn

54. Hagedorn beantragt, es sei von einer Sanktionierung abzusehen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten (Fälle [...]), zur standardisierten Natur von normalen Strassen- und Belagsarbeiten, zum Einfluss der vergaberechtlichen Vorschriften, zur unterbliebenen Beurteilung, ob die allfälligen Abreden überhaupt zu nicht marktgerechten Preisen führten, da sie der Auslastungsabsicherung und nicht der Preisüberhöhung gedient hätten, und zur Sanktionsbemessung. Zudem reicht sie ihre Preislisten 2008 und 2013 ein.¹⁴²

A.3.7.5 Hüppi

55. Hüppi beantragt, es sei 1) die Untersuchung gegenüber ihr einzustellen, 2) in einer Medienmitteilung die vollumfängliche Entlastung der Hüppi vom Verdacht auf Teilnahme an wettbewerbsbeschränkenden Abreden im Bereich des Strassen- und Tiefbaus im Kanton Zürich bekanntzumachen, 3) keine Sanktion gegen sie auszusprechen und 4) eventualiter sei ihr vollumfängliche Akteneinsicht zu gewähren und die Frist zur Stellungnahme einstweilen abzunehmen und nach rechtskräftigem Entscheid über die Akteneinsicht neu zu eröffnen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten (Fälle [...]), zum Einfluss der vergaberechtlichen Vorschriften, zur einseitigen Beweismässigkeit und insbesondere zum Beweiswert der Angaben der Selbstanzeigerin, zur ungenügenden Beweislage, zum Bestehen von Aussenwettbewerb, zur Vorwerfbarkeit, zur fehlenden Sanktionierbarkeit mangels Umsatzes auf den relevanten Märkten in den letzten drei Jahren, zur Sanktionsbemessung, zur Unzulässigkeit von Praxisänderungen im Vergleich zur Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, zur unterbliebenen Berücksichtigung von Compliance-Anstrengungen, zur Sanktionsbefreiung der Selbstanzeigerin, zu den Unterlassungsanordnungen sowie zur Verweigerung des Akteneinsichtsrechts.

56. In beweismässiger Hinsicht beantragt Hüppi

- bezüglich der Fehlerhaftigkeit der „Absprachenliste“ den Beizug der Akten der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“,
- bezüglich der Einreichung ihres internen Schreibens an alle Filialleiter den Beizug ihrer Stellungnahme in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“,
- betreffend Fall [...] den Beizug der Akten der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, insbesondere von act. [...],
- betreffend Fall [...] den Beizug von act. [...] aus der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ und
- betreffend Fall [...] die Einholung einer Auskunft beim [...] sowie beim [...].

¹⁴¹ Act. [...].

¹⁴² Act. [...].

57. Zudem reicht Hüppi zwei Bestätigungen von ehemaligen Mitarbeitern und eine Bestätigung der Revisionsstelle von Hüppi, allesamt vom 5. Februar 2013, sowie ein internes Schreiben an alle Filialleiter vom 25. April 2006 ein.¹⁴³

A.3.7.6 Keller-Frei

58. Keller-Frei beantragt, es seien 1) die Ziffern 1, 1.1., 1.2. (ohne lit. a und b), 1.3., 2., 2.9., 3., 5., 5.9 des Dispositivs des Antrags aufzuheben und das Verfahren gegenüber ihr ohne Folgen einzustellen, 2) eventualiter die Ziffern 2. und 2.9. des Dispositivs des Antrags aufzuheben, 3) subeventualiter 1 Ziffer 2.9 des Dispositivs des Antrags anzupassen und die Sanktion zu reduzieren, und 4) subeventualiter 2 der Antrag zur Überarbeitung zurückzuweisen und zusätzliche Untersuchungsmaßnahmen durchzuführen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten (Fälle [...]), zur einseitigen Beweiswürdigung, zum nicht erreichten Beweismass, zur Marktabgrenzung, zur nicht erheblichen und nicht nachgewiesenen preiserhöhenden Auswirkung allfälliger Abreden, zur Vorwerfbarkeit, zur Sanktionsbemessung sowie zur Kostenverteilung.¹⁴⁴

A.3.7.7 Kern

59. Kern beantragt, es sei von einer Sanktionierung abzusehen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten (Fälle [...]), zur standardisierten Natur von normalen Strassen- und Belagsarbeiten, zum Einfluss der vergaberechtlichen Vorschriften, zur unterbliebenen Beurteilung, ob die allfälligen Abreden überhaupt zu nicht marktgerechten Preisen führten, da sie der Auslastungsabsicherung und nicht der Preisüberhöhung gedient hätten, und zur Sanktionsbemessung.¹⁴⁵

A.3.7.8 Schiess

60. Schiess beantragt, das Verfahren sei gegenüber ihr (und ihrer Muttergesellschaft) unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staats einzustellen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten ([Fälle ...]), zum nicht erreichten Beweismass, zum zweifelhaften Beweiswert der „Absprachenliste“, zum nicht erbrachten Beweis von abgesprochenen Stützofferten durch Schiess, zur Zulässigkeit der Abgabe von Offerten mit hohen Preisen resp. dem Verzicht auf eine Offerteingabe, zur Verjährung und zur Sanktionsbemessung.¹⁴⁶

A.3.7.9 Tibau

61. Tibau beantragt sinngemäss eine Reduktion ihres Sanktionsbetrags. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme einerseits zur einseitigen Beweiswürdigung, andererseits vertieft zur Sanktionsbemessung, insbesondere zur Verletzung des Legalitätsprinzips, und zu den Kosten.¹⁴⁷

A.3.7.10 Toller

62. Toller beantragt, es sei von einer Sanktionierung abzusehen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten (Fälle [...]), zur standardisierten

¹⁴³ Act. [...].

¹⁴⁴ Act. [...].

¹⁴⁵ Act. [...].

¹⁴⁶ Act. [...].

¹⁴⁷ Act. [...].

Natur von normalen Strassen- und Belagsarbeiten, zum Einfluss der vergaberechtlichen Vorschriften, zur unterbliebenen Beurteilung, ob die allfälligen Abreden überhaupt zu nicht marktgerechten Preisen führten, da sie der Auslastungsabsicherung und nicht der Preisüberhöhung gedient hätten, und zur Sanktionsbemessung.¹⁴⁸

A.3.7.11 Walo

63. Walo beantragt, das Verfahren sei gegenüber ihr [...] unter Kostenfolge zu Lasten des Staats einzustellen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten (Fälle [...]), zur Qualifikation der [...] als materieller Verfügungsadressatin, zum Beweismass, zum Beweiswert der Angaben der Selbstanzeigerin, zur einseitigen Beweiswürdigung, zur ungenügenden Beweislage, zur gesetzlich erforderlichen, in casu aber fehlenden Wettbewerbsbeeinträchtigung, zur Vorwerfbarkeit, zur Unzulässigkeit von Praxisänderungen im Vergleich zur Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, zur Sanktionsbemessung und -berechnung, zu den Unterlassungsanordnungen und zur Kostenausscheidung bezüglich dem Entsiegelungsverfahren.

A.3.8 Verfahren vor der WEKO

64. Mit Ausnahme von Birchmeier verzichteten allen Parteien darauf, von der WEKO (freiwillig) angehört zu werden.¹⁴⁹ Hüppi teilte mit, an der Anhörung anderer Parteien anwesend sein zu wollen.¹⁵⁰ Die übrigen Parteien verzichteten auf eine Anwesenheit; dies allerdings teilweise unter dem Vorbehalt, dass ihnen nach der Anhörung das Protokoll zugestellt wird, was ihnen seitens des Sekretariats zugesichert wurde¹⁵¹. Gleichzeitig mit der Mitteilung der voraussichtlichen Daten für die Anhörung stellte das Sekretariat den Parteien ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu.¹⁵² In der Folge wurden mehrere Parteien wunschgemäss mit Kopien der Stellungnahmen der übrigen Parteien bedient.¹⁵³

65. Das Präsidium der WEKO ordnete die Abnahme weiterer Beweise durch das Sekretariat an, wobei diese Beweise spezifische Fälle beschlagen, namentlich die Fälle [...] ¹⁵⁴, [...] ¹⁵⁵, [...] ¹⁵⁶, [...] ¹⁵⁷, [...] ¹⁵⁸, [...] ¹⁵⁹ und [...] ¹⁶⁰. Jeweils umgehend nach Eingang der eingeforderten Beweismittel stellte das Sekretariat Kopien davon denjenigen Parteien zu, die von diesen Fällen betroffen sind.¹⁶¹ Die Anordnung der Abnahme weiterer Beweise erfolgte unter anderem im Hinblick darauf, dass sich die WEKO eine andere (rechtliche) Würdigung der Fälle [...] vorbehielt, was den von diesen Fällen betroffenen Parteien mitgeteilt und in einem zweiten Schritt sodann genauer spezifiziert wurde.¹⁶² Das Sekretariat stellte den von

¹⁴⁸ Act. [...].

¹⁴⁹ Hagedorn, Kern und Toller erklärten zunächst, von der WEKO angehört werden zu wollen (siehe act. [...]), verzichteten dann aber doch auf eine Anhörung (siehe act. [...]).

¹⁵⁰ Act. [...].

¹⁵¹ Siehe dazu auch unten Rz. 66.

¹⁵² Act. [...].

¹⁵³ Siehe act. [...].

¹⁵⁴ Korrespondenz resp. eingegangene Beweismittel act. [...].

¹⁵⁵ Korrespondenz resp. eingegangene Beweismittel act. [...].

¹⁵⁶ Korrespondenz resp. eingegangene Beweismittel act. [...].

¹⁵⁷ Korrespondenz resp. eingegangene Beweismittel act. [...].

¹⁵⁸ Korrespondenz resp. eingegangene Beweismittel act. [...].

¹⁵⁹ Korrespondenz resp. eingegangene Beweismittel act. [...].

¹⁶⁰ Korrespondenz resp. eingegangene Beweismittel act. [...].

¹⁶¹ [...]

¹⁶² Vgl. act. [...].

den Fällen [...] betroffenen Parteien dabei bereits mit Schreiben vom 14. März 2013 in Aussicht, dass ihnen nach Zusendung des letzten erhobenen Beweismittels (Protokoll eines Parteiverhörs, siehe dazu sogleich nachfolgend) eine Frist von maximal 10 Tagen zur schriftlichen Stellungnahme dazu gesetzt werden würde.¹⁶³ Gegen die in Aussicht gestellte Dauer dieser Frist wandte sich Hüppi mit Schreiben vom 22. März 2013.¹⁶⁴

66. Zudem beschloss das Präsidium der WEKO, zwei Parteien durch die WEKO anzuhören,¹⁶⁵ also Parteiverhöre durchzuführen, sowie einen Zeugen einzuvernehmen¹⁶⁶. Die beiden Parteien sowie der Zeuge wurden entsprechend vorgeladen.¹⁶⁷ Alle Parteien wurden über diese zusätzlichen Anhörungen informiert,¹⁶⁸ wobei wiederum – mit Ausnahme von Hüppi, die an der Zeugeneinvernahme anwesend zu sein wünschte – alle Parteien auf eine Anwesenheit bei diesen Anhörungen verzichteten. Am 18. März 2013 hörte die WEKO Birchmeier und Hüppi sowie den Zeugen an,¹⁶⁹ am 25. März 2013 erfolgte die Anhörung von Kern¹⁷⁰. Jeweils am Folgetag der Anhörungen (am 19. März resp. 26. März 2013) wurden den Parteien die Protokolle zugestellt, wobei die Parteien mit einem zweiten Schreiben zudem mit einem aktualisierten Aktenverzeichnis bedient wurden.¹⁷¹ In der Folge nahm eine Partei Einsicht in die Akten.¹⁷²

67. Mit Schreiben vom 26. März 2013 wurden Birchmeier, Hüppi und Kern – wie bereits zuvor mit Schreiben vom 14. März 2013 angekündigt – eine Frist bis zum 8. April 2013 zur Stellungnahme zu einer allfälligen anderen (rechtlichen) Würdigung der Fälle [...] gesetzt. Birchmeier ersuchte um eine Fristerstreckung bis am 22. April 2013,¹⁷³ Hüppi um eine Neueröffnung der Frist, eventualiter um Ansetzung einer 20-tägigen, die Gerichtsferien berücksichtigende und damit am 28. April 2013 endende Frist und subeventualiter um eine Fristerstreckung bis am 18. April 2013.¹⁷⁴ Den Eventual- und den Subeventualantrag stellte Hüppi ausdrücklich ohne damit auf den Anspruch auf rechtliches Gehör zu verzichten. Bewilligt wurde beiden Parteien eine Fristerstreckung bis 18. April 2013.¹⁷⁵ Innert erstreckter Frist reichte Hüppi ihre Stellungnahme ein,¹⁷⁶ Birchmeier verzichtete ausdrücklich auf Einreichung einer Stellungnahme,¹⁷⁷ während Kern die Frist unbenutzt verstreichen liess. In ihrer Stellungnahme äussert sich Hüppi zu den neu eingeholten Beweismitteln und der allfälligen anderen (rechtlichen) Würdigung in den sie betreffenden Fällen [...] sowie zu den Protokollen der Anhörung von Birchmeier wie auch von ihr selbst. Ausserdem reicht sie die einverlangte Liste ein, beantragt eine Zustellung der allfälligen übrigen Stellungnahmen zur Stellungnahme und stellt einen Eventualbeweis Antrag.

68. Unaufgefordert nahm ferner Toller zum neu eingeholten Beweismittel im sie betreffenden Fall [...] Stellung und reichte zudem ihre Preislisten aus den Jahren 2005,

¹⁶³ Siehe act. [...].

¹⁶⁴ Act. [...].

¹⁶⁵ Siehe act. [...].

¹⁶⁶ Act. [...].

¹⁶⁷ Siehe act. [...].

¹⁶⁸ Siehe act. [...].

¹⁶⁹ Protokolle act. [...].

¹⁷⁰ Protokoll act. [...].

¹⁷¹ Act. [...].

¹⁷² Vgl. act. [...].

¹⁷³ Act. [...].

¹⁷⁴ Act. [...].

¹⁷⁵ Siehe act. [...].

¹⁷⁶ Siehe act. [...].

¹⁷⁷ Act. [...].

2006, 2007 und 2009 ein.¹⁷⁸ Walo nahm unaufgefordert zu den Protokollen der Anhörung, primär demjenigen der Selbstanzeigerin, Stellung. Das Hauptaugenmerk lag primär auf dem Sachverhalt, den Unterlassungsanordnungen sowie den Kosten.¹⁷⁹ Antragsgemäss¹⁸⁰ wurde Hüppi mit Kopien dieser Eingaben bedient, dies jedoch zur Kenntnisnahme und ohne Ansetzung einer förmlichen Frist zur Stellungnahme.¹⁸¹

69. Die WEKO führte am 22. April 2013 eine Beratung durch und entschied gleichentags über die vorliegende Untersuchung. Die redaktionelle Ausfertigung der Verfügung, insbesondere die Berücksichtigung der anlässlich der Beratung getroffenen Erwägungen, wurde von der WEKO an den Präsidenten delegiert.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

70. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das KG geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.¹⁸²

71. Wie es sich mit einer allfälligen konzernmässigen Eingebundenheit der Gesellschaften, gegen welche die vorliegende Untersuchung eröffnet wurde, verhält, kann bezüglich des persönlichen Geltungsbereichs des KG vorliegend offen bleiben. Rein konzerninterne, nicht unter das KG fallende Sachverhalte¹⁸³ stehen hier offenkundig nicht zur Beurteilung. Fest steht, dass alle diese Gesellschaften rechtlich selbstständige, im Wirtschaftsprozess als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und/oder Dienstleistungen auftretende Gesellschaften sind. Ob diese Gesellschaften nun auch wirtschaftlich selbstständig sind oder ob sie als Teil eines Konzerns wirtschaftlich unselbstständig sind, ist unerheblich; vom persönlichen Geltungsbereich des KG erfasst ist das Geschehen so oder so, im ersten Fall unmittelbar aufgrund dieser Gesellschaft und im zweiten Fall aufgrund des Konzerns in seiner Gesamtheit. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG die Frage nicht beantwortet, wer (materieller) Verfügungsadressat ist (siehe dazu nachfolgend B.2).¹⁸⁴

¹⁷⁸ Act. [...].

¹⁷⁹ Act. [...].

¹⁸⁰ Siehe die vorangehende Rz.

¹⁸¹ Siehe act. [...].

¹⁸² JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341. Vgl. auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 f. E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

¹⁸³ Etwa VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2008, Rz 1245.

¹⁸⁴ RPW 2004/2, 419 Rz 56, *Swisscom ADSL*.

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

72. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- oder anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

73. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

74. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des KG kann vorliegend verzichtet werden.

B.2 Materielle Verfügungsadressatinnen

B.2.1 Allgemeines

75. Als materielle Verfügungsadressatinnen gelten diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden.¹⁸⁵ Sie haben ohne Weiteres Parteistellung in einem Verfahren.¹⁸⁶ Als formelle Verfügungsadressatinnen gelten demgegenüber diejenigen Rechtssubjekte, deren Rechte und Pflichten durch die Verfügung zwar nicht geordnet werden, die aber durch diese gleichwohl unmittelbar in ihren Interessen (und zwar stärker als jedermann) berührt sind.¹⁸⁷ Oder anders ausgedrückt: Formelle Verfügungsadressatin ist, wer gemäss Art. 48 VwVG zur Beschwerdeerhebung berechtigt ist, ohne selbst materielle Verfügungsadressatin zu sein.¹⁸⁸ Auch solchen Dritten kommt, obwohl – wie gesagt – die Verfügung nicht unmittelbar Rechte und Pflichten dieser Personen regelt, aufgrund ihrer besonderen Beziehungsnähe zum Verfügungsgegenstand Parteistellung zu.¹⁸⁹ Sowohl materielle wie auch formelle Verfügungsadressatinnen haben demnach Parteistellung und die daraus fliessenden Rechte sind grundsätzlich dieselben. Das Begriffspaar materielle und formelle Verfügungsadressatin soll also nicht diese Personen bezüglich ihrer Behandlung als Partei in formeller Hinsicht unterscheiden (wohingehend insbesondere die Bezeichnung als formelle Verfügungsadressatin missverstanden werden könnte). Es differenziert vielmehr danach, ob im Dispositiv der Verfügung Rechte oder Pflichten dieser Partei geregelt werden (materielle Verfügungsadressatin) oder nicht (formelle Verfügungsadressatin, sofern die Verfügung ihre Interessen gleichwohl unmittelbar und stärker als jedermann berührt, wobei diese Interessen mit denjenigen der materiellen Verfügungsadressatin gleich-¹⁹⁰ oder gerade entgegengerichtet¹⁹¹ sein können).¹⁹²

¹⁸⁵ RPW 2007/2, 200 Rz 69, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

¹⁸⁶ Siehe etwa ISABELLE HÄNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 6 VwVG N 5.

¹⁸⁷ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

¹⁸⁸ So RPW 2012/1, 89 Rz 78, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹⁸⁹ Dazu etwa HÄNER (Fn 186), in: Kommentar VwVG, Art. 6 VwVG N 6 m.w.H.

¹⁹⁰ So beispielsweise die Ausgangslage in Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 ff. E. 4, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

¹⁹¹ So beispielsweise die Ausgangslage in RPW 2012/1, 88 ff. Rz 77 ff., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

B.2.2 Materielle Verfügungsadressatinnen ausserhalb von Konzernverhältnissen

76. Wenig Probleme bereitet die Bestimmung der jeweiligen materiellen Verfügungsadressatin, soweit kein Konzernverhältnis vorliegt. Offenkundig nicht Teil eines Konzerns sind folgende Gesellschaften, gegen welche die vorliegende Untersuchung eröffnet bzw. ausgedehnt wurde: Hagedorn, Hüppi, Kern, Müller Tibau sowie Toller. Entsprechend sind diese Gesellschaften – vorbehaltlich der nachfolgenden Ausführungen betreffend Müller – materielle Verfügungsadressatinnen.

77. Folgende Gegebenheit bezüglich Müller ist gesondert zu betrachten: Mit Vermögensübertragungsvertrag vom [...] übertrug Müller den (vorliegend interessierenden) Betriebsteil „Tiefbau“ mit allen Aktiven und Passiven auf die neu gegründete Chr. Müller + Co Tiefbau AG (nachfolgend Chr. Müller Tiefbau) als Sacheinlage und erhielt im Gegenzug voll liberierte Aktien an Chr. Müller Tiefbau. Dies erfolgte gestützt auf die Inventarliste vom [...] und unter rückwirkender Nutzen- und Gefahrtragung ab [...].¹⁹³ [...] näher betrachteten Tiefbauprojekte – im Einzelnen sei auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen – die unter anderem Müller resp. Chr. Müller Tiefbau betreffen, wurden [...] vergeben.¹⁹⁴ Dieser Zeitpunkt liegt vor Abschluss des Vermögensübertragungsvertrags und der Neugründung der Chr. Müller Tiefbau, aber nach dem – allerdings rückwirkend vereinbarten – Nutzen- und Gefahrenübergang auf Chr. Müller Tiefbau betreffend Betriebsteil „Tiefbau“. Müller ordnet die [...] fraglichen Projekte in ihrem Antwortschreiben vom 29. November 2011 Chr. Müller Tiefbau zu,¹⁹⁵ obwohl die [...] Offerteingaben noch durch Müller erfolgten. Bei [...] Projekte erhielt Müller den Zuschlag, wobei Chr. Müller Tiefbau im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung noch nicht existierte.¹⁹⁶ Ausgeführt hat dieses Projekt gemäss Angaben von Müller alsdann aber Chr. Müller Tiefbau.¹⁹⁷

78. Bei der Veräusserung desjenigen Geschäftsteils, von welchem die relevante Handlung ausging, wird in der Lehre die Frage aufgeworfen, ob die Sanktion entweder – wohl dem Wortlaut der Norm am besten entsprechend – dem Veräusserer, je nach Umständen aber auch dem Erwerber oder gar anteilmässig beiden Gesellschaften aufzuerlegen sei.¹⁹⁸ Ergo stellt sich ebenfalls die Frage, ob entweder die eine oder die andere Gesellschaft oder aber gar beide als materielle Verfügungsadressatin(nen) zu betrachten sind. Die Beantwortung dieser Frage entzieht sich einer schematischen Lösung, entscheidend sind vielmehr die konkreten Umstände des Einzelfalls. Vorliegend rechtfertigt es sich, die veräussernde Gesellschaft als materielle Verfügungsadressatin zu behandeln. Denn im Zeitpunkt, in welchem allenfalls kartellrechtswidrige Abreden getroffen wurden, ebenso wie im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung existierte einzig diese eine Gesellschaft, weshalb auch nur sie in der vorliegenden Konstellation dafür verantwortlich gemacht werden kann. Die vertraglich vereinbarte rückwirkende Tragung von Nutzen und Gefahr mag privatrechtlich resp. im Innenverhältnis der Gesellschaften von Relevanz sein; wem eine allfällige kartellverwaltungsrechtliche Sanktion von den Wettbewerbsbehörden aufzuerlegen ist, vermag mit einer solch privatrechtlichen Vereinbarung jedoch nicht geregelt zu werden. Nicht entschieden zu werden braucht vorliegend, wie die Sanktion aufzuerlegen wäre (insbesondere ob diesfalls eine solidarische Sanktionsauferlegung angezeigt wäre), wenn die Veräusserung des fraglichen

¹⁹² Vgl. ausführlicher zu dieser Thematik und mit Fallbeispielen JOST (Fn. 182), Rz 598 ff.

¹⁹³ Siehe act. [...].

¹⁹⁴ Die [...] Projekte wurden [...] vergeben – folglich kann daran aus zeitlicher Sicht einzig die Müller, nicht aber auch die Chr. Müller Tiefbau beteiligt sein.

¹⁹⁵ Act. [...].

¹⁹⁶ Untenstehend [...]; vgl. ferner act. [...].

¹⁹⁷ Act. [...].

¹⁹⁸ CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 100.

Geschäftsteils in missbräuchlicher Absicht erfolgt wäre. Denn es bestehen hier keine Anzeichen dafür, dass der Abschluss des Vermögensübertragungsvertrags und insbesondere die Sacheinlage des Geschäftsbereichs „Tiefbau“ in missbräuchlicher Absicht erfolgte, namentlich um den von vorliegender Untersuchung betroffenen und damit aus kartellrechtlicher Sicht „sensiblen“ Bereich „Tiefbau“ auszulagern und so zu versuchen, eine allfällige Sanktionsauferlegung in die eine oder andere Richtung zu steuern. Zusammenfassend ist vorliegend daher Müller (und nur sie) materielle Verfügungsadressatin.

B.2.3 Materielle Verfügungsadressatinnen bei Konzernverhältnissen

79. Unproblematisch ist die Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatin auch in denjenigen Fällen, in welchen zwar ein Konzernverhältnis vorliegt, die fraglichen Handlungen aber von der jeweiligen Konzernmuttergesellschaft selbst vorgenommen wurden. Dass diesfalls die entsprechende Konzernmuttergesellschaft materielle Verfügungsadressatin ist, erscheint derart selbstverständlich, dass es kaum je ausdrücklich gesagt wird.¹⁹⁹ Geht die fragliche Handlung also unmittelbar von einer Gesellschaft aus, die – sollte ein Konzernverhältnis vorliegen – die Konzernmuttergesellschaft ist, braucht in vorliegendem Kontext nicht abschliessend geklärt zu werden, ob überhaupt ein Konzernsachverhalt gegeben ist. So oder so ist in diesem Fall nämlich diese die fragliche Handlung vornehmende (allfällige Konzernmutter-) Gesellschaft die materielle Verfügungsadressatin. In solchen Konstellationen zudem auch die Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen betrachten zu wollen, einzig weil ein Konzernsachverhalt vorliegt, erscheint – schon nur aus prozessökonomischen Überlegungen – nicht sachgerecht. Diese Situation liegt hier bezüglich Keller-Frei vor, entsprechend ist Keller-Frei eine materielle Verfügungsadressatin.

80. Bezüglich der Ermittlung der materiellen Verfügungsadressatinnen bei Konzernverhältnissen ist sodann der Ausgang der Untersuchung nicht aus den Augen zu verlieren. Gegenüber einzelnen Baugesellschaften wird das vorliegende Verfahren nämlich mangels Beweises resp. Vorliegens eines kartellrechtswidrigen Verhaltens eingestellt. Dies ist bezüglich folgender Gesellschaften der Fall, gegen welche die Untersuchung eröffnet wurde und bei welchen das Vorliegen eines Konzernverhältnisses (in welchem sie jeweils Tochtergesellschaften wären) zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann: Kibag, Marti und Strabag. Im Verhältnis zu diesen Gesellschaften werden mit vorliegender Verfügung im Ergebnis keine Rechte und Pflichten geregelt. Mit Blick auf die Verfahrensökonomie erscheint es deshalb sachgerecht, darauf zu verzichten, hinsichtlich jeder dieser vorgenannten Gesellschaften im Einzelnen zu prüfen und zu beurteilen, ob sie nicht nur über eine juristische, sondern auch über eine wirtschaftliche Selbstständigkeit verfügt oder ob sie in einen Konzern eingebunden ist. Vor diesem Hintergrund werden im Sinne einer pragmatischen Lösung ohne Prüfung einer allfälligen konzernmässigen Einbindung und deren mögliche Folgen die vorgenannten Gesellschaften Kibag, Marti und Strabag als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet.

81. Nachfolgend bleibt damit zu prüfen, wie es sich bezüglich eines allfälligen Konzernverhältnisses bei Birchmeier, Brunner, Egli, Flexbelag, Schiess und Walo verhält und wie sich dies auf die Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatinnen auswirkt.

B.2.3.1 Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen

82. Bei Vorliegen eines Konzernsachverhalts hat die Wettbewerbskommission in der Vergangenheit (und zwar auch in der jüngeren) wiederholt Verfügungen ausschliesslich

¹⁹⁹ Siehe immerhin, wenn auch zum deutschen Recht, den letzten Satz auf Seite 132 f. von CHRISTIAN BÜGER, Die Haftung der Konzernmutter für Kartellrechtsverstösse ihrer Tochter nach deutschem Recht, WuW 2011/2, 130–140.

an Tochtergesellschaften gerichtet.²⁰⁰ Beanstandet oder gar von Amtes wegen korrigiert wurde dieses Vorgehen von den Rechtsmittelinstanzen in diesen Fällen nicht, vielmehr stimmten sie ihm, zumindest implizit, zu.²⁰¹ Daneben kam es vor, dass die Wettbewerbskommission sowohl die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet und unter solidarischer Haftbarkeit sanktioniert hat.²⁰² Diese Vorgehensweise ist auch in der Rechtsprechung der Europäischen Union zu beobachten.²⁰³ Schliesslich kam es auch vor, dass einzig die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin behandelt wurde.²⁰⁴

83. Die bisherige Praxis bietet also in Abhängigkeit der Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls unterschiedliche Ansätze für die Lösung der mit Konzernsachverhalten verbundenen Probleme der Bestimmung des oder der (materiellen) Verfügungs- und damit Sanktionsadressaten innerhalb eines Konzerns.

84. In vorliegendem Fall ist es gerechtfertigt, jedenfalls auch die jeweils konkret handelnde Konzerntochtergesellschaft zu erfassen.²⁰⁵ Für diese Vorgehensweise spricht unter anderem, dass diese Untersuchung im Einklang mit der bisherigen Praxis im Bereich der Submissionsabsprachen²⁰⁶ gegen die Konzerntochtergesellschaften eröffnet wurde.²⁰⁷ Fol-

²⁰⁰ Siehe beispielsweise RPW 2010/4, 649 Rz 2 und 655 Rz 49, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*: Dass es sich bei den materiellen Verfügungsadressatinnen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG um Tochtergesellschaften handelt, wird in Fn 2 der Verfügung ausdrücklich festgehalten. RPW 2010/4, 717 Rz 3 f. und 773 Dispositiv, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*: Die Roto Frank AG wird ebenso wie die Siegenia-Aubi AG als Tochtergesellschaft bezeichnet, gleichwohl werden diese Gesellschaften und nicht deren Muttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelt. RPW 2009/3 197 Rz 5 und 203 Rz 37 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*: In dieser Verfügung wird beispielsweise die Elektro Burkhalter AG ausdrücklich als Teil der Burkhalter-Gruppe bezeichnet und dennoch als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert. RPW 2008/1, 87 Rz 13 und 94 Rz 68 ff., *Strassenbeläge Tessin*: In dieser Verfügung wird die Batigroup (Ticino) SA, später Implenia (Ticino) SA, durch das Dispositiv verpflichtet, obwohl es sich bei dieser – wie etwa die Firma und der Firmenwechsel nahelegen – um eine abhängige Gesellschaft eines Konzerns gehandelt haben dürfte. RPW 2007/2, 250 Rz 46, *Terminierung Mobilfunk*: In dieser Verfügung wird die Swisscom Mobile AG, die eine Tochtergesellschaft ist, mit einer Sanktion belegt, ergo als materielle Verfügungsadressatin erachtet.

²⁰¹ Exemplarisch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 377 f. E. 3, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*, wo ohne nähere Prüfung eines allfälligen, an sich naheliegenden Konzernverhältnisses die Implenia (Ticino) SA als materielle Verfügungsadressatin betrachtet wurde. Urteil des BVGer, RPW 2010/2 262 E. 3.1 und 307 E. 10.7.5, *Swisscom Schweiz AG/WEKO* und Urteil des BGer 2C_343/2010 vom 11. April 2011, E. 2.3 und 3.1: Die am Verfahren beteiligte Swisscom (Schweiz) AG ist bekanntlich eine Tochtergesellschaft der Swisscom AG. Zu diesem Konzernverhältnis und insbesondere zu den Folgen, die dieses für die Stellung der einzelnen Swisscom-Gruppengesellschaften als materielle Verfügungsadressatin/nen zeitigt bzw. zeitigen könnte, äussern sich aber weder das BVGer noch das BGer.

²⁰² RPW 2010/1, 120 Rz 27, *Preispolitik Swisscom ADSL*; wohl bereits in diesem Sinn RPW 2004/2, 421 Rz 66 f., *Swisscom ADSL*.

²⁰³ Urteil des EuGH vom 10.09.2009 C-97/08 P, *Akzo Nobel und andere/Kommission*, Sl.2009 I-8237, Rz 77; siehe dazu auch FRÉDÉRIQUE WENNER/BERTUS VAN BARLINGEN, European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability, in: Competition Policy Newsletter, 2010/1, 23ff, 27: „In view of the Court's ruling, parent companies should now systematically expect to be held jointly and severally liable for the anticompetitive infringement committed by their wholly owned subsidiaries.“ Für weitere Beispiele siehe die Übersicht in ANNA-ANTONINA SKOCZYLA, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, 2011, 70 ff.

²⁰⁴ So etwa RPW 2011/1, 109 f. Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

²⁰⁵ Anders etwa JOST (Fn. 182), Rz 729 f., der sich für eine Behandlung einzig der Konzernmuttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin ausspricht.

²⁰⁶ Für Nachweise siehe Fn 200 f.

²⁰⁷ Siehe Rz 19 und 41.

gedessen sind vorliegend Birchmeier, Brunner, Egli, Flexbelag²⁰⁸, Schiess und Walo als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln. Bezüglich Brunner bleibt dabei Folgendes zu ergänzen: Die Maurer + Hösli AG und Brunner fusionierten gemäss Fusionsvertrag vom 21. April 2010, wobei die Maurer + Hösli AG unterging. Brunner ist damit Rechtsnachfolgerin der Maurer + Hösli AG und trat in deren Rechte und Pflichten ein, namentlich ist eine allfällige Sanktion, die – würde sie noch existieren – der Maurer + Hösli AG aufzuerlegen wäre, Brunner aufzuerlegen und von dieser zu tragen.²⁰⁹ Bezüglich Schiess ist zu erwähnen, dass Schiess und Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, gemäss Fusionsvertrag vom 8. April 2013 fusionierten, wobei Schiess unterging und gelöscht wurde. Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, ist damit Rechtsnachfolgerin von Schiess geworden und trat in deren Rechte und Pflichten ein, namentlich ist eine allfällige Sanktion, die – würde sie noch existieren – Schiess aufzuerlegen wäre, Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, aufzuerlegen und von dieser zu tragen.²¹⁰

B.2.3.2 Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen

85. Das Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer) hat in einem jüngeren kartellrechtlichen Urteil festgehalten, es könne aufgrund der hundertprozentigen Angehörigkeit einer Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft sowie diverser personeller Verflechtungen zwischen diesen Gesellschaften davon ausgegangen werden, dass eine Tochtergesellschaft zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich selbstständig auftrete. Folglich liege ein Konzern vor. Gestützt darauf erachtete es das BVGer als korrekt, die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten und ihr die Sanktion aufzuerlegen. Gemäss dieser Ansicht des BVGer führt das Bestehen eines Konzernverhältnisses (verstanden im Sinne des Leitungsprinzips)²¹¹ also eo ipso dazu, dass die Muttergesellschaft – ohne weitere Voraussetzungen erfüllen zu müssen – als „Repräsentantin“ der wirtschaftlichen Einheit Konzern und damit des Unternehmens im Sinne von Art. 2 KG zu verstehen und sie (und nur sie) als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten ist. Eine diesbezügliche Änderung am Urteil des BVGer nahm das BGer nicht vor.²¹²

86. Gemäss der Praxis der EU-Kommission und nach der Rechtsprechung des EuGH haftet die Muttergesellschaft für die Kartellrechtsverstösse ihrer Tochtergesellschaft, wenn die Muttergesellschaft in der Lage ist, einen entscheidenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft auszuüben und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausgeübt hat. Wenn eine Tochtergesellschaft zu 100 % im Eigentum einer Muttergesellschaft steht, ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die erste Voraussetzung erfüllt und es besteht diesfalls die Vermutung, dass die zweite Voraussetzung ebenfalls erfüllt ist.²¹³ Der EuGH hat weiter klargestellt, dass eine Einflussnahme der Konzernmutter auf die Tochtergesellschaft in strategischen Angelegenheiten genügt²¹⁴ und es insbesondere nicht erforderlich ist, dass der Ein-

²⁰⁸ Dazu, ob bei dieser Gesellschaft überhaupt ein Konzernsachverhalt vorliegt, siehe Rz 91.

²⁰⁹ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 100.

²¹⁰ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 100.

²¹¹ Im Gegensatz zum Control-Prinzip, bei welchem bereits bei Bestehen einer Beherrschungsmöglichkeit vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen wird, auch – und dies im Unterschied zum Leitungsprinzip – wenn diese Möglichkeit effektiv gar nicht ausgeübt wird.

²¹² Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (zur Publikation vorgesehen).

²¹³ Urteil des EuGH vom 20.01.2011 C-90/09 P, *General Química et al./Kommission*; (kommentiert in WuW 2011/3, 315 ff.); siehe auch Urteil des EuGH vom 25.10.1983 107/82, *AEG Telefon-Kommission*, Slg. 1983 3151 Rz 50; Urteil des EuGH vom 16.11.2000 C-286/98 P, *Stora/Kommission*, Slg. 2000 I-9925 Rz 29; Urteil des EuGH vom 10.09.2009 C-97/08 P, *Akzo Nobel und andere/Kommission*, Slg. 2009 I-8237 Rz 60.

²¹⁴ Ebenso die WEKO in RPW 2007/2, 200 Rz 65, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

fluss auf den konkreten Geschäftsbereich ausgeübt wird, in dem der Kartellrechtsverstoss stattgefunden hat.²¹⁵ Diese Praxis hat zur Folge, dass die Konzernmuttergesellschaft nur ausnahmsweise nicht für Tochtergesellschaften haftet, von denen sie sämtliche Anteile hält.²¹⁶ Damit haftet im europäischen Kartellrecht die Muttergesellschaft grundsätzlich nach denselben Gesichtspunkten, welche auch vom BVGer als relevant betrachtet wurden.

87. Nach dem Gesagten folgt in der EU aus einem 100-prozentigen Beteiligungsverhältnis, dass erstens die Möglichkeit zu einer entscheidenden Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft besteht und zweitens die effektive Ausübung dieser Einflussnahmemöglichkeit auch vermutet wird. Während Erstes sicherlich auch in der Schweiz Gültigkeit hat, kann es sich bei Zweitem nur, aber immerhin, um eine sogenannte tatsächliche²¹⁷ Vermutung handeln. Wie es sich mit Zweitem genau verhält, kann vorliegend offen bleiben, da so oder so nicht auf diese Vermutung zurückgegriffen werden muss. Anzumerken bleibt, dass eine Beherrschungsmöglichkeit freilich auch bei Beteiligungsverhältnissen unter 100 %, je nach Ausgangslage und Aktionärsstruktur sogar bei Beteiligungsverhältnissen unter 50 %, ²¹⁸ bestehen kann,²¹⁹ nur ist die Beherrschungsmöglichkeit diesfalls nicht derart offenkundig, wie es bei einer 100-prozentigen Beteiligung der Fall ist. Die effektive Ausübung der Beherrschungsmöglichkeit wird in solchen Fällen allerdings auch in der EU nicht einfach vermutet.

88. Ein Weg, und zwar der praktisch weitaus wichtigste, um eine bestehende Beherrschungsmöglichkeit auch tatsächlich auszuüben, ist die Besetzung leitender Funktionen (insbesondere Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) innerhalb der Mutter- und der Tochtergesellschaft durch die gleichen natürlichen Personen, also eine personelle Verflechtung. Liegt neben einer Mehrheitsbeteiligung durch die Muttergesellschaft auch eine solche personelle Verflechtung vor, d.h., es hat zumindest eine natürliche Person sowohl bei der Mutter wie auch bei der Tochtergesellschaft eine leitende Funktion inne, ist daraus generell zu schliessen, dass die Muttergesellschaft effektiv einen Einfluss auf die Grundsatzentscheide der Tochtergesellschaft ausübt.²²⁰ Vom Vorliegen einer blossen Finanzbeteiligung, die sich auf die Ausübung von Aktionärsrechten beschränkt und mit der keinerlei Einfluss auf den Geschäftsgang genommen wird, ist unter solchen Umständen nicht auszugehen.

89. Gemäss dem Vorangegangenen, insbesondere dem jüngeren bundesverwaltungsgerichtlichen, vom BGer nicht aufgehobenen Entscheid, kann also die Muttergesell-

²¹⁵ Urteil des EuGH vom 10.09.2009 C-97/08 P, *Akzo Nobel und andere/Kommission*, Slg. 2009 I-8237 Rz 72 ff.

²¹⁶ Vgl. die kurze Darstellung der europäischen Praxis in BÜGER (Fn 199), 131 f.; vgl. weiter zum Thema LAURA LA ROCCA, *The controversial issue of the parent-company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary*, ECLR 2011/2, 68–77; FRÉDÉRIQUE WENNER/BERTUS VAN BARLINGEN, *European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability*, Competition Policy Newsletter 2010/1, 23–27, abrufbar unter <ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn2010_1.pdf> (11.06.2013); ALEXANDER RIESENKAMPFF/UDO KRAUTHAUSEN, *Liability of Parent Companies for Antitrust Violations of their Subsidiaries*, ECLR 2010/1, 38–42; KARL HOFSTETTER/MELANIE LUESCHER, *Der Konzern als Adressat von Bussen im EU-Kartellrecht*, in: *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Kunz/Herrn/Cottier/Matteotti (Hrsg.)*, 2009, 485–509, welche die EU-Praxis aus Unternehmenssicht kritisieren. Vgl. demgegenüber die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 23.04.2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel und andere/Kommission*, Rz 35 ff.

²¹⁷ Im Gegensatz zu einer gesetzlichen Vermutung.

²¹⁸ Beispielsweise bei Vorliegen eines Aktionärs mit einer Beteiligung von 35–50 % und im Übrigen einer breiten Streuung des Aktionariats sowie dem gleichzeitigen Vorhandensein von wirtschaftlichen Abhängigkeiten gegenüber diesem einen Grossaktionär (z.B. wesentlichster Darlehensgeber der Gesellschaft).

²¹⁹ Vgl. zum Ganzen SKOCZYLAS (Fn 203), 113 f.

²²⁰ In dem Sinn bereits RPW 2004/2, 420 Rz 60, *Swisscom ADSL*; RPW 2003/1, 92 Rz 23 drittes Lemma, *VSW-Aufnahmebedingungen*.

schaft als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert werden, sobald von einem Konzernverhältnis im Sinne des Leitungsprinzips auszugehen ist.²²¹

90. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine Konzernmuttergesellschaft selber operativ tätig ist oder ob es sich bei ihr um eine reine Holdinggesellschaft handelt, nicht beantwortet zu werden braucht, da dieser Punkt insofern irrelevant ist. Denn weder das eine noch das andere beeinflusst die Möglichkeit der Konzernmuttergesellschaft, aufgrund ihres Beteiligungsverhältnisses (gegebenenfalls auch aus anderen Gründen) entscheidenden Einfluss auf eine Tochtergesellschaft auszuüben. Ebenso wenig hat dies Auswirkungen darauf, ob sie eine solche Möglichkeit tatsächlich ausübt oder nicht. Mit anderen Worten spielt die Tatsache, dass es sich bei einer Konzernmuttergesellschaft um eine reine Holdinggesellschaft handelt, in vorliegendem Kontext keine Rolle, geht es doch hier gerade nicht um die Erfassung einer Konzernmuttergesellschaft aufgrund ihres eigenen gegen aussen gerichteten Handelns²²², sondern aufgrund des gegen aussen gerichteten Handelns ihrer Tochtergesellschaft. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass das Fehlen einer operativen Tätigkeit der Konzernmuttergesellschaft auch bezüglich der – von der hier behandelten Frage der Stellung als materielle Verfügungsadressatin strikt zu unterscheidenden – Frage nach dem persönlichen Geltungsbereich des KG nicht ausschlaggebend ist, wird doch dort von einem funktionalen Unternehmensbegriff ausgegangen und damit der Konzern als Ganzes als Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG betrachtet, weshalb eine operative Tätigkeit der Konzerntochtergesellschaft genügt.²²³

91. Für die hier näher betrachteten Birchmeier, Brunner, Egli, Flexbelag, Schiess und [...] kommt ein Konzernsachverhalt in Betracht.²²⁴ Es liegt bei all diesen Gesellschaften, ausser bei Flexbelag, 1) ein die Kontrollmöglichkeit eröffnendes Beteiligungsverhältnis vor und es bestehen 2) personelle Verflechtungen mindestens einer, oftmals aber auch zweier natürlicher Personen. Dass ein Konzern vorliegt, wird von diesen Gesellschaften mit Ausnahmen von Flexbelag denn auch nicht bestritten. Bei Flexbelag verhält es sich so, dass zwar personelle Verflechtungen bestehen, aber das Beteiligungsverhältnis ist nicht dergestalt, dass es in der vorliegenden Situation eine alleinige Kontrollmöglichkeit herstellen würde, weshalb bei Flexbelag nicht vom Vorliegen einer Konzernsituation auszugehen ist; folglich ist Flexbelag (und nur sie) materielle Verfügungsadressatin. Unter den verbleibenden fünf Gesellschaften (Birchmeier, Brunner, Egli, Schiess und [...]) brachten einige im Laufe des Verfahrens vor, dass eine Qualifizierung der Konzernmuttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin trotz Vorliegens eines Konzernsachverhalts nicht angebracht sei. Soweit dies mit einer fehlenden operativen Tätigkeit der Konzernmuttergesellschaft begründet wurde, kann auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden;²²⁵ dieser Punkt ist nicht massgebend. Soweit geltend gemacht wurde, dass das zur Begründung herangezogene Urteil „Publigroupe“ des BVGer noch nicht rechtskräftig sei, ist dies aufgrund des zwischenzeitlich ergangenen Entscheids „Publigroupe“ des BGer überholt. Aber auch zuvor war dieses Argument letztlich nicht entscheidend, denn die Wettbewerbsbehörden haben auch ein noch nicht rechtskräftiges Urteil einer höheren Instanz, hier des BVGer, bei ihren Entscheiden gebührend zu berücksichtigen.

92. In den Stellungnahmen zum Antrag wendet sich bloss eine Partei gegen die Behandlung der Konzernmuttergesellschaft als materieller Verfügungsadressatin. Ihre Ansicht begründet sie mit mehreren Argumenten: Zunächst sei der vorliegende Sachverhalt nicht mit dem vom BVGer i.S. „Publigroupe“ beurteilten übereinstimmend. Dort sei das Ver-

²²¹ Zustimmend und m.w.H. JOST (Fn. 182), Rz 725.

²²² Zu dieser Konstellation Rz 79.

²²³ Zum persönlichen Geltungsbereich des KG siehe Rz 70 f.

²²⁴ Siehe die Antworten auf den Fragebogen zur Unternehmensstruktur (Nachweise der Fundstellen in Fn 87 und 107).

²²⁵ Siehe die vorangehende Rz.

halten der Konzernmuttergesellschaft zur Beurteilung gestanden, hier hingegen dasjenige der Konzerntochtergesellschaft. Vorliegend sei nur die Konzerntochtergesellschaft auf den untersuchten Märkten tätig. Nirgends im Urteil des BVGer stehe, dass bei einem Konzernverhältnis automatisch die Konzernmuttergesellschaft materielle Verfügungsadressatin sei. Sodann wird geltend gemacht, dass in der bisherigen Praxis überwiegend die Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelt worden seien. Schliesslich sei die Praxis der EU – insbesondere im Bereich des nicht angepassten Verfahrensrecht – für die schweizerische Rechtslage irrelevant.²²⁶

93. Bezüglich dieser Vorbringen ist Folgendes anzumerken: Zunächst trifft es nicht zu, dass im Fall „Publigroupe“ das Verhalten der Konzernmuttergesellschaft und nicht dasjenige der Konzerntochtergesellschaften untersucht wurde. Wie die Ausführungen des BVGer in Erwägung 7 zeigen, war die kartellrechtliche (Un)Zulässigkeit der Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften (VSW) zu beurteilen. Weil der VSW weder Nachfrager noch Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen sei, rechnete das BVGer dessen Verhalten seinen Mitgliedern – vier Tochtergesellschaften, nicht aber die Muttergesellschaft – zu (E. 4.3). Die kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft leitete das BVGer alsdann einzig aus der konzernmässigen Verbundenheit (i.S.d. Leitungsprinzips) ab (vgl. E. 4.5); es stützte dies mithin nicht auf ein konkretes eigenes Verhalten der Konzernmuttergesellschaft bezüglich dem Erlass der VSW-Richtlinien. Der vorliegende Sachverhalt ist demnach durchaus vergleichbar, auch hier wird den Konzernmuttergesellschaften nicht ein eigenes aktives Handeln vorgeworfen, sondern das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften. Es trifft eben gerade nicht zu, dass das BVGer aus dem Bestehen eines Konzernsachverhalts nicht automatisch auf eine Stellung der Konzernmuttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin schliessen würde. Zu beurteilen, ob diese Ansicht des BVGer überzeugt ist, ist nun nicht Aufgabe der erstinstanzlichen Behörde; diese hat sich vielmehr an der oberinstanzlichen Rechtsprechung zu orientieren. Folgedessen kann auch nicht entscheidend sein, dass die WEKO in ihrer bisherigen Praxis überwiegend die Tochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelte. Die Rechtslage in der EU ist für das schweizerische (Verfahrens)Recht selbstverständlich nicht bindend. Allerdings spricht nichts dagegen, wenn sie rechtsvergleichend bei der Gesetzesauslegung – insbesondere der materiellrechtlichen Kartellrechtsnormen – herangezogen und berücksichtigt wird.²²⁷ Die Vorbringen gegen die Erfassung auch der Konzernmuttergesellschaft als materieller Verfügungsadressatin vermögen demnach nicht zu überzeugen.

94. Aus dem Gesagten folgt, dass nebst Birchmeier, Brunner, Egli, Schiess und [...] auch deren Muttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln sind. In zweierlei Hinsicht gilt es diesbezüglich allerdings noch Ergänzungen anzubringen. Erstens: Bei Schiess lag bis unmittelbar vor dem Entscheid der WEKO ein dreistufiges Konzernverhältnis vor, indem die Aktien an Schiess von Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, gehalten wurden, deren Aktien wiederum von der Aktiengesellschaft Cellere gehalten wurden. Als „Repräsentantin“ des Konzerns im Sinne des vorerwähnten Urteils des BVGer ist bei einem solchen Konzernaufbau die Gesellschaft an der Hierarchiespitze zu betrachten, somit die Aktiengesellschaft Cellere. Schiess fusionierte im April 2013 mit Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, und ging dadurch unter, weshalb Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, als deren Rechtsnachfolgerin ihre Rechte und Pflichten übernahm.²²⁸ Im Hinblick auf die Erfassung der Aktiengesellschaft Cellere ändert sich durch diese Fusion nichts. Zweitens: Bei Brunner liegt seit der Übernahme der Brunner Erben Holding AG, welche die Aktien an Brunner hält, durch STRABAG SE am 11. Mai 2011 ebenfalls ein dreistufiges Konzernver-

²²⁶ Siehe act. [...].

²²⁷ In seinem Urteil 2C_484/2010 vom 29.6.2012 (zur Publikation vorgesehen) weist das BGer denn auch an mehreren Stellen auf Literatur zum EU-Recht hin (vgl. nur etwa E. 10).

²²⁸ Siehe dazu Rz 84.

hältnis vor. Im Zeitpunkt der Vornahme der fraglichen Handlungen war der Brunner Erben-Konzern aber noch nicht mit der STRABAG SE verbunden, zu diesem Zeitpunkt hatte also die STRABAG SE gar keine Kontrollmöglichkeit und erst recht übte sie damals, also vor dem 11. Mai 2011, auch nicht effektiv eine Kontrolle über Brunner aus. Da im massgeblichen Zeitraum die Brunner Erben Holding AG die Konzernmuttergesellschaft war, ist diese als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten, nicht die STRABAG SE.

95. Zusammenfassend sind damit die Konzernmuttergesellschaften von Birchmeier, Brunner, Egli, Schiess und [...], namentlich die Gewerbezentrum Unterfeld AG, die Brunner Erben Holding AG, die Brebau Holding AG, die Aktiengesellschaft Cellere resp. die [...] neben ihren Tochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln.²²⁹ Eine kumulative Erfassung sowohl der Konzerntochter- als auch der Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen erscheint in casu auch vor dem Hintergrund der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung angezeigt. Denn das BGer hält in seiner Entscheidung „Publigroupe“ fest, dass es „(...) vorzuziehen gewesen [wäre], alle sechs Beschwerdeführer wären von Anfang an ins Verfahren einbezogen worden“.²³⁰ Diese Aussage spricht dafür, sowohl die Konzerntochter- als auch die Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln.

96. Bloss ergänzend sei darauf hingewiesen, dass diese Ausdehnung den vorgeannten Konzernmuttergesellschaften eröffnet und den übrigen Verfahrensparteien mitgeteilt wurde, hingegen – im Übrigen auch im Interesse der betroffenen Gesellschaften selber – auf eine separate amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung gegen die jeweiligen Konzernmuttergesellschaften unter deren Namensnennung verzichtet wurde. Dies erstens, weil eine amtliche Publikation lediglich deklaratorischen Charakter hat²³¹ und damit nicht zwingend erfolgen muss, und zweitens, weil der Informationszweck einer amtlichen Publikation durch die im Rahmen dieses Verfahrens bereits erfolgten amtlichen Publikationen, in welchen die Firmen der konkret handelnden Konzerntochtergesellschaften genannt wurden, schon erfüllt war.

B.2.4 Fazit

97. Zusammenfassend ergeben sich nach dem Gesagten folgende materielle Verfügungsadressatinnen:

- Aktiengesellschaft Cellere (Konzernmuttergesellschaft)
- Schiess resp. nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung (Konzerntochtergesellschaft)
- Brebau Holding AG (Konzernmuttergesellschaft)
- Egli (Konzerntochtergesellschaft)
- Brunner Erben Holding AG (Konzernmuttergesellschaft)
- Brunner (Konzerntochtergesellschaft)
- Flexbelag
- Gewerbezentrum Unterfeld AG (Konzernmuttergesellschaft)
- Birchmeier (Konzerntochtergesellschaft)

²²⁹ Gleich vorgegangen wurde auch in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, vgl. RPW 2012/2, 383 Rz 913, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

²³⁰ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3.4 (zur Publikation vorgesehen).

²³¹ BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 29 KG N 29.

- Hagedorn
- Hüppi
- Keller-Frei
- Kern
- Kibag
- Marti
- Müller
- Strabag
- Tibau
- Toller
- [...]
- Walo [...]

B.3 Weitere formelle Fragen

B.3.1 Keine weiteren Beweisabnahmen aufgrund noch offener Beweisanträge

98. Hüppi stellte in ihrer Stellungnahme zum Antrag förmliche Beweisanträge, welche in Rz 56 wiedergegeben sind. Einen Eventualbeweis Antrag stellte Hüppi ferner in ihrer Stellungnahme zu den neuen Beweismitteln.²³² Den Beweisanträgen bezüglich Fall [...], namentlich [...], ist die WEKO nachgekommen.²³³ Die weiteren Beweisanträge sind hingegen noch offen, wozu Folgendes festzuhalten ist:

99. Trotz Art. 33 Abs. 1 VwVG kann auf die Abnahme anerkennender oder beantragter Beweismittel verzichtet werden, wenn der Sachverhalt, der damit bewiesen werden soll, unerheblich ist oder bereits feststeht resp. von der Behörde aufgrund eigener Sachkenntnis ausreichend gewürdigt werden kann, sowie ferner, wenn die Beweismittel untauglich zur Erbringung des fraglichen Beweises sind.²³⁴ In Anbetracht dessen ist eine Abnahme der vorgeannten Beweismittel nicht angezeigt. Im Einzelnen:

100. Zum Beizug der Akten aus der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ zum Beweis, dass die „Absprachenliste“ nachweislich falsch sei: Hüppi führt in ihrer Stellungnahme aus, von der Gesamtzahl der in der „Absprachenliste“ eingetragenen, angeblich abgesprochenen Projekte im Kanton Aargau sei das Sekretariat in seinem Antrag bloss in rund 15% der Fälle vom Vorliegen einer Abrede ausgegangen. Bei dieser Zahl sei noch nicht einmal berücksichtigt, in wie vielen dieser Fälle die WEKO oder im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens das BVGer vom Nichtvorliegen einer Abrede ausgehe. Die „Absprachenliste“ habe sich daher in zahlreichen Fällen als nachweislich falsch erwiesen, was der Aktenbeizug beweisen soll. Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass die von Hüppi gemachten Zahlenangaben betreffend der in der „Absprachenliste“ aufgeführten Projekte im

²³² Siehe Rz 67.

²³³ Siehe Fn [...].

²³⁴ Siehe STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 39 KG N 84; ferner BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 33 VwVG N 14 ff.

Kanton Aargau sowie die davon in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ sanktionierten Abreden grundsätzlich unbestritten sind. Die genauen Zahlen erscheinen dabei unwesentlich, entscheidend ist vielmehr die – unbestrittenermassen zutreffende – Kernaussage, dass es bezüglich der in der „Absprachenliste“ aufgeführten Projekte in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle nicht zu einer Sanktionierung kam. Da diese Tatsache erstellt ist, erübrigen sich weitere Beweisabnahmen dazu. Soweit mit dem Beizug der Verfahrensakten hingegen bewiesen werden soll, dass die Angaben in der „Absprachenliste“ zu einem grossen Teil nachweislich falsch sind, kann dieser Beweis durch einen Aktenbeizug nicht erbracht werden. Wie die WEKO in ihrer Verfügung betreffend „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ ausdrücklich festhält, hat sie Hinweise auf fast 300 abgesprochene Projekte erhalten. Aus verfahrensökonomischen Gründen – womit unter anderem Ressourcenprobleme gemeint sind – hat sie daraus eine Auswahl von rund 100 Projekten getroffen und diese im Detail aufgearbeitet.²³⁵ Die WEKO stellt also keineswegs fest, dass die Hinweise (unter anderem eben durch Aufführung in der „Absprachenliste“) in den übrigen, von ihr nicht näher betrachteten Fällen unzutreffend gewesen wären; sie ist diesen Hinweisen gar nicht erst nachgegangen, hat diese weiteren Fälle dementsprechend weder angeschaut noch die diesbezüglich vorliegenden Beweismittel gewürdigt. Mangels näherer Betrachtung dieser weiteren Projekte kann sich auch aus den Akten nichts dazu ergeben, schon gar nicht die Feststellung, dass die „Absprachenliste“ nachweislich falsch wäre, da eine solche Feststellung doch nähere Abklärungen zu den fraglichen Projekten voraussetzen würde. Folgedessen kann die beantragte Beweisabnahme den angestrebten Beweis nicht erbringen, weshalb darauf zu verzichten ist. Bloss der Vollständigkeit halber sei im Übrigen darauf hingewiesen, dass die WEKO den Beweiswert der „Absprachenliste“ in ihrer Verfügung vertieft geprüft hat und zum Schluss kommt, dass es sich um ein ausgesprochen überzeugendes Beweismittel handelt.²³⁶

101. Zum Beizug der Stellungnahme von Hüppi in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ zum Beweis, dass Hüppi dort ihr internes Schreiben an alle Filialleiter zu den Akten reichte: Es ist unbestritten, dass Hüppi dieses interne Schreiben im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ eingereicht hat. Es erübrigt sich daher, darüber Beweis zu führen. Eine andere, nicht auf Ebene des Sachverhalts gelegene Frage ist, ob Hüppi deshalb davon ausgehen durfte, dieses Beweismittel sei auch in vorliegender Untersuchung bekannt. Diese Frage braucht allerdings nicht beantwortet zu werden, da Hüppi das fragliche Schreiben mit ihrer Stellungnahme in vorliegender Untersuchung einreichte und es daher nunmehr Teil der Verfahrensakten ist.

102. Zum Beizug der Akten der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, insbesondere von act. [...], zum Beweis, dass das von der Selbstanzeigerin bezüglich Fall [...] eingereichte Dokument nachträglich, insbesondere erst nach der Hausdurchsuchung, erstellt wurde: Mit einem Beizug der Akten aus der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ könnte nur, aber immerhin, bewiesen werden, ob das fragliche Dokument anlässlich der Hausdurchsuchung gefunden und beschlagnahmt wurde oder nicht. Nicht beweisen lässt sich dadurch allerdings eine nachträgliche Erstellung des Dokuments. Denn selbst wenn dieses nicht gefunden und beschlagnahmt worden sein sollte, beweist dies nicht, dass es zum damaligen Zeitpunkt nicht existiert hätte. Erfahrungsgemäss ist davon auszugehen, dass anlässlich einer Hausdurchsuchung nicht restlos alle allenfalls relevanten Beweismittel gefunden werden, Vorliegend kommt hinzu, dass sich die Hausdurchsuchung bei der späteren Selbstanzeigerin primär auf den Kanton Aargau und dort gelegene Projekte konzentriert haben dürfte, wogegen dieses Dokument ein Projekt im Kanton Zürich betrifft. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Selbstanzeigerin anlässlich der Anhö-

²³⁵ RPW 2012/2, 283 Rz 66, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

²³⁶ RPW 2012/2, 284 ff. Rz 70 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

zung durch die WEKO zu diesem Dokument befragt wurde.²³⁷ Es bestehen aus Sicht der WEKO unter Würdigung dieser Aussagen keine Zweifel daran, dass dieses Dokument nicht nachträglich erstellt wurde. Entsprechend sind keine diesbezüglichen Beweise mehr abzunehmen, erst recht nicht solche, die für den Beweis des relevanten Sachverhalts ohnehin untauglich sind.

103. Zum Beizug von act. [...] aus der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ zum Beweis, dass Hüppi dort bezüglich einem bestimmten Projekt durch eine Selbstanzeigerin (nicht derselben wie im vorliegenden Verfahren) entlastet worden sei: Es ist unbestritten und ergibt sich auch aus der Verfügung betreffend „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, dass Hüppi bezüglich dieses einen Projekts im Kanton Aargau von einer Selbstanzeigerin ausdrücklich entlastet wurde.²³⁸ Ist diese Tatsache erstellt, bedarf es keiner diesbezüglichen Beweisabnahme. Eine Entlastung einer Partei bezüglich eines bestimmten Projekts kommt aber ohnehin nicht einer Entlastung bezüglich anderer Projekte gleich oder indiziert eine solche, weshalb diese einzelfallspezifische Entlastung für das vorliegende Verfahren sowieso unerheblich ist. Schliesslich ist hervorzuheben, dass Hüppi bei dem fraglichen Projekt nicht von Birchmeier, sondern von einer anderen Selbstanzeigerin, welche in vorliegendem Verfahren gar nicht Partei ist, einer Abredeteilnahme bezichtigt wurde. Zum Wahrheitsgehalt von Aussagen von Birchmeier, der Selbstanzeigerin in diesem Verfahren, lässt sich daraus also – entgegen der Ansicht von Hüppi – so oder so keine Erkenntnis gewinnen.

104. Zum Eventualbeweisanspruch bezüglich Einholung einer Auskunft [...] im Fall [...] ist festzuhalten, dass Hüppi selbst angibt, in antizipierter Beweiswürdigung sei davon auszugehen, dass das Erinnerungsvermögen an ein allfälliges kurzes Telefonat aufgrund des Zeitablaufs wenig wahrscheinlich sei. Die WEKO teilt diese Ansicht und geht ebenfalls davon aus, dass eine solche Auskunftsanfrage nicht zu einem Ergebnis führen dürfte. Entsprechend ist von einer solchen Beweisabnahme abzusehen. Diesbezüglich ist klarstellend festzuhalten, dass eine entsprechende Auskunft bei [...] bloss angefragt wurde, weil [...] so oder so um Angabe der [...] angegangen wurde.²³⁹ Die Wettbewerbsbehörden gingen dabei davon aus, dass eine Angabe der [...] trotz des Zeitablaufs noch ohne Weiteres möglich ist, was sich in der Folge bestätigte.²⁴⁰ Es verursachte in diesem Zusammenhang keinen nennenswerten Zusatzaufwand, [...] gleichzeitig auch noch um Auskunft bezüglich eines allfälligen Telefonkontaktes zu bitten, auch wenn die Wettbewerbsbehörden diesbezüglich davon ausgingen, dass diese Auskunft infolge des Zeitablaufs kaum möglich sein dürfte. Der Grund für die klar verneinende Antwort [...] dürfte denn auch darin liegen, dass nicht [...], sondern – wie von Hüppi geltend gemacht – wenn schon [...] ein solches Telefonat geführt hätte, weshalb [...] dies für sich ausschliessen konnte. Wäre [...] aber nicht ohnehin anzugehen gewesen, wären die Wettbewerbsbehörden mit diesem Auskunftsbegehren allein jedoch aufgrund einer entsprechenden antizipierten Beweiswürdigung nicht an [...] gelangt.

105. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass auf die Abnahme der verschiedenen von Hüppi beantragten Beweismittel verzichtet werden kann, da der damit zu beweisende Sachverhalt entweder unerheblich ist, mit den beantragten Beweisabnahmen der relevante Beweis nicht erbracht werden kann oder aber der Sachverhalt auch ohne Abnahme dieser Beweismittel bereits feststeht.

106. Ferner machen einige Parteien geltend, der Sachverhalt sei teilweise zu wenig abgeklärt worden, indem beispielsweise gewisse Bauunternehmen nicht befragt worden sei-

²³⁷ Siehe act. [...].

²³⁸ RPW 2012/2, [...], *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

²³⁹ Siehe act. [...].

²⁴⁰ Vgl. act. [...].

en.²⁴¹ Diesbezügliche förmliche Beweisanträge stellen sie jedoch nicht, weshalb an dieser Stelle nicht im Einzelnen auf diese Vorbringen einzugehen ist. Festgehalten sei hier immerhin, dass die WEKO der Ansicht ist, der Sachverhalt, wie er sich präsentiert, ist genügend abgeklärt und weitere Untersuchungsmassnahmen sind nicht angezeigt.

B.3.2 Zulässige Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts bezüglich Unterlagen aus der Selbstanzeige

107. Hüppi macht – im Übrigen als einzige Partei – geltend, die weitgehende Schwärzung der „Absprachenliste“ und gewisser Passagen im Protokoll der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige sowie das diesbezüglich auferlegte Kopierverbot stelle eine Verweigerung ihres Akteneinsichtsrechts und damit eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör dar.

108. Aufgrund der Schwärzung der „Absprachenliste“ sei es ihr nicht möglich gewesen, deren Unzuverlässigkeit und Fehlerhaftigkeit, in welchen Aargauer Fällen es sich um Falschanzeigen gehandelt habe, darzutun und darzulegen.²⁴² Die vollständige Kenntnis des Protokolls sei notwendig, um die Aussagen der Selbstanzeigerin zu würdigen, etwa weil in der geschwärzten ersten Passage gänzlich unglaubwürdige Aussagen gemacht worden sein könnten oder die Selbstanzeigerin dort selber festgehalten haben könnte, dass sie nicht von ihren Anschuldigungen überzeugt sei.²⁴³ Ebenso sei die Kenntnis der angegebenen Region zentral, da dies die Anschuldigungen von vornherein entkräften könnte.²⁴⁴

109. Aufgrund des Kopierverbots sei es ihr nicht möglich gewesen, mit der nötigen Genauigkeit den einzelnen in diesen Akten enthaltenen Anschuldigungen bzw. Dokumenten nachzugehen. Gerade die schwer leserlichen handschriftlichen Dokumente hätten nur verlässlich analysiert werden können, wenn sie jeweils bei Durchsicht anderer Akten wieder hätten hervorgehoben und mit diesen verglichen werden können. Dafür hätten sie aber müssen kopiert werden können, da ein umgekehrtes Vorgehen, namentlich dies vor Ort in Bern zu tun, schlicht nicht innert nützlicher Frist, insbesondere der 60-tägigen Frist zur Einreichung der Stellungnahme, praktikabel gewesen wäre. Da die Dokumente den Parteien aber grundsätzlich zur Einsichtnahme und Abschrift offen stünden und im Antrag Passagen aus ihnen zum Teil wörtlich, zum Teil indirekt wiedergegeben würden, bestehe auch kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der Selbstanzeigerin an einem Kopierverbot.²⁴⁵

B.3.2.1 Allgemeines

110. In Kartellverwaltungsverfahren gilt gemäss Art. 39 KG in Verbindung mit Art. 26 VwVG im Grundsatz ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht.²⁴⁶ Das Akteneinsichtsrecht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird auch durch Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährleistet. Einschränkungen sind nur, aber immerhin, aus den in Art. 27 VwVG genannten Gründen möglich, namentlich wegen entgegenstehender überwiegender öffentlicher oder privater Interessen. Erforderlich ist demnach im konkreten Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse an der Einsichtnahme einerseits und den

²⁴¹ Siehe etwa act. [...].

²⁴² Act. [...].

²⁴³ Act. [...].

²⁴⁴ Act. [...].

²⁴⁵ Act. [...].

²⁴⁶ Statt anderer bezüglich Art. 26 VwVG etwa BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Praxis-kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 26 VwVG N 59 m.w.H.

entgegenstehenden Interessen andererseits.²⁴⁷ Nur wenn Letztere überwiegen, ist eine Einsichtnahme zu verweigern oder das Einsichtsrecht anderweitig einzuschränken, wobei der jeweils mildestmögliche Eingriff zu wählen ist. In Kartellverwaltungsverfahren ist in diesem Zusammenhang auf Art. 25 KG hinzuweisen, welcher ausdrücklich festhält, dass die Wettbewerbsbehörden Amts- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren haben, wodurch sich ohne Weiteres ergibt, dass gerade solche Geheimnisse als entgegenstehende überwiegende Interessen anzuerkennen sind. Wird die Einsichtnahme in Aktenstücke gestützt auf Art. 27 VwVG berechtigterweise ganz oder teilweise verweigert, richtet sich die Verwertbarkeit der entsprechenden Aktenstücke resp. deren nicht einsehbarer Teile im Rahmen des Verfahrens nach den in Art. 28 VwVG festgelegten Modalitäten.²⁴⁸

B.3.2.2 Ad Schwärzungen

111. Bei den vorgenommenen, von Hüppi beanstandeten Schwärzungen fällt bei der vorzunehmenden Interessenabwägung insbesondere ins Gewicht, dass die fraglichen Unterlagen Teil einer Selbstanzeige sind und dergestalt in vorliegende Untersuchung eingebracht wurden. Die involvierten privaten und öffentlichen Interessen, welche bei Akteneinsichten in Selbstanzeigen in grundsätzlicher und allgemeiner Hinsicht für Einschränkungen sprechen, hat die WEKO in ihrer im Rahmen der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ ergangenen Zwischenverfügung²⁴⁹ herausgearbeitet. Diese wird hier auszugsweise wiedergegeben.²⁵⁰

„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‘²⁵¹. In diesem Zusammenhang wird deshalb von einem ‚Ermittlungs- bzw. Beweisnotstand‘ gesprochen, der insbesondere in Bezug auf horizontale Absprachen (Art. 5 Abs. 3 KG) unbestritten ist²⁵².

21. Der Gesetzgeber beabsichtigte deshalb, der WEKO ein ‚entsprechend wirksames Instrumentarium in die Hand‘ zu geben, ‚um diesem Erschwernis beizukommen‘²⁵³. 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.²⁵⁴

²⁴⁷ BRUNNER (Fn 27), in: Kommentar VwVG, Art. 27 VwVG N 9.

²⁴⁸ Grundlegend zum Anspruch auf Schutz von Geschäftsgeheimnissen, der Spannung zum Akteneinsichtsrecht und zur Umschreibung der fraglichen Daten Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/4, 709 ff. E. 3.1 ff., *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

²⁴⁹ RPW 2012/2, 264 ff., *Zwischenverfügung in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau betreffend Akteneinsicht*.

²⁵⁰ Der technischen Einfachheit halber erfolgt die Nummerierung der Fussnoten fortlaufend und nicht anhand der Nummerierung des Originals. Die Fussnoten des Originals wurden hinsichtlich internen Verweisungen und Zitierweise angepasst.

²⁵¹ CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 120.

²⁵² DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007, 627 ff.; siehe dazu auch BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 251), Art. 49a KG N 123 ff.

²⁵³ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 2038.

²⁵⁴ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 2028.

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.²⁵⁵ 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‘²⁵⁶. 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.²⁵⁷

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 Sanktionsreduktion²⁵⁸, andererseits auf die möglichen Spätfolgen eines Kartellverfahrens²⁵⁹.

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.²⁶⁰

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

²⁵⁵ ZIMMERLI (Fn 252), 721 ff.

²⁵⁶ RETO JACOBS, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: Zäch Roger (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, 218.

²⁵⁷ ZIMMERLI (Fn 252), 743 f. und 742 f.; siehe dazu auch TAGMANN/ZIRLICK (Fn 251), Art. 49a KG N 739 ff. und 169 f.

²⁵⁸ Als Beispiel sei auf die Möglichkeit verwiesen, die Erfolgsaussichten einer Selbstanzeige durch die Einreichung einer anonymisierten Selbstanzeige klären zu lassen (Art. 9 Abs. 2 Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung).

²⁵⁹ Siehe dazu die Ausführungen unter Rz [...]; 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).

²⁶⁰ ZIMMERLI (Fn 252), 732.

Vordergrund. Dieses findet seine Grenzen in der Sicherstellung einer wirksamen Verteidigung für die von einer Selbstanzeige belasteten Unternehmen.“

112. Unter Berücksichtigung der vorangehenden Ausführungen ist diese Interessenabwägung nun in concreto vorzunehmen:

113. Zunächst ist festzuhalten, dass in der „Absprachenliste“ alle aufgelisteten, im Kanton Zürich befindlichen Projekte offengelegt wurden, und zwar unabhängig davon, ob diesbezüglich nachfolgend der Beweis von Wettbewerbsabreden als erbracht erachtet wird oder nicht. Obwohl die Selbstanzeigerin ein erhebliches Interesse an der Geheimhaltung resp. vertraulichen Behandlung dieser Projekte hat, überwiegt nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden hier das Interesse der übrigen Parteien an einer Einsichtnahme. Für die Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte müssen die Parteien nämlich insoweit Einsicht haben in dieses Beweismittel, als dass es um Projekte geht, welche Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind.²⁶¹ Zumindest in einem späten Verfahrenszeitpunkt sprechen sodann auch keine ermittlungstaktischen (und damit öffentlichen) Interessen mehr für eine Geheimhaltung. Soweit Projekte im Kanton Zürich betreffend, nahmen die Wettbewerbsbehörden also gerade keine Abdeckungen vor, da andernfalls die Möglichkeit zu einer wirksamen Verteidigung nicht mehr gewährleistet gewesen wäre, vor allem auch, weil insofern ein Vorgehen gemäss Art. 28 VwVG nicht möglich gewesen wäre.

114. Hingegen wurden sämtliche aufgeführten Projekte, die sich nicht im Kanton Zürich befinden, geschwärzt. Denn bezüglich dieser weiteren, ausserhalb des Gegenstands der vorliegenden Untersuchung liegenden Projekte überwiegen nun das Geheimhaltungsinteresse der Selbstanzeigerin wie auch öffentlichen Interessen an der Abdeckung das Interesse der übrigen Parteien an einer Einsichtnahme. Zum einen ist auch bezüglich dieser Projekte das Geheimhaltungsinteresse der Selbstanzeigerin erheblich. So würde sich im Falle des öffentlichen Bekanntwerdens etwa die Möglichkeit von Schadenersatzprozessen erhöhen. Die Gefahr, dass die Öffentlichkeit durch andere Parteien an Informationen bezüglich dieser Projekte gelangen würde (beispielsweise als Retorsionsmassnahme), erscheint wegen der bei diesen Projekten regelmässig fehlenden eigenen Betroffenheit der anderen Parteien des vorliegenden Verfahrens zudem ungleich grösser als bezüglich Projekten im Kanton Zürich. Auch die öffentlichen Interessen am Funktionieren des Instituts der Selbstanzeige und damit einem schonungsvollen Umgang mit freiwillig offengelegten Informationen sind gewichtig. Zum anderen ist bezüglich dieser Projekte (anders als bezüglich der im Kanton Zürich gelegenen Projekte) das Einsichtsinteresse der übrigen Parteien gering, reicht es für sie doch aus, zu wissen, dass es sich bei den abgedeckten Stellen um Projekte ausserhalb des Untersuchungsgegenstands, namentlich aus dem Kanton Aargau, handelt.²⁶² Welche Projekte im Einzelnen aufgeführt sind, um so vergleichen zu können, welche davon in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ beurteilt wurden und welche nicht, ist für die Parteien des vorliegenden Verfahrens – entgegen der Ansicht von Hüppi – ohne Belang, zumal sich dadurch ohnehin nicht beweisen liesse, dass es sich bei den übrigen aufgelisteten Projekten um „Falschanzeigen“ gehandelt hätte²⁶³. Inwiefern Hüppi dies auf andere Weise (also nicht aufgrund eines blossen Vergleichs mit den in der Untersuchung

²⁶¹ Nicht praktikabel und unverhältnismässig aufwändig wäre es gewesen, hinsichtlich jeder Partei jeweils nur diejenigen im Kanton Zürich liegenden Projekte offen zu legen, von welchen sie als Offertent oder zur Offertstellung eingeladenes Unternehmen betroffen ist. Zum einen wurde bezüglich einzelner Projekte erst im Laufe des weiteren Verfahrens bekannt, um welche Gesellschaften es sich dabei handelt, was laufend Anpassungen bedingt hätte, zum anderen hätte für jede Partei ein separat einsehbarer Ordner mit individuell angepassten Dokumenten (und zwar nicht nur der „Absprachenliste“, sondern aller Bonusmeldungsunterlagen) erstellt werden müssen.

²⁶² Dass Hüppi hierum wusste, zeigt sich schon nur aus seiner Stellungnahme (vgl. etwa act. [...]) – es wurde ihr mündlich anlässlich der Einsichtnahme mitgeteilt.

²⁶³ Siehe ausführlicher dazu Rz 100.

„Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ beurteilten und v.a. nicht beurteilten Projekten) aufzeigen möchte, wird von ihr weder erläutert noch wäre eine solche Möglichkeit ersichtlich. Anderweitige Einsichtsinteressen der übrigen Parteien sind nicht auszumachen; vielmehr ist es so, dass, hätte die Selbstanzeigerin etwa zwei separate, nach Kantonen getrennte Listen geführt, die Liste betreffend den Kanton Aargau mangels Relevanz gar nicht erst in die Akten der vorliegenden Untersuchung aufgenommen worden wäre.²⁶⁴

115. Soweit die abgedeckten Passagen im Protokoll der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige betreffend, ist festzuhalten, dass auch hier die Geheimhaltungsinteressen der Selbstanzeigerin wie auch teilweise die öffentlichen Interessen am Funktionieren der Bonusregel überwiegen. Eine Offenlegung der ersten Passage würde die nachteiligen Folgen einer Selbstanzeige weiter vergrössern und so deren Attraktivität erheblich schmälern. Bei den angegebenen Regionen handelt es sich um strategische Angaben zur Unternehmenstätigkeit der Selbstanzeigerin und damit um ein Geschäftsgeheimnis. Dem stehen auch hier bescheidene Interessen an einer Einsichtnahme gegenüber; die erste Passage ist nicht weiter entscheidend. Nur, aber immerhin, kann Hüppi in Anbetracht ihrer Spekulationen versichert werden, dass es sich weder um eine Aussage handelt, wonach die Selbstanzeigerin selbst nicht von ihren Anschuldigen überzeugt ist, noch um eine gänzlich unglaubwürdige Aussage – im Übrigen wären solche Aussagen ohne Weiteres entscheidend. Bezüglich der angegebenen Regionen ist es Hüppi auch ohne Kenntnis der genauen Angaben möglich, sich wirkungsvoll zu verteidigen. Insbesondere kann sie, wie sie es denn auch tut,²⁶⁵ problemlos vorbringen, dass – wenn diese Region „auch die an den Kanton Aargau grenzenden Gebiete des Kantons Zürich“ umfassen sollte – dadurch „die Anschuldigungen betreffend Absprachen im Kanton Zürich von vornherein“ entkräftet würden.

116. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bei allen abgedeckten Passagen private und zudem grösstenteils auch öffentliche Interessen an einer Abdeckung bestehen, die das Interesse an einer Einsichtnahme durch die anderen Parteien, namentlich auch Hüppi, überwiegen. Dementsprechend sind die vorgenommenen Schwärzungen angezeigt und gemäss Art. 27 VwVG berechtigt. Da die Wettbewerbsbehörden auf keine dieser abgedeckten Passagen abstellen, erübrigt sich ein Vorgehen nach Art. 28 VwVG. Durch die vorgenommenen Schwärzung wird das Recht von Hüppi auf Akteneinsicht, und damit auch ihr Anspruch auf rechtliches Gehör, demnach nicht verletzt.

B.3.2.3 Ad Kopierverbot

117. Es trifft zu, dass die Wettbewerbsbehörden den Parteien hinsichtlich der vier Aktenstücke act. [...], die Teil der Selbstanzeige sind und dergestalt in vorliegende Untersuchung eingebracht wurden, ein Kopierverbot auferlegt haben. Erlaubt war es ihnen jedoch, diese Unterlagen vor Ort einzusehen, sich Notizen davon zu machen resp. sie abzuschreiben sowie deren Inhalt auf ein Aufnahmegerät zu diktieren. Bezüglich aller übrigen Aktenstücke dieses Verfahrens wurde die Möglichkeit zur Anfertigung von Kopien nicht eingeschränkt.

118. Es ist anerkannt, dass das Akteneinsichtsrecht unter anderem auch das Recht umfasst, Kopien von Aktenstücken anzufertigen.²⁶⁶ Ein Kopierverbot stellt demnach eine Einschränkung des Akteneinsichtsrechts dar. Ob eine solche Einschränkung rechtmässig ist, ergibt sich wiederum aus einer Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen (Art. 27 VwVG). Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass ein Kopierverbot nicht nur dann zu-

²⁶⁴ Bei Bonusmeldungen im Ergebnis für eine Vorgehensweise in diesem Sinne plädierend etwa BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 169.

²⁶⁵ Vgl. act. [...].

²⁶⁶ Statt anderer WALDMANN/OESCHGER (Fn 246), in: Praxiskommentar VwVG, Art. 26 VwVG N 80 m.w.H.

lässig ist, wenn das Erstellen von Kopien einen unverhältnismässigen Kosten- und Arbeitsaufwand verursachen würde, sondern auch, wenn andere überwiegende Interessen an einem solchen bestehen.²⁶⁷

119. Hinsichtlich dieser Interessenabwägung ist vorab darauf hinzuweisen, dass die im Rahmen der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ ergangene Zwischenverfügung²⁶⁸ ebendiese Frage beschlägt, namentlich ein Kopierverbot bezüglich der Unterlagen der Selbstanzeige(en). Ergänzend zu den bereits zuvor abgedruckten Passagen²⁶⁹ aus dieser Zwischenverfügung, welche auch vorliegend von Relevanz sind, erscheint es daher geboten, an dieser Stelle zwei weitere Passagen wiederzugeben:²⁷⁰

„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.

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).²⁷¹“

120. Bezüglich der vorzunehmenden Interessenabwägung in concreto ist zunächst das Interesse von Hüppi an einer auflagefreien Einsichtnahme, also mit Kopiermöglichkeit auch dieser Aktenstücke, zu bewerten. Hüppi bringt diesbezüglich vor, ohne Kopiermöglichkeit sei es ihr nicht möglich, *„mit der nötigen Genauigkeit den einzelnen in diesen Akten enthaltenen Anschuldigungen bzw. Dokumente nachzugehen und diese anderen in den entsprechenden Fällen vorhandenen Dokumenten gegenüberzustellen und zu vergleichen, geschweige denn verlässliche Schlüsse zu ziehen. Die nicht kopierbaren Dokumente enthalten zudem zahlreiche Kopien von handschriftlichen Unterlagen, welche z.T. kaum oder gar nicht oder nur mehrdeutig entzifferbar sind. Eine verlässliche Analyse des Gehalts oder Nichtgehalts von solchen schwer leserlichen Handschriftdokumenten lässt sich nur vornehmen, wenn diese Dokumente kopiert und nach Hause genommen werden können, um sie jeweils bei Durchsicht anderer Akten wieder hervorzunehmen und mit diesen vergleichen zu kön-*

²⁶⁷ Vgl. Entscheid der REKO MAW vom 29.4.2003, VPB 2004, Nr. 30 E. 5.2.

²⁶⁸ RPW 2012/2, 264 ff., *Zwischenverfügung in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau betreffend Akteneinsicht.*

²⁶⁹ Siehe Rz 111.

²⁷⁰ Der technischen Einfachheit halber erfolgt auch hier die Nummerierung der Fussnoten fortlaufend und nicht anhand der Nummerierung des Originals. Die Fussnoten des Originals wurden hinsichtlich internen Verweisungen und Zitierweise angepasst.

²⁷¹ Neben den Gesuchstellerinnen ist dies die Hüppi AG [...].

nen“.²⁷² Das Kopierverbot bewirke demnach im vorliegenden Fall eine einschneidende Beeinträchtigung ihrer Verteidigungsmöglichkeiten.

121. Bei den nicht kopierbaren Aktenstücken handelt es sich um insgesamt vier Aktenstücke. Diese umfassen 1, 72, 11 sowie 7 Seiten, insgesamt also 91 Seiten, wovon allerdings 18 Seiten blosse Registerseiten (Beilage X) ohne weiteren Informationsgehalt sind. Es geht also um maximal 73 Seiten, doch beschlagen diese nebst allgemein relevanten Beweismitteln, wie der mündlichen Ergänzung zur Selbstanzeige, auch etliche Projekte, von denen Hüppi gar nicht betroffen ist, was die Anzahl der für Hüppi relevanten Seiten weiter reduziert (so insbesondere um die projektspezifischen Beilagen, von welchen Hüppi nicht betroffen ist). Spezifisch zu den Projekten, von welchen Hüppi betroffen ist, liegen jeweils kurze Aussagen der Selbstanzeigerin, ein bis zwei Beilagen pro Projekt²⁷³ sowie gegebenenfalls die entsprechenden handschriftlichen Einträge in der „Absprachenliste“ vor. Es handelt sich vorliegend somit um eine ausgesprochen bescheidene Anzahl von für Hüppi relevanten Seiten, hinsichtlich welcher sie durch das Kopierverbot eingeschränkt wird. Entsprechend gering und ohne Weiteres zumutbar fällt der für Hüppi durch das Kopierverbot entstehende Mehraufwand aus, der im Zeitaufwand für die Anfertigung von Notizen zu diesen Unterlagen sowie gegebenenfalls einer wörtlichen Abschrift oder Sprachaufnahme, insbesondere von besonders wesentlichen Passagen, zur Sicherstellung einer jederzeitigen Verfügbarkeit des Inhalts dieser Unterlagen in den eigenen Räumlichkeiten besteht.

122. Auch in zeitlicher Hinsicht war es Hüppi problemlos möglich, vor Ort Einsicht in diese Akten zu nehmen, und zwar in ausreichendem Masse. So wäre ihr innert Frist zur Stellungnahme eine mehrmalige Sichtung der Akten vor Ort unbenommen – und im Übrigen, sofern überhaupt geboten, ohne Weiteres auch zumutbar – gewesen. Denn bei der Frist zur Stellungnahme handelte es sich um eine zwei Mal 30-tägige, erst noch aufgrund der weihnachtlichen Gerichtsferien um zusätzliche Tage verlängerte Frist. Dass Hüppi mit ihrer Einsichtnahme bis Mitte Januar 2013 zuwartete – dies im Gegensatz zu den anderen einsichtnehmenden Parteien, die bereits im November und Dezember 2012 Einsicht nahmen –, könnte zwar dazu geführt haben, dass es für eine (von Hüppi allerdings gar nicht ersuchte) zweite oder dritte Einsichtnahme zeitlich knapp geworden wäre, doch wäre dies der späten Einsichtnahme von Hüppi zuzuschreiben gewesen und hätte nicht den Wettbewerbsbehörden angelastet werden können. In dieser Hinsicht kommt weiter hinzu, dass Hüppi schon im Oktober 2012 ein Gesuch um Akteneinsicht stellte und zudem um Zustellung eines aktualisierten Aktenverzeichnisses ersuchte. Auf die umgehende Antwort des Sekretariats vom 23. Oktober 2012, Hüppi möge sich zwecks Terminvereinbarung für die Einsichtnahme mit dem Sekretariat in Verbindung setzen, reagierte Hüppi allerdings nicht.

123. Eine anderweitige Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten von Hüppi durch das Kopierverbot ist ebenfalls nicht auszumachen: So trifft es schlicht nicht zu, dass „zahlreiche Kopien von handschriftlichen Unterlagen“ in diesen Akten vorhanden wären. Vielmehr handelt es sich nebst den [<30] offengelegten²⁷⁴ handschriftlichen Zeileneinträgen in der „Absprachenliste“ um eine einzige Seite, namentlich ein Offertdeckblatt, welche u.a. Hüppi betrifft und die, allerdings in bescheidenem Umfang (insgesamt 15–20 Zahlenangaben [Beträge sowie eine Telefonnummer] sowie ca. 10 Worte), handschriftliche Notizen enthält. Einzelne dieser handschriftlichen Angaben mögen nun schwer leserlich sein, doch war es für Hüppi ein Leichtes, sich die mehreren möglichen Lesarten alternativ zu notieren, um so in den eigenen Räumlichkeiten einen Abgleich mit anderen Akten vornehmen zu können. Da die Lesbarkeit der Angaben selber auch bei Gewährung einer Kopiermöglichkeit dieselbe

²⁷² Act. [...].

²⁷³ In den meisten Fällen handelt es sich dabei um Offertöffnungsprotokolle, standardisierte Begleitschreiben oder Deckblätter der Selbstanzeigerin zu den von ihr eingereichten Offerten.

²⁷⁴ Siehe dazu die vorangehenden Rz 111 ff.

geblieben und nicht plötzlich besser geworden wäre, beeinträchtigt das Kopierverbot ihre Verteidigungsmöglichkeiten nicht.

124. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Verteidigungsmöglichkeiten von Hüppi durch das auferlegte, im Umfang auf vier Aktenstücke beschränkte Kopierverbot nicht tangiert und geschmälert wurden.

125. Demgegenüber sprechen sowohl gewichtige private Interessen der Selbstanzeigerin wie auch öffentliche Interessen am guten Funktionieren des Instituts Selbstanzeige für ein Kopierverbot. Hüppi bestreitet zwar, dass private Interessen der Selbstanzeigerin bestehen würden, da viele Stellen aus diesen Unterlagen im Antrag wiedergegeben seien und die Parteien davon auch Abschriften haben machen können. Doch zum einen finden sich im Antrag resp. in der Verfügung nur auszugsweise Stellen daraus, welche meist erst noch bloss indirekt wiedergegeben werden; gerade bezüglich der Projekte, bei welchen die Selbstanzeigerin Schutznehmerin war, konnte im Antrag resp. in der Verfügung aus prozessökonomischen Gründen auf eine detaillierte Schilderung verzichtet werden. Zum anderen ist der Beweiswert dieser auszugsweisen Passagen, vor allem aber allfälliger Notizen anderer Parteien, deutlich geringer einzustufen als von Kopien der Originaldokumente. Das Interesse der Selbstanzeigerin an der Vermeidung, dass solche Kopien allenfalls an die Öffentlichkeit gelangen, ist damit evident. Zudem besteht ein erhebliches öffentliches Interesse am Kopierverbot, denn es ist für das gute Funktionieren der Bonusregelung zentral, dass die Unternehmen in vorhersehbarer Weise darauf vertrauen und sich darauf verlassen können, dass die im Rahmen einer Selbstanzeige ins Verfahren eingebrachten Dokumente nicht ohne ihr Einverständnis kopiert werden können.²⁷⁵ Dass dieses Vertrauen in die möglichst diskrete und schonungsvolle Behandlung von Akten aus der Selbstanzeige für die Bonusmelder von wesentlicher Bedeutung und damit für das Funktionieren des Systems der Bonusregel essentiell ist, bestätigen denn auch entsprechende Aussagen der Selbstanzeigerin.²⁷⁶

126. Diese für ein Kopierverbot sprechenden Interessen überwiegen die Interessen von Hüppi an einer auflagenlosen Einsichtnahme deutlich. Beim Kopierverbot handelt es sich denn auch um das mildest mögliche Mittel, um den für eine eingeschränkte Akteneinsicht sprechenden Interessen zum Durchbruch zu verhelfen. Entsprechend war diese Auflage verfassungs- und VwVG-konform, verletzt m.a.W. das Recht auf Akteneinsicht von Hüppi nicht. Folgedessen besteht auch kein Grund für eine Neuansetzung der Frist zur Stellungnahme, wobei darauf hinzuweisen ist, dass Hüppi mit der von ihr eingereichten, ausführlichen Stellungnahme gleich selbst belegt, dass ihr eine Wahrnehmung ihrer Verteidigungsmöglichkeiten offensichtlich möglich war.

B.3.2.4 Fazit

127. Sowohl die vorgenommenen Schwärzungen als auch das Kopierverbot sind demnach rechtmässig und nicht zu beanstanden. Wie die umfangreiche Stellungnahme von Hüppi belegt, war es ihr (wie auch den übrigen Parteien) denn auch trotz diesen (wie ausgeführt berechtigten) Einschränkungen ihres Akteneinsichtsrechts ohne Weiteres möglich, sich umfassend und eingehend zur Sache zu äussern; ihre Verteidigungsmöglichkeit war nicht beeinträchtigt.²⁷⁷ Entsprechend ist auch der Eventualantrag von Hüppi – der aus Sicht der Wettbewerbsbehörden wohl mehr der Konstruktion einer verfahrensrechtlichen Rüge in einem allfälligen Beschwerdeverfahren als der Sache selbst dienen soll – abzuweisen.

²⁷⁵ Ebenso bereits RPW 2012/2, 266 f. Rz 27, *Zwischenverfügung in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau betreffend Akteneinsicht*.

²⁷⁶ Siehe etwa act. [...].

²⁷⁷ Siehe dazu auch die Begründung der Ablehnung eines Beizugs der Akten aus der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ in Rz 100.

B.3.3 Zulässige Frist zur Stellungnahme bezüglich der Fälle [...]

128. Hüppi macht in ihrem Schreiben vom 8. April 2013 bezüglich der Fälle [...] geltend, die Fristansetzung sei in gesetzesverletzender Weise erfolgt und die angesetzte Frist sei zu kurz, wodurch ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt werde.²⁷⁸ Diesen Vorbringen sind die Wettbewerbsbehörden bereits mit Schreiben vom 9. April 2013 begegnet.²⁷⁹ An dieser Stelle seien die Erwägungen aus vorgenanntem Schreiben wiederholt.

129. Bezüglich Zulässigkeit der Fristansetzung ist festzuhalten, dass die Zustellung einer fristauslösenden Mitteilung während den Gerichtsferien im Anwendungsbereich des VwVG zulässig ist und eine Partei in diesem Zeitraum rechtsgültig vom Hoheitsakt Kenntnis nehmen kann.²⁸⁰ Dass Hüppi das fristauslösende Schreiben vom 26. März 2013²⁸¹ während den Gerichtsferien zuzuging und sie davon am 2. April 2013, also während den Gerichtsferien, Kenntnis nahm, steht demnach nicht im Widerspruch zum VwVG.

130. Bezüglich eines allfälligen Fristenstillstands während den Gerichtsferien verhält es sich so, dass Art. 22a VwVG nicht für Fristen gilt, die auf einen bestimmten Kalendertag bestimmt sind,²⁸² worauf die Wettbewerbsbehörden Hüppi bereits im fristauslösenden Schreiben vom 26. März 2013 hingewiesen haben. Dass diese Regelung in der Lehre kritisch betrachtet wird,²⁸³ ändert an ihrer Gültigkeit und damit der geltenden Rechtslage nichts. Auf die umstrittene Frage, ob sich eine auf einen bestimmten Kalendertag innerhalb der Gerichtsferien angesetzte Frist auf den ersten Werktag nach den Gerichtsferien verlängert,²⁸⁴ braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Denn beim 8. April 2013, dem als Fristende angesetzten Kalendertag, handelt es sich um den ersten Werktag nach den Gerichtsferien.

131. Als Zwischenfazit ist daher festzuhalten, dass die Fristansetzung gesetzmässig erfolgt ist und der in Art. 22a VwVG vorgesehene Fristenstillstand nicht zur Anwendung gelangt.

132. Bezüglich der Dauer der Frist, die Hüppi als unangemessen kurz und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzend erachtet, ist Folgendes anzumerken: Bei der mit fristauslösendem Schreiben vom 26. März 2013 auf den 8. April 2013 angesetzten Frist wurden die Gerichtsferien in der Tat nicht verlängernd berücksichtigt. Eine solche Nichtberücksichtigung der Gerichtsferien ist allerdings statthaft.²⁸⁵ Für die Beurteilung, ob die angesetzte Frist insgesamt angemessen ist, ist jedoch nicht dies allein entscheidend, sondern vielmehr eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass sowohl die neuen Beweismittel als auch die rechtlichen Fragen bezüglich der Fälle [...] von bescheidenem Umfang sind. Insbesondere ins Gewicht fällt sodann, dass die Wettbewerbsbehörden Hüppi bereits mit Schreiben vom 14. März 2013²⁸⁶ und unter Bezeichnung der betroffenen Projekte und neuen Beweismittel angekündigt haben, trotz Gerichtsferien eine Frist von der

²⁷⁸ Vgl. act. [...].

²⁷⁹ Siehe act. [...].

²⁸⁰ BGE 132 II 153 E. 4.1.

²⁸¹ Act. [...].

²⁸² Vgl. etwa URS PETER CAVELTI, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 22a VwVG N 2; BERNARD MAITRE/VANESSA THALMANN, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 22a VwVG N 6. Ebenso, allerdings bezogen auf das OG, BGE 97 I 851 E. 1.

²⁸³ Siehe etwa die in der vorangehenden Fn genannten Autoren.

²⁸⁴ Dazu etwa CAVELTI (Fn 282), in: Kommentar VwVG, Art. 20 VwVG N 44 m.w.H. in Fn 150.

²⁸⁵ Siehe nur etwa das Merkblatt Fristen im Kartellverfahren, welches exemplarisch, nicht abschliessend, Ausnahmen von einer Berücksichtigung aufzählt.

²⁸⁶ Act. [...].

letztlich anberaumten Dauer anzusetzen. Weiter stellten die Wettbewerbsbehörden Hüppi die eingeholten Beweismittel jeweils umgehend nach Empfang zu, so dass Hüppi von den meisten Beweismitteln bereits etliche Tage (teilweise bis zu zwei Wochen) vor dem fristauslösenden Schreiben vom 26. März 2013 Kenntnis hatte.²⁸⁷ Aufgrund dessen konnte Hüppi sich auf die letztlich erfolgte Fristansetzung einstellen, schon gewisse Vorarbeiten erledigen und sich im Übrigen entsprechend organisieren. Kommt hinzu, dass die Wettbewerbsbehörden Hüppi – wie im Schreiben vom 14. März 2013 bereits angekündigt – eine einmalige Friststreckung von 10 Tagen, also bis am 18. April 2013, gewährt haben.

133. In Anbetracht des Vorangehenden kommt die WEKO zum Schluss, dass die angesetzte und einmalig verlängerte Frist im vorliegenden Fall angemessen und den Anspruch von Hüppi auf rechtliches Gehör wärend ist.

B.4 Vorbehaltene Vorschriften

B.4.1 Die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens schliessen die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht aus

134. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

135. Da das BöB²⁸⁸ sowie die kantonalen Erlasse zum öffentlichen Beschaffungswesen²⁸⁹ Bestimmungen über Submissionen enthalten, erscheint es als angebracht, deren Verhältnis zum KG zu prüfen.

136. Das BöB sieht in Art. 11 Bst. e vor, dass die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder Anbieter vom Verfahren ausschliessen kann, wenn diese Abreden getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen. Die kantonalen Erlasse kennen vergleichbare Vorschriften (für den Kanton Zürich § 28 Bst. e SubV ZH²⁹⁰). Der Wortlaut dieser Bestimmung deckt sich weitgehend mit demjenigen von Art. 5 KG. Es stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des BöB (und damit der VöB²⁹¹) zum KG – mithin, ob ein und derselbe Sachverhalt (Submissionsabsprache) Gegenstand sowohl des submissionsrechtlichen (Art. 11 BöB resp. § 28 Bst. e SubV ZH) als auch des kartellrechtlichen (Art. 5 KG) Verfahrens sein kann. Diese Frage ist in Übereinstimmung mit dem BVGer und ehemals der REKO/WEF²⁹² zu bejahen.²⁹³ Erfüllt ein Sachverhalt je einen der gesetzlichen Tat-

²⁸⁷ Für eine Auflistung der Zustelldaten bezüglich der einzelnen Beweismittel siehe act. [...], ferner act. [...].

²⁸⁸ Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1).

²⁸⁹ Betr. den Kanton Zürich siehe Fn 3.

²⁹⁰ Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubV [ZH]; LS 720.11).

²⁹¹ Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).

²⁹² Rekurskommission für Wettbewerbsfragen.

²⁹³ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 378 E. 4 m.w.H. auf die gleichlautende, gemäss BVGer einhellige Lehre, *Implemia (Ticino) SA/WEKO*; Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2005/1, 190 ff. E. 5.1 f., *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/WEKO*.

bestände des KG und des BöB resp. der kantonalen Erlasse zum öffentlichen Beschaffungswesen, können beide Gesetze parallel zur Anwendung kommen. Zur Begründung kann Folgendes ausgeführt werden:²⁹⁴

137. Zunächst schützen das BöB und das KG unterschiedliche Rechtsgüter. Art. 11 Bst. e BöB und ebenso entsprechende kantonale Vorschriften (wie z.B. § 28 Bst. e SubV ZH) dienen dem Schutz des öffentlichen Ausschreibenden. Der öffentliche Auftraggeber soll in erster Linie die öffentlichen Mittel wirtschaftlich einsetzen (beispielhaft Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB). Es ist jedoch nicht Aufgabe der öffentlichen Vergabestellen, den wirksamen Wettbewerb durchzusetzen. Der Schutz dieses Rechtsgutes obliegt allein der WEKO. Umgekehrt ist es für die Anwendung des Kartellgesetzes ohne Bedeutung, inwieweit die Interessen des Auftraggebers verletzt werden. Der Schutz des Rechtsguts „wirksamer Wettbewerb“ (im Sinne des Kartellgesetzes) tritt somit neben den Rechtsgüterschutz der Erlasse zum öffentlichen Beschaffungswesen und weist damit eine selbstständige Bedeutung auf.

138. Schliesslich unterscheiden sich die beiden Verfahren auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolge. Während die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens²⁹⁵ der zuständigen Behörde nur, aber immerhin, erlauben, einen allenfalls erfolgten Zuschlag zu widerrufen, die Teilnehmer der Submissionsabsprache aus dem Verfahren auszuschliessen und/oder aus dem Verzeichnis der qualifizierten Anbieter zu streichen, kann die WEKO seit 1. April 2004 gemäss Art. 49a KG auch direkte Sanktionen verhängen.

139. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Beurteilung von Vergangenheitssachverhalten denn auch die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden im Bereich der öffentlichen Beschaffungen bestätigt.²⁹⁶

140. Zusammenfassend ergibt sich die kumulative Anwendbarkeit der Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes sowie der Kantone einerseits und des Kartellgesetzes andererseits.

141. Andere Vorschriften, die einen Vorbehalt gemäss Art. 3 KG begründen könnten, sind nicht ersichtlich.

B.4.2 Aber der durch die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens geschaffene Rahmen ist bei der kartellrechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen

142. Wie zuvor ausgeführt, schliessen die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht aus, es handelt sich bei ihnen mithin nicht um vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG. Dies hat aber nicht zur Folge, dass die Regelungen des öffentlichen Beschaffungswesens bei der Anwendung des Kartellrechts gänzlich unbeachtlich wären. Vielmehr ist der Rahmen, welcher durch die vergaberechtlichen Vorschriften geschaffen wird und welcher auf die allermeisten der nachfolgend näher betrachteten Projekte Anwendung findet, gebührend zu berücksichtigen. Denn es ist von einem einheitlichen, in sich geschlossenen und schlüssigen Gesamtrechtssystem auszugehen. Die Gesamtrechtsordnung sowie deren Stimmigkeit in sich selbst ist nun zum ei-

²⁹⁴ Siehe zum Ganzen auch die ständige Rechtsprechung der WEKO: RPW 2009/3, 203 f. Rz 42 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2008/1, 94 f. Rz 73 ff., *Strassenbeläge Tessin*; ferner RPW 2009/4, 341 f. Rz 19 ff., *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

²⁹⁵ Siehe Art. 11 Bst. e i.V.m. Art. 10 BöB; für den Kanton Zürich § 28 Bst. e i.V.m. § 23 Abs. 5 sowie § 36 SubV ZH.

²⁹⁶ Urteil des BGer 2A.59/2005 vom 22.08.2005, RPW 2005/3, 582 E. 3.3, *Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG, REKO*.

nen bei der Auslegung der verschiedenen Normen zu berücksichtigen.²⁹⁷ Zum anderen ist sie aber auch zu beachten, wenn das Verhalten der Marktakteure gewürdigt wird, erfolgt dieses doch eingebettet in und im Wissen um die Gesamtrechtsordnung.

143. Bauaufträge, welche die öffentliche Hand²⁹⁸ vergibt, unterstehen einem weitgehend normierten Vergabemechanismus.²⁹⁹ So sind in Abhängigkeit vom Auftragswert (Schwellenwert)³⁰⁰ unterschiedliche Vergabeverfahren vorgeschrieben,³⁰¹ wobei unterschieden werden kann zwischen

- offenen und selektiven Verfahren, welche bei höheren Schwellenwerten (im Bauhauptgewerbe im ausserstaatsvertraglichen Bereich bei kantonalen Vergaben gemäss Anhang 2 IVöB ab einem Auftragswert von CHF 500'000.-) zur Anwendung gelangen und bei welchen der Auftrag öffentlich ausgeschrieben wird, so dass – bei selektiven Verfahren jedenfalls in einem ersten Schritt – alle Anbietenden teilnehmen können;

- Einladungsverfahren, welche bei „mittleren“ Schwellenwerten (im Bauhauptgewerbe im ausserstaatsvertraglichen Bereich bei kantonalen Vergaben gemäss Anhang 2 IVöB bei einem Auftragswert zwischen CHF 300'000.- und unter CHF 500'000.-) zur Anwendung gelangen und bei welchen die Auftraggeberin ohne öffentliche Ausschreibung mindestens drei Anbietende zur Angebotseingabe einlädt, da sie möglichst mindestens drei Angebote einzuholen hat³⁰²; und

- freihändigen Verfahren, welche bei tiefen Schwellenwerten (im Bauhauptgewerbe im ausserstaatsvertraglichen Bereich bei kantonalen Vergaben gemäss Anhang 2 IVöB bei einem Auftragswert unter CHF 300'000.-) sowie in besonders gelagerten (hier nicht weiter interessierenden) Fällen³⁰³ zur Anwendung gelangen und bei welchen die Auftraggeberin den Auftrag ohne öffentliche Ausschreibung direkt an einen bestimmten Anbietenden vergibt.³⁰⁴

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass es der öffentlichen Hand jeweils unbenommen ist, freiwillig ein höherschwelliges Verfahren zur Anwendung zu bringen. Das Gemeinwesen muss sich diesfalls aber auf die von ihm gewählte Verfahrensart behaften lassen und demnach die für diese Verfahrensart geltenden Verfahrens- und materiellen Regeln befolgen.³⁰⁵ M.a.W. handelt es sich bei den vorgesehenen schwellenwertabhängigen Verfahrensarten um Minimalvorgaben, die nicht unterschritten, sehr wohl aber vom Gemeinwesen (freiwillig) überschritten werden dürfen. So kann beispielsweise ein Gemeinwesen für Arbeiten im Bauhauptgewerbe auch bei einem Auftragswert von CHF 150'000.- anstatt eines freihändigen Verfahrens ein Einladungsverfahren durchführen.

Erwähnenswert ist ferner, dass es zulässig ist und durchaus auch zweckmässig sein kann, wenn ein Gemeinwesen innerhalb eines freihändigen Verfahrens anstatt bloss einer, mehrere Offerten einholt und diese vergleicht.³⁰⁶ Dadurch mutiert dieses freihändige Verfahren

²⁹⁷ In dem Sinn BGE 137 II 199 E. 5.1; vgl. dazu ferner BENDICHT LÜTHI, Anmerkung zu „Office Connex [Interkonnektion XI]“, Bundesgericht vom 16. Februar 2007, sic! 2007, 552–555, 554 f.

²⁹⁸ Siehe dazu, welche Rechtsträger im Einzelnen hierunter fallen, Art. 8 IVöB.

²⁹⁹ Die IVöB findet im nicht von Staatsverträgen erfassten Bereich auf alle Arten von öffentlichen Aufträgen Anwendung (vgl. Art. 6 Abs. 2 IVöB).

³⁰⁰ Dazu Art. 7 IVöB.

³⁰¹ Zur Abhängigkeit des zu wählenden Verfahrens vom Auftragswert siehe Art. 12^{bis} Abs. 2 i.V.m. Anhang II IVöB.

³⁰² Art. 12 Abs. 1 Bst. b^{bis} IVöB.

³⁰³ Vgl. dazu etwa § 10 SubV [ZH].

³⁰⁴ Siehe zu den diversen Verfahrensarten Art. 13 BöB und Art. 12 IVöB.

³⁰⁵ So zur SubV [ZH] Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich BV.2008.00555 vom 20.05.2009, E. 1.4.

³⁰⁶ In diesem Sinne auch etwa BGE 131 I 137 E. 2.7.

nicht automatisch zu einem Einladungsverfahren mit den hierfür geltenden Verfahrens- und materiellen Regeln. Allerdings darf das Gemeinwesen bei einer solchen Einholung mehrerer Offerten nicht den Eindruck erwecken, ein Einladungsverfahren durchzuführen, vielmehr muss für die Anbietenden klar sein, dass es sich um ein freihändiges Vergabeverfahren handelt.³⁰⁷ So kann beispielsweise ein Gemeinwesen für Arbeiten im Bauhauptgewerbe auch bei einem Auftragswert von CHF 150'000.- im Rahmen eines freihändigen Verfahrens mehrere Angebote einholen und es kommen weiterhin die Verfahrens- und materiellen Regeln des freihändigen Verfahrens zur Anwendung, solange das Gemeinwesen nicht den Eindruck erweckt, ein (höherrangiges) Einladungsverfahren durchzuführen.³⁰⁸

144. Weiter hat die Auftraggeberin gemäss den vergaberechtlichen Bestimmungen bereits in der Veröffentlichung resp. in der direkten Mitteilung im Einladungsverfahren (bzw. spätestens in den Ausschreibungsunterlagen) die Zuschlagskriterien inklusive deren Rangordnung oder Gewichtung bekanntzugeben,³⁰⁹ wobei bei weitgehend standardisierten Gütern der niedrigste Preis auch das einzige Zuschlagskriterium sein kann.³¹⁰ Die Anbietenden wissen deshalb vor Einreichung ihres Angebots um die für die Zuschlagserteilung massgebenden Kriterien sowie deren Rangordnung bzw. Gewichtung. Wenn von einigen Parteien ausgeführt wird, der Bauherr – und nicht die Unternehmer – vergebe die Aufträge, und zwar nach seinen Kriterien,³¹¹ so trifft dies zwar zu, doch wissen die Anbietenden eben vorgängig über diese Kriterien und deren Rangordnung bzw. Gewichtung und können dies entsprechend berücksichtigen und einkalkulieren.

145. Die eingereichten Angebote bleiben bis zum Öffnungstermin verschlossen. Über die Öffnung wird ein Protokoll erstellt, in das allen Anbietenden spätestens nach dem Zuschlag Einsicht gewährt wird und woraus diese die von den übrigen Anbietenden eingegebenen Preise erfahren.³¹² Ferner ist es der Auftraggeberin ausser bei freihändigen Verfahren in allen Vergabeverfahren verboten, mit den Anbietenden über Preise, Preisnachlässe oder Änderungen des Leistungsinhalts zu verhandeln³¹³ – die Durchführung von Abgebotsrunden ist der öffentlichen Hand also untersagt (anders verhält es sich beim Bund). Dass gemäss einem – diesbezüglich allerdings heftig kritisierten³¹⁴ – Urteil des Bundesgerichts das Angebot der Anbietenden im Vergabeverfahren technisch noch keine Offerte zum Vertragsschluss darstellen soll,³¹⁵ ändert am Verbot von Abgebotsrunden nichts, hält doch selbst das Bundesgericht fest, dass bezüglich der Essentialia des Vertrags keine Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen und vom ausgewählten Angebot mehr zulässig seien. Schliesslich ist der Abbruch eines Verfahrens nur, aber immerhin, aus wichtigen Gründen, die im Gesetz exemplarisch aufgezählt werden, zulässig.³¹⁶

146. Mehrere Parteien machen nun in ihren Stellungnahmen geltend, die Bedeutung resp. die Folgen dieser vergaberechtlichen Vorschriften seien von den Wettbewerbsbehörden nur unzureichend berücksichtigt worden. Zu wenig Beachtung sei etwa der Tatsache

³⁰⁷ Siehe ausführlich zum Ganzen in Bezug auf die SubV [ZH] Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich BV.2008.00555 vom 20.05.2009, E. 1.2 ff.

³⁰⁸ Vgl. Nachweis in der vorangehenden Fn.

³⁰⁹ Art. 13 Bst. f IVöB und v.a. § 13 Abs. 1 Bst. m SubV [ZH].

³¹⁰ Vgl. § 33 Abs. 2 SubV [ZH].

³¹¹ So eine Partei anlässlich des Parteiverhörs (siehe act. [...]).

³¹² § 27 SubV [ZH].

³¹³ Art. 11 Bst. c IVöB sowie § 31 SubV [ZH].

³¹⁴ Etwa PETER GAUCH, Von den Submissionsangeboten, die angeblich keine Vertragsofferten sind, Einige Bemerkungen zu BGE 134 II 297 E. 4.2, BR 2009, 52–54 m.H. auf eine weitere kritische Urteilsbesprechung von MARTIN BEYELER in Fn 3.

³¹⁵ So BGE 134 II 297 E. 4.2.

³¹⁶ Vgl. § 37 SubV [ZH].

zugekommen, dass bei freihändigen Vergaben Verhandlungen und insbesondere Abgebotsrunden zulässig sind.³¹⁷ Vor allem aber sei unberücksichtigt geblieben, dass bei freihändigen Vergaben gemäss den vergaberechtlichen Vorschriften gar kein Wettbewerb spielen müsse, eben weil eine direkte Vergabe an eine einzelne Bauunternehmung ohne Vergleich mit Angeboten anderer Baugesellschaften zulässig sei.³¹⁸ Und bei Einladungsverfahren bestehe bereits dem Beschaffungsrecht konformer und damit ausreichender Wettbewerb, sobald drei (nicht koordinierte) Angebote vorlägen.³¹⁹ Ergo könne bei freihändigen Vergaben sowie bei Einladungsverfahren mit mindestens drei nicht koordinierten Angeboten auch keine kartellrechtsrelevante Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegen, selbst wenn in solchen Fällen Abreden vorliegen würden.³²⁰

147. Diese Vorbringen überzeugen nicht, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Dass bei freihändigen Vergaben Abgebotsrunden zulässig sind, trifft zwar zu, vermag aber an der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes und der Unzulässigkeit von wettbewerbsbeseitigenden resp. erheblich beeinträchtigenden Abreden nichts zu ändern. Vielmehr ist es so, dass in fast allen Bereichen, in welchen das Kartellgesetz Anwendung findet, Verhandlungen zwischen den Marktteilnehmern ohne gesetzliche Einschränkungen zulässig sind. Die durch das öffentliche Beschaffungswesen herbeigeführte Besonderheit liegt im Vergleich zum kartellrechtsrelevanten Regelfall demnach nicht darin, dass bei freihändigen Vergaben eine Verhandlungsmöglichkeit geschaffen wird, sondern darin, dass diese Möglichkeit bei offenen und selektiven Verfahren sowie bei Einladungsverfahren ausgeschlossen ist. Aus der Zulässigkeit von Abgebotsrunden resp. Verhandlungen bei freihändigen Vergaben folgt nur, aber immerhin, dass bei diesen Verfahren die Verhandlungsmacht der Marktgegenseite, also der öffentlichen Hand, nicht bereits von Gesetzes wegen gebrochen wird, wie dies bei offenen und selektiven Verfahren sowie Einladungsverfahren der Fall ist.³²¹

148. Zu klären bleibt, wie sich die beschaffungsrechtliche Ausgestaltung des freihändigen Verfahrens und des Einladungsverfahrens hinsichtlich der Anzahl der Anbietenden auf die kartellrechtliche Beurteilung auswirkt. Bei freihändigen Vergabeverfahren schreibt das Vergaberecht der beschaffenden öffentlichen Hand nicht vor, Wettbewerb zwischen Anbietenden schaffen zu müssen; vielmehr erlaubt dieses Verfahren der öffentlichen Hand gerade die direkte Vergabe an eine Anbietende ohne Einholung mehrerer Angebote und damit ohne Kreation von Wettbewerb. Bei Einladungsverfahren verpflichtet das Beschaffungsrecht die öffentliche Hand, einen minimalen Wettbewerb zwischen Anbietenden zu schaffen, indem es die Einholung von – soweit möglich – mindestens drei Angeboten vorschreibt. Hält das Gemeinwesen diese vergaberechtlichen Minimalvorschriften ein, so dürfte wohl nicht gestützt auf das Kartellrecht beanstandet werden können, dass kein resp. nicht mehr Wettbewerb geschaffen wurde, auch wenn dies aus Wettbewerbssicht an sich begrüssenswert wäre.³²² Insofern dürfte der Gesetzgeber nämlich die Abwägung der vorhandenen Interessen, insbesondere zwischen Gesichtspunkten des Wettbewerbs, des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel (wobei unter anderem die durch die Durchführung der Vergabeverfahren verursachten Kosten zu berücksichtigen sind) und der Gleichbehandlung der Anbietenden bereits im Beschaffungsrecht vorgenommen haben. Bei diesen vergaberechtlichen Vergaben handelt es sich aber – wie zuvor ausgeführt³²³ – um Mindestvorschriften; sie bezwecken nicht, ein „Mehr“ an Wettbewerb zu verhindern oder auszuschliessen. Es ist den Ge-

³¹⁷ In dem Sinn etwa act. [...].

³¹⁸ So insbesondere act. [...].

³¹⁹ Act. [...].

³²⁰ So act. [...].

³²¹ Dazu weiterführend Rz 857.

³²² Diese Frage braucht vorliegend mangels Relevanz für diese Untersuchung nicht abschliessend geklärt zu werden und wird hier ausdrücklich offen gelassen.

³²³ Siehe Rz 143.

meinwesen vielmehr vergaberechtlich anheimgestellt, (mehr) Wettbewerb zu schaffen, etwa indem sie ein höherschwelliges Verfahren zur Anwendung bringen, in freihändigen Verfahren mehrere Offerten einholen oder in Einladungsverfahren mehr als drei Anbietende einladen. Und genau um solche Konstellationen geht es nachfolgend. In den fraglichen Fällen hat sich das jeweilige Gemeinwesen dafür entschieden, über die beschaffungsrechtlichen Minimalvorgaben hinauszugehen und hat dadurch überhaupt erst resp. mehr Wettbewerb entstehen lassen, als es vergaberechtlich gezwungen war, zu schaffen. Es lassen sich nun im Vergaberecht keine Anhaltspunkte dafür finden, wonach ein solcher – aus wettbewerbsrechtlicher Sicht begrüssenswerterweise – vom Gemeinwesen freiwillig geschaffener Wettbewerb ausserhalb der kartellrechtlichen Schranken stattfinden sollte. Erwähnenswert ist diesbezüglich, dass die Schaffung von solch zusätzlichem Wettbewerb ins Belieben des Gemeinwesens gestellt ist, nicht in dasjenige der Anbietenden, was sich etwa darin manifestiert, dass bei Einladungsverfahren allfällige Angebote von nicht eingeladenen Anbietenden nicht zu berücksichtigen sind. Dieser zusätzliche Wettbewerb wird somit nicht beschaffungsrechtlich der Disposition der Anbietenden überlassen, etwa indem das Vergaberecht erklären würde, dass die Anbietenden diesen zusätzlichen Wettbewerb mittels Wettbewerbsabreden wiederum auf das vergaberechtliche Minimum beschränken können. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass gestützt auf das Kartellrecht ein Gemeinwesen zwar nicht zur Schaffung von (mehr) Wettbewerb, als es aufgrund der vergaberechtlichen Vorschriften zu schaffen verpflichtet ist, dürfte angehalten werden können, dass aber ein vom Gemeinwesen über die vergaberechtlichen Minimalvorschriften hinaus kreierter Wettbewerb dem kartellrechtlichen Schutz untersteht. Schaffen die Anbietenden also mittels Wettbewerbsabreden eine Situation, die dem vergaberechtlichen Minimum hinsichtlich Anzahl Anbietender genügen würde, von welchem das Gemeinwesen aber freiwillig gegen oben abgewichen ist, so führt dies nicht eo ipso zur kartellrechtlichen Zulässigkeit dieses Verhaltens der Anbietenden.

B.5 Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen, insbesondere zur Beweiswürdigung und zum Beweismass

B.5.1 Ad Beweiswürdigung

149. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG³²⁴ sowie sinngemäss Art. 40 BZP³²⁵). Ob die Wettbewerbsbehörden eine Tatsache für bewiesen halten, entscheiden sie frei von Beweisregeln und nur nach ihrer persönlichen Ansicht aufgrund gewissenhafter Prüfung. Bei der Würdigung der Beweise haben sie deren Überzeugungskraft von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten, ohne dabei an gesetzliche Regeln gebunden zu sein oder sich von schematischen Betrachtungsweisen leiten zu lassen.³²⁶ Die Wettbewerbsbehörden würdigen dementsprechend die Beweise nach freier Überzeugung und ziehen ebenso die Schlüsse daraus, ohne dabei an starre Beweisregeln gebunden zu sein.³²⁷ Dies schliesst – selbstverständlich – die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien ein³²⁸, wobei hervorzuheben ist, dass eine Beweisführung mittels Indizien nicht eine Beweisführung „minderen Grades“ ist, sondern das erforderliche Beweismass ebensogut erfüllen kann. Grundsätzlich ist objektiven Beweismitteln wie etwa Augenscheinsobjekten oder Urkunden üblicher-

³²⁴ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

³²⁵ Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

³²⁶ So, wenn auch bezogen auf die freie Beweiswürdigung im Strafrecht, etwa BGE 133 I 33, E. 2.1.

³²⁷ Statt anderer BSK KG-BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 99; BSK KG-BILGER (Fn 234), Art. 39 KG N 62.

³²⁸ Siehe nur etwa MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.

weise eine höhere Überzeugungskraft zuzubilligen als subjektiven Personalbeweisen, da erstere eher gegen „Verfälschungen“ (wie beispielsweise Erinnerungslücken oder die Subjektivität von Wahrnehmungen) geschützt und daher als verlässlicher resp. beständiger einzustufen sind;³²⁹ der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, insbesondere das Nichtbestehen von starren Beweisregeln, wird dadurch nicht in Frage gestellt oder gar durchbrochen³³⁰.

150. Zwei Parteien bringen vor, mit dem letzten Satz des vorangehenden Absatzes würden die Wettbewerbsbehörden bestimmten Beweismitteln von vornherein einen höheren Beweiswert zubilligen, was rechtswidrig sei.³³¹ Zutreffend ist hieran, dass es rechtswidrig wäre, bestimmten Beweisstücken in absoluter Weise von vornherein eine höhere oder geringere Überzeugungskraft zuzuerkennen als anderen. Unzutreffend ist jedoch, dass die Wettbewerbsbehörden solches mit dem fraglichen Satz tun würden. Wie bereits die Relativierungen „grundsätzlich“, „üblicherweise“ und „eher“ sowie der Hinweis darauf, dass dadurch der Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht in Frage gestellt oder gar durchbrochen werden soll, zeigen, wird damit keineswegs eine starre Beweisregel aufgestellt. Vielmehr bringt dieser Satz einzig die aus der allgemeinen Lebenserfahrung gewonnene Erkenntnis zum Ausdruck, dass objektive Beweismittel besser gegen Verfälschungen (seien es gesteuerte oder ungesteuerte wie etwa Erinnerungslücken)³³² geschützt und daher insofern als grundsätzlich verlässlicher einzustufen sind. Diese Erkenntnis ändert freilich nichts daran, dass die Wettbewerbsbehörden in freier Beweiswürdigung die einzelnen Beweismittel in concreto zu würdigen haben, wie sie dies denn auch tun.

151. Bezüglich freier Beweiswürdigung ist sodann hervorzuheben, dass im schweizerischen Recht keine Regel existiert, die es verbieten würde, gestützt auf die Aussagen einer einzigen Partei einen Beweis als erbracht zu erachten, selbst wenn diese Aussage von (allen) anderen Parteien bestritten wird. Eine solch starre Beweisregel stünde in direktem Widerspruch zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Dass es eine solche Beweisregel im schweizerischen Recht nicht gibt und wegen dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung auch nicht geben darf – und zwar selbst im Kernstrafrecht trotz uneingeschränkter Geltung des Grundsatzes in dubio pro reo nicht –, belegen etwa strafrechtliche Verurteilungen in Vergewaltigungsfällen, in welchen als (oftmals einziges) belastendes Beweismittel die vom Täter bestrittenen Aussagen des Opfers vorhanden sind.³³³ Die gemäss Parteien anderslau-

³²⁹ So etwa KATHARINA GIOVANNONE, Rechtsfolgen fehlender Belehrung bei Einvernahmen, AJP 2012, 1064 m.w.H.; MATTHIAS JAHN, Grundlagen der Beweiswürdigung und Glaubhaftigkeitsbeurteilung im Strafverfahren, JURA Juristische Ausbildung 2001, 450–456, abrufbar unter <www.str1.jura.uni-erlangen.de/forschung/jahn/Glaubhaftigkeitsbeurteilung.pdf> (11.06.2013), S. 6 der Onlinepublikation. In dem Sinne auch ANGELA WEIRICH, Rechtliche und praktische Schwierigkeiten bei der Erhebung und Verwertung von Personalbeweisen aus staatsanwaltschaftlicher Sicht, AJP 2012, 1046, die festhält, der Personalbeweis sei „(...) bedauerlicherweise oft auch einer der unzuverlässigsten Beweise (...)“.

³³⁰ Vergleichbar etwa die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannte Vereinbarkeit von Richtlinien für die Beweiswürdigung bestimmter Formen medizinischer Berichte und Gutachten mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (statt anderer BGE 125 V 351 E. 3.b).

³³¹ Siehe act. [...], in diese Richtung gehend auch act. [...].

³³² Dazu etwa, wenn auch bezogen auf Zeugenbeweise in Zivilprozessen, HELMUT RÜSSMANN, Praktische Probleme des Zeugenbeweises im Zivilprozess, KritV 1989, 361–375, abrufbar unter <ruessmann.jura.uni-sb.de/rw20/people/ruessmann/ZeugPra/ZeugPra.htm> (11.06.2013), S. 6 ff. der Onlinepublikation.

³³³ Exemplarisch erwähnt seien etwa die Urteile des BGer 6B_37/2011 vom 19.10.2011; 6B_278/2011 vom 16.6.2011; 6B_936/2009 vom 23.2.2010; 6B-165/2009 vom 10.7.2009; 6B_729/2007 vom 6.1.2008; 6B_385/2007 vom 9.11.2007; ferner Urteile des BGer 6B_619/2011 von 1.11.2011; 6B_385/2010 vom 24.8.2010.

tende Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union³³⁴ lässt sich daher – entgegen der Stellungnahme einer Partei³³⁵ – nicht ins schweizerische Recht übertragen. Im Übrigen ist die Beweislage in den nachfolgend beurteilten Fällen ohnehin anders, da die Ausführungen der Selbstanzeigerin regelmässig durch zumindest ein weiteres Beweismittel gestützt werden.

152. Um ein objektives Beweismittel³³⁶ handelt es sich in vorliegender Untersuchung insbesondere bei der „Absprachenliste“. Hervorzuheben ist bezüglich dieser Liste insbesondere, dass sie nicht im Nachhinein erstellt, sondern von der Selbstanzeigerin resp. – spezifischer – der für sie befragten Person³³⁷ zeitnah zum relevanten Geschehen geführt wurde. Auf diese Liste ist weiter unten noch näher einzugehen und sie ist noch detaillierter zu würdigen. Um objektive Beweismittel handelt es sich ferner bei den anlässlich der Hausdurchsuchungen beschlagnahmten Dokumenten und Unterlagen, deren Würdigung im Einzelnen ebenfalls an gegebener Stelle erfolgt.

153. Wenn – wie im vorliegenden Fall – mitunter auch Zeugen- oder Parteiaussagen zu würdigen sind, ist nach Massgabe der modernen Aussagepsychologie weniger die allgemeine Glaubwürdigkeit der jeweiligen Aussageperson an sich als vielmehr die Glaubhaftigkeit ihrer konkreten Aussage von Bedeutung.³³⁸ Durchgesetzt hat sich dabei der inhaltsorientierte Ansatz, bei welchem eine Aussage anhand inhaltlicher Kriterien auf ihren Realitätsbezug überprüft wird,³³⁹ und nicht ein verhaltensorientierter Ansatz, bei welchem die Körpersprache, also nonverbale Verhaltensweisen, systematisch beobachtet und – hierin liegt die Schwierigkeit – gedeutet wird.³⁴⁰ Gemäss der sogenannten „Undeutsch-Hypothese“ ist davon auszugehen, dass sich Aussagen über selbst erlebte Ereignisse in ihrer Qualität von erfundenen Aussagen unterscheiden, denn wahre Schilderungen erfordern andere, na-

³³⁴ In der Stellungnahme zitiert wird das Urteil des EuG vom 14.5.1998 T-337/94 *Enso-Gutzeit/Kommission*, Slg. 1998 II-1571 Rz 91. Aus der jüngeren Rechtsprechung etwa das Urteil des EuG vom 3.3.2011 T-110/07, *Siemens AG/Kommission*, Slg. 2011 II-477 Rz 66 ff.

Hervorzuheben ist sodann Rz 70 des letztgenannten Urteils, in welcher das EuG die Zeugenaussage eines ehemaligen Mitarbeiters der Selbstanzeigerin beweisnässig noch als Teil der Erklärung der Selbstanzeigerin selbst qualifiziert. Diese Ansicht lässt sich ebenfalls nicht auf das schweizerische Recht übertragen – eine Zeugenaussage ist eben eine Zeugenaussage und nicht eine Parteiaussage. Es handelt sich dabei um zwei verschiedene Beweismittel. Im schweizerischen Recht ist eine solche (aktuelle oder ehemalige) (Arbeits-)Beziehung oder Verflechtung zwischen Zeuge und Partei immerhin bei der Würdigung der Aussage zu berücksichtigen, namentlich im Hinblick auf die vorhandene Interessenlage der aussagenden Person (beispielsweise Wohlwollen oder Abneigung gegenüber einer Partei). Jedoch kann im schweizerischen Recht die Aussage einer Person nicht einfach jemand anderem zugerechnet werden. Hierbei ist zu präzisieren, dass, wenn eine natürliche Person aufgrund ihrer Stellung in einem Unternehmen, z.B. als Verwaltungsratsmitglied, im Namen und für eine juristische Person aussagt, dann diese Aussage der juristischen Person zuzuschreiben ist; genau betrachtet wird in dieser Konstellation aber die juristische Person angehört, aussagend durch diese natürliche Person, weshalb es nicht darum geht, die Aussage einer Person jemand anderem zuzurechnen (wenn die juristische Person eine Partei ist, handelt es sich diesfalls um eine Parteiaussage, nicht aber um eine Zeugenaussage).

³³⁵ Act. [...].

³³⁶ Siehe dazu vorangehend Rz 149.

³³⁷ Siehe dazu Rz. 40.

³³⁸ Statt anderer REVITAL LUDEWIG/DAPHNA TAVOR/SONJA BAUMER, Wie können aussagepsychologische Erkenntnisse Richtern, Staatsanwälten und Anwälten helfen?, AJP 2011, 1415–1435, 1418 m.w.H.

³³⁹ So BGE 129 I 49 E. 5 S. 58.

³⁴⁰ LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 338), 1421 f.

mentlich „geringere“ geistige Leistungen als falsche.³⁴¹ Bei der konkreten Aussageanalyse, also der Würdigung des Aussagetextes, sind das Vorhandensein resp. Fehlen von sogenannten „Realkennzeichen“³⁴² zu prüfen und in Relation zu den (Erfindungs- und Erzähl-) Kompetenzen des Aussagenden zu setzen.³⁴³ Dabei ist auch die Aussagestruktur zu beachten, namentlich ob die Qualität von Aussagen zum Kerngeschehen vergleichbar der Qualität von Aussagen zu Aspekten ausserhalb des Kerngeschehens ist oder nicht.³⁴⁴ Bezüglich der Aussagewürdigung im Einzelnen sei auf die Darstellung der einzelnen Fälle verwiesen.

B.5.2 Ad Beweismass

154. Hinsichtlich des Beweismasses, welches im ordentlichen³⁴⁵ Kartellverfahren erfüllt sein muss, kann Folgendes gesagt werden:

155. Grundsätzlich ist in Verwaltungsverfahren ein Beweis erbracht, wenn die Behörde von der Verwirklichung des rechtserheblichen Umstands überzeugt ist,³⁴⁶ wobei hierfür eine absolute Gewissheit nicht erforderlich ist,³⁴⁷ was weitestgehend mit dem sog. Regelbeweismass im Zivilrecht und dem im Strafrecht zur Anwendung gelangenden Beweismass³⁴⁸ übereinstimmen dürfte.

156. In Teilbereichen des Verwaltungsrechts resp. hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist dieses Beweismass allerdings in Abweichung vom vorgenannten Grundsatz herabgesetzt und es genügt zum Beweis, wenn ein Sachumstand nur, aber immerhin, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit besteht.³⁴⁹ Gemäss REKO/WEF ist das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit namentlich „(...) *im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang als besonders angezeigt, zumal ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind*“³⁵⁰. So genügt gemäss REKO/WEF insbesondere für den Nachweis aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, strikter Beweis muss hierfür nicht erbracht werden.³⁵¹ Freilich begründet

³⁴¹ BGE 129 I 49 E. 5 S. 58; ferner LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 338), 1423; MARTIN HUSSELS, Von Wahrheiten und Lügen – Eine Darstellung der Glaubhaftigkeitskriterien anhand der Rechtsprechung, *forumpenale* 2012, 368–374, 369.

³⁴² Für eine Übersicht über die Realkennzeichen siehe LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 338), 1425; JAHN (Fn 329), 11 f. der Onlinepublikation; HUSSELS (Fn. 341), 370 ff.

³⁴³ LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 338), 1427; JAHN (Fn 329), 13 der Onlinepublikation; ferner auch BGE 129 I 49 E. 5 S. 58.

³⁴⁴ LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 338), 1428.

³⁴⁵ Anderes gilt für Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

³⁴⁶ Siehe etwa Urteil des BGer 2A.407/2002 vom 29.11.2002, E. 3 betreffend Gleichstellung.

³⁴⁷ Vgl. etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5 betreffend Steuerrecht; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*. Siehe zum Ganzen auch AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 328), 118 m.w.H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 214 m.w.H.

³⁴⁸ Dass selbst im Strafrecht keine überzogenen, nämlich geradezu naturwissenschaftlichen Anforderungen an das erforderliche Beweismass gestellt werden, führt Urteil des BGer 6B_748/2011 vom 31.5.2012 mit aller Deutlichkeit vor Augen.

³⁴⁹ Statt anderer KRAUSKOPF/EMMENEGGER (Fn 347), in: *Kommentar VwVG*, Art. 12 VwVG N 216.

³⁵⁰ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 559 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*. In dem Sinn wohl auch PAUL RICHLI, in: *SIWR V/2, Kartellrecht*, von Büren/David (Hrsg.), 2000, 454.

³⁵¹ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/1, 195 E. 8.1, *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/WEKO*. Diese Ausführungen der REKO/WEF ebenfalls dahingehend verstehend und ihnen – wenn auch unter ausdrücklichem Hinweis auf die im beurteilten Fall nicht bestehende Sanktionsdrohung – zustimmend AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 328), 119.

allein eine sachlich begründete Vermutung einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise aber noch keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für deren Vorliegen.³⁵² Und auch das BVGer stellte treffend fest: „[D]ie Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus.“³⁵³

157. Umstritten ist nun, ob das vorerwähnte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit oder eine anderweitige Reduktion der Beweisanforderungen in Kartellverwaltungsverfahren (bezüglich bestimmter Sachumstände) auch dann zur Anwendung gelangt, wenn es – wie vorliegend – um sanktionsbedrohte Tatbestände geht.³⁵⁴ Während die REKO/WEF diese Frage offenliess,³⁵⁵ verlangte das BVGer in einem sanktionsbedrohten Fall hinsichtlich des Beweises einer marktbeherrschenden Stellung ausdrücklich keinen Vollbeweis³⁵⁶. Ebenfalls in einem sanktionsbedrohten Fall führt das BGer bezüglich des Beweises einer marktbeherrschenden Stellung aus, „[...] dass die Analyse der Marktverhältnisse komplex und die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig ist. So ist etwa bei der Marktabgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit ist kaum je exakt möglich, sondern beruht zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürfen [...] nicht übertrieben werden [...]. In diesem Sinne erscheint eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen [...]“.³⁵⁷

158. Die vorgenannte Ansicht des BGer und des BVGer überzeugt. Denn richtigerweise kann auch bei sanktionsbedrohten Kartellrechtstatbeständen für diejenigen Sachumstände, deren Erstellung mittels strikten Beweises aufgrund der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, auch kein strikter Beweis verlangt werden. Dies ist namentlich bei ökonomischen Erkenntnissen und hypothetischen Entwicklungen und Situationen regelmässig der Fall.³⁵⁸ Andernfalls würde nämlich über faktisch nicht erfüllbare Beweisanforderungen eine Anwendung der einschlägigen kartellrechtlichen Tatbestände verunmöglicht und die Anwendung des Gesetzes würde damit letztlich ausgehebelt werden. In der Praxis nicht anwendbare Tatbestände zu schaffen, kann aber nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Die Begründung(s) muss jedoch hohen Anforderungen genügen und die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit muss überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.³⁵⁹

³⁵² Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/1, 196 E. 9, *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/WEKO*. Siehe auch den Folgeentscheid der WEKO RPW 2009/4, 343 Rz 33 ff., *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

³⁵³ BVGE 2009/35, E. 7.4.

³⁵⁴ Diesfalls für ein höheres Beweismass plädierend etwa AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 328), 119; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 327), Art. 30 KG N 101 f. m.w.H.

³⁵⁵ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 560 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*.

³⁵⁶ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

³⁵⁷ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 8.3.2 (zur Publikation vorgesehen), vgl. auch E. 9.2.3.4 dieses Urteils, wonach dies spezifisch auch für die Marktabgrenzung gilt.

³⁵⁸ An dieser Stelle sei beispielhaft auf die ständige zivilrechtliche Praxis hingewiesen, wonach trotz dem im Zivilrecht grundsätzlich geltenden Regelbeweismass die natürliche sowie die hypothetische Kausalität bloss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden müssen (exemplarisch BGE 132 III 715 E. 3.2 m.w.H.).

³⁵⁹ So Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 8.3.2 (zur Publikation vorgesehen), in gleichem Sinne auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

159. Mehrere Parteien machen geltend, es müsse in casu – wo es um das Treffen von Submissionsabsprachen geht – voller Beweis erbracht werden.³⁶⁰ Sie begründen diese Ansicht zum einen damit, dass kartellverwaltungsrechtliche Sanktionsverfahren strafrechtliche Verfahren im Sinne der EMRK seien, und zum anderen damit, dass es sich bei Abreden um Sachumstände handle, die einem vollen Beweis zugänglich seien. Im Übrigen werde aus den obigen Ausführungen nicht hinreichend klar, hinsichtlich welcher Sachumstände die Wettbewerbsbehörden davon ausgingen, sie seien einer strikten Beweisführung nicht zugänglich. Ferner bringen einige Parteien hinsichtlich der Auswirkungen der allfälligen Abreden vor, es sei nicht bewiesen, dass diese zu überhöhten Preisen resp. zu einer Schädigung geführt hätten.³⁶¹

160. Welche Anforderungen die Beweislage in sanktionsbedrohten Kartellverwaltungsverfahren mindestens erfüllen muss, ohne in Konflikt mit diversen, unter anderem aus der EMRK fließenden Verfahrensgarantien zu geraten, wurde höchststrichterlich geklärt. Es kann diesbezüglich auf die zuvor wiedergegebenen Ausführungen des BGer verwiesen werden,³⁶² weitere Ausführungen dazu erübrigen sich.

161. Welche kartellrechtsrelevanten Sachumstände im Einzelnen einem strikten Beweis zugänglich sind und welche nicht, ist hier nur insoweit zu klären, als dies auf generell-abstraktem Niveau überhaupt möglich ist und es für vorliegende Verfügung von Relevanz ist. Einleitend hervorzuheben ist sodann, dass ein strikter Beweis (betrifft das Beweismass) nicht mit einem direkten Beweis (betrifft die Art des Beweises und ist das Gegenstück zum Indizienbeweis [indirekter Beweis]) zu verwechseln ist. Auch ein strikter Beweis kann ohne Weiteres mittels Indizien erbracht werden.³⁶³ Zu unterscheiden ist ferner jeweils auch zwischen Tat- und Rechtsfrage. Die Regeln der Beweislast und der Beweiswürdigung, etwa die Unschuldsvermutung, gelten einzig in tatsächlicher Hinsicht. Die Auslegung – insbesondere technischer resp. relativ unbestimmter – Rechtsbegriffe folgt demgegenüber den Regeln der Gesetzesinterpretation.³⁶⁴ Zu beachten ist hierbei, dass sich das Ergebnis der Auslegung wiederum darauf auswirken kann, was Beweisgegenstand ist. Im Einzelnen:

a) Was unter einer Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 3 KG zu verstehen ist, ist eine Rechtsfrage; so ist etwa durch Auslegung zu ermitteln, was unter einer „indirekten Festsetzung von Preisen“ zu verstehen ist. Der Lebenssachverhalt, den es unter diesen gesetzlichen Begriff der Vereinbarungen zu subsumieren gilt (Tatfrage), kann – wie dies von mehreren Parteien auch geltend gemacht wird – strikt bewiesen werden; entsprechend muss hierfür auch ein strikter Beweis erbracht werden. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass gerade bei horizontalen harten Kartellen wie etwa den hier betrachteten Einzelsubmissionsabsprachen die Abredeteilnehmer darauf bedacht sind, möglichst keine Spuren – und damit Beweismittel – zu hinterlassen³⁶⁵, die Beweisführung wird daher regelmässig mittels Indizien und eher selten mittels direkten Beweisen erfolgen.

b) Was unter abgestimmten Verhaltensweisen zu verstehen ist, ist eine Rechts- und damit Auslegungsfrage. Der Lebenssachverhalt, den es unter dieses Tatbestandsmerkmal der abgestimmten Verhaltensweisen zu subsumieren gilt, ist nur teilweise einem strikten Beweis zugänglich. Teilweise ist ein solcher aber nicht möglich (z.B. hinsichtlich effektiver

³⁶⁰ Siehe act. [...].

³⁶¹ In dem Sinne etwa act. [...]. Dahingehend auch act. [...].

³⁶² Siehe hiervor Rz 157.

³⁶³ Siehe dazu bereits vorne Rz 149.

³⁶⁴ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 8.3.1 (zur Publikation vorgesehen). Aus der Lehre etwa ISABELLE BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht, eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Bern 2008, Rz 03.41.

³⁶⁵ Siehe dazu auch Rz 171 und 207.

wechselseitiger Abstimmung), wobei bei solchen Sachverhaltselementen ökonomische Betrachtungen und Überlegungen (z.B. hinsichtlich ökonomisch-rationalem Motiv für eine Abstimmung) ergänzend hinzutreten. Hierfür muss „[E]ine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit [...] überzeugend und nachvollziehbar erscheinen [...]“.³⁶⁶ Ein strikter Beweis kann hierfür – und damit auch insgesamt – aber nicht verlangt werden.³⁶⁷ Weiter vertieft zu werden brauchen abgestimmte Verhaltensweisen hier aber nicht.

c) Ist das Beweis- und Rechtsanwendungsergebnis, dass eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 3 KG besteht, greift die gesetzliche Vermutung, dass dadurch der Wettbewerb beseitigt wird. Aufgrund der Untersuchungsmaxime haben die Wettbewerbsbehörden aber gleichwohl abzuklären, ob die Vermutung zutrifft, ob m.a.W. der Wettbewerb effektiv beseitigt wurde. Ist das Ergebnis, dass keine Beseitigung vorliegt, bleibt zu prüfen, ob der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wurde oder nicht. Bezüglich Beweismass hinsichtlich dieser weiteren Tatbestandsmerkmale ergibt sich Folgendes:

d) Was unter „einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen“ resp. dem relevanten Markt zu verstehen ist, mithin wie dieser Begriff auszulegen und zu definieren ist, ist eine Rechtsfrage. Hinsichtlich der Lebenssachverhalte, gestützt auf welche die konkrete Markt- abgrenzung in einem Einzelfall vorgenommen wird, ist eine strikte Beweisführung kaum möglich, wie dies das BGer zutreffend feststellte, da hierfür unter anderem auf Erfahrungssätze, Marktanalysen und Marktteilnehmerbefragungen zurückgegriffen werden muss.³⁶⁸

e) Wie die Begriffe der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung und der Wettbewerbsbeseitigung zu verstehen und auszulegen sind, ist eine Rechtsfrage. Zu beachten ist dabei, dass insbesondere der Begriff „erheblich“ eine wertende Komponente enthält und dementsprechend den rechtsanwendenden Instanzen eine Ermessensausübung einräumt. Unter diese Begriffe zu subsumieren gilt es in tatsächlicher Hinsicht die Auswirkungen von Abreden. Einige der diesbezüglichen Lebenssachverhaltselemente können strikt bewiesen werden (z.B. die auf dem Markt angewandten Preise), andere sind einem strikten Beweis hingegen nicht zugänglich, etwa der Kausalzusammenhang zwischen Verhaltensweisen und Marktwirkungen³⁶⁹ oder hypothetische Zustände (z.B. wie die Wettbewerbssituation auf dem fraglichen Markt ohne Absprache aussähe). Wie bei der Markt- abgrenzung sind auch diesbezüglich unter anderem Erfahrungssätze (z.B. hinsichtlich der disziplinierenden Wirkung von Aussenwettbewerbern) und Marktanalysen ebenso wie ökonomische Annahmen (z.B. hinsichtlich des ökonomisch rationalen Verhaltens von Anbietern und Nachfragern) und Modelle von grosser Bedeutung, wobei wiederum einzelne Sachverhaltselemente, die der Applikation dieser ökonomischen Modelle dienen, selber einem strikten Beweis zugänglich sind, andere nicht.

f) Folgt aus der Beweisführung und der Gesetzesinterpretation, dass eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung, nicht aber eine Wettbewerbsbeseitigung vorliegt, ist alsdann zu prüfen, ob Gründe der wirtschaftlichen Effizienz i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG die Abrede rechtfertigen. Was unter den diesbezüglichen im Gesetz verwendeten Begriffen zu verstehen ist, ist eine Rechtsfrage. Die zu Grunde liegenden Sachverhaltselemente können teilweise strikt bewiesen werden, andere sind einem strikten Beweis hingegen nicht zugänglich.³⁷⁰

³⁶⁶ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 8.3.2 (zur Publikation vorgesehen).

³⁶⁷ Vgl. auch Rz 156 bezüglich der gleichlautenden Rechtsprechung der REKO/WEF, allerdings in einem noch nicht sanktionsbedrohten Fall.

³⁶⁸ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 9.2.3.4 (zur Publikation vorgesehen).

³⁶⁹ Siehe dazu bereits Fn 358.

³⁷⁰ Dahingehend auch etwa Botschaft vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012 3905, 3942.

162. Bezüglich der nachfolgend detailliert dargestellten Projekte resp. Handlungen der Parteien, also hinsichtlich dem Treffen von Einzelsubmissionsabsprachen, ist der rechts-erhebliche Sachverhalt dergestalt erstellt, dass objektiv betrachtet keine nicht zu unterdrückenden Zweifel an der entsprechenden Verwirklichung des Sachverhalts bestehen, womit der strikte Beweis erbracht ist; für Einzelheiten – gerade auch hinsichtlich der Bestreitung der Erbringung des strikten Beweises durch die Parteien – sei auf die Ausführungen zu den einzelnen Projekten verwiesen. Projekte, bezüglich welcher hingegen solche nicht zu unterdrückenden Zweifel am Treffen von allfälligen Einzelsubmissionsabsprachen bestehen, werden nachfolgend aus prozessökonomischen Gründen gar nicht erst dargestellt,³⁷¹ mit anderen Worten werden solche Fälle durch ihre nachfolgende Nichterwähnung zugunsten der Parteien entschieden. Ist demnach bezüglich der nachfolgend dargestellten Projekte resp. dem Treffen von Einzelsubmissionsabsprachen jeweils der strikte Beweis erbracht, braucht die somit nurmehr hypothetische Frage, ob bei Wettbewerbsabreden oder zumindest bestimmten Arten davon (z.B. abgestimmten Verhaltensweisen) auch die Erfüllung eines geringeren Beweismasses selbst in einem sanktionsbedrohten Fall ausreichend wäre, und gegebenenfalls bezüglich welcher Sachumstände dies im Einzelnen der Fall wäre, nicht abschliessend beantwortet zu werden.

163. Hinsichtlich der von mehreren Parteien vorgebrachten Punkte³⁷² ist daher Folgendes festzuhalten: Bei Vereinbarungen ist eine strikte Beweisführung möglich, ergo kann auch strikter Beweis erbracht werden. Dies kann jedoch ohne Weiteres mittels Indizien erfolgen. Bezüglich der Auswirkungen der Abreden ist demgegenüber eine strikte Beweisführung nicht möglich und kann daher auch nicht verlangt werden. Insbesondere ein strikter Beweis der (hypothetischen) Preise, wie sie ohne Abreden eingegeben worden wären, erscheint kaum möglich. Hinsichtlich der wettbewerbsbeeinträchtigenden resp. -beseitigenden Wirkung der Abreden muss daher – der Rechtsprechung des BGer folgend – genügen, wenn eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.

B.5.3 Ad Beweisführungslast und objektive Beweislastverteilung

164. Unbestritten ist, dass in Kartellverwaltungsverfahren die Untersuchungsmaxime gilt (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG), m.a.W. tragen die Wettbewerbsbehörden die Beweisführungslast. Die Parteien trifft eine Mitwirkungspflicht (vgl. Art. 40 KG sowie Art. 13 VwVG) und ihr diesbezügliches Verhalten kann auch im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP).³⁷³

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

³⁷¹ Siehe exemplarisch für solch nicht weiter verfolgte Handlungen etwa die in Rz 198 geschilderte Verhaltensweise einer Partei.

³⁷² Siehe Rz 159.

³⁷³ Kritisch dazu MANI REINERT, Das Flickwerk Kartellverfahrensrecht, in: Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), 2013, 87–116, 100. Wie weit die Mitwirkungspflicht der Parteien in Anbetracht des unter anderem aus Art. 6 EMRK abgeleiteten Grundsatz des nemo tenetur se ipsem accusare geht, braucht in vorliegender Untersuchung mangels Relevanz nicht geklärt zu werden; siehe dazu aber BVE 2011/32, 627 ff. E. 5.7.

eine solche gegeben, tragen schliesslich die Abredeteilnehmer die objektive Beweislast für das Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen.³⁷⁴

B.6 Unzulässige Wettbewerbsabrede

166. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Bei spezifischen horizontalen Abreden, d.h. Abreden zwischen Gesellschaften, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, wird dabei die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet (Art. 5 Abs. 3 KG). Dies betrifft unter anderem Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Bst. a) sowie solchen über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Bst. c).

B.6.1 Wettbewerbsabrede

167. 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,³⁷⁵ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden³⁷⁶.

168. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.³⁷⁷

B.6.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

169. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. Die nachfolgenden Erörterungen beschränken sich auf Vereinbarungen, da in vorliegender Untersuchung die Tatbestandsvariante der abgestimmten Verhaltensweisen nicht von Relevanz ist.

170. Als Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten sowohl erzwingbare als auch nicht erzwingbare Vereinbarungen. Erstere können in vertragsrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Form gekleidet sein. Unter Zweiteren sind Übereinkünfte von Gesellschaften zu verstehen, die zwar auf einem Konsens beruhen, rechtlich aber nicht durchsetzbar sein sollen;³⁷⁸ es wird also auf die freiwillige Einhaltung solcher Vereinbarungen vertraut. Ergänzend ist allerdings anzumerken, dass auch im ersten Fall eine gerichtliche Durchsetzung der Vereinbarung – trotz von den Abredeteilnehmern an sich gewollter rechtlicher Er-

³⁷⁴ So Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 133 f. E. 10.3, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO WEF*, allerdings in einem noch nicht sanktionsbedrohten Fall.

³⁷⁵ Siehe dazu etwa 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.

³⁷⁶ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 375), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

³⁷⁷ RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

³⁷⁸ BSK-KG NYDEGGER/NADIG (Fn 375), Art. 4 Abs. 1 N 94, m.w.H.

zwingbarkeit – im Endergebnis aufgrund der Einheit der Rechtsordnung nicht möglich ist. Denn verstösst die Vereinbarung effektiv gegen das Kartellrecht, ist sie (zumindest gemäss herrschender und aus Sicht der Wettbewerbsbehörden überzeugender Lehre) nichtig resp. teilnichtig³⁷⁹ und damit auch nicht mit staatlichen Durchsetzungsmitteln erzwingbar. Aus kartellrechtlicher Sicht sind denn auch beide dieser Formen von Vereinbarungen gleichwertig, mithin handelt es sich nicht bei der einen um eine Abrede „minderen oder weniger eingreifenden Grades“, was dazu führt, dass mangels Relevanz für die Beurteilung nicht untersucht zu werden braucht, ob eine Vereinbarung gemäss den Abredeteilnehmern erzwingbar sein soll oder nicht.

171. Bei Vereinbarungen, insbesondere bei nicht erzwingbaren, liegen in der Regel keine schriftlichen Übereinkünfte oder protokollierten Beschlüsse vor.³⁸⁰ Diese Erkenntnis deckt sich mit den Ausführungen der Selbstanzeigerin,³⁸¹ wonach die Schaffung schriftlicher (und damit nachverfolgbarer) Unterlagen bezüglich der Vereinbarungen von den Abredeteilnehmern soweit möglich vermieden wurde; die Besprechungen erfolgten regelmässig telefonisch oder an persönlichen, nicht protokollierten Treffen.

B.6.1.2 In casu bezüglich einzelnen Submissionen

172. Übereinstimmend mit der Vorgehensweise in den Untersuchungen „Elektroinstallationsbetriebe Bern“³⁸² und „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“³⁸³ und mit antizipierendem Blick auf die beweismässige Ausgangslage bezieht sich vorliegend das zu beweisende bewusste und gewollte Zusammenwirken auf die einzelnen Projekte.

173. Man könnte hiergegen einwenden, der Abschluss einer einzelnen Vereinbarung, wonach eine Baugesellschaft einen ihrer Konkurrenten bei der Eingabe bezüglich eines bestimmten Projekts schützt, d.h. selber ein wirtschaftlich weniger günstiges – und damit ein im Voraus zum Misserfolg verdammtes – Angebot einreicht als der Konkurrent, sei ökonomisch unsinnig und daher realitätsfremd, entsprechend eine sich auf einzelne Projekte beziehende Untersuchung sachlich unangebracht. Solchen Bedenken ist zu entgegnen, dass das Motiv, welches eine Gesellschaft zum Abschluss einer bestimmten Vereinbarung bewogen hat bzw. die für das Eingehen der Vereinbarung in Aussicht gestellte Gegenleistung kein Tatbestandsmerkmal ist und folglich offen bleiben kann. Zu beweisen ist „nur“ das Vorliegen der Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG als solcher. Ob es für die schützenden Gesellschaften aus ökonomischer Sicht unsinnig war, diese Vereinbarung einzugehen, ist insofern irrelevant, ist also nicht Beweisthema.

174. Abgesehen von dieser Frage, was Beweisthema ist, sind sich die Wettbewerbsbehörden allerdings bewusst und sie gehen auch davon aus, dass Gesellschaften solche Vereinbarungen nur treffen, wenn sie in deren Abschluss auch einen Vorteil für sich sehen. Gemäss Angaben der Selbstanzeigerin waren Geldzahlungen als Gegenleistung für die Abgabe von Stützofferten verpönt und kamen nur in ganz seltenen Fällen vor; die Gegenleistung bestand vielmehr darin, dass einem selber später bei anderen Projekten, an welchen man ein starkes Interesse hatte, ein Schutz zugestanden wurde.³⁸⁴ Eine genauere Bestimmung des im Gegenzug zu schützenden Projekts fand im Zeitpunkt des Vereinbarungsab-

³⁷⁹ Statt anderer RETO JACOBS/GION GIGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 13 KG N 3.

³⁸⁰ In gleichem Sinn etwa BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 375), Art. 4 Abs. 1 N 97, wobei entgegen der Ansicht dieser Autoren andere direkte Beweise für die Vereinbarung durchaus vorliegen können, zu denken ist etwa an entsprechende Aussagen.

³⁸¹ Siehe Rz 207.

³⁸² RPW 2009/3, 206 Rz 66 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

³⁸³ RPW 2012/2, 389 Rz 960, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

³⁸⁴ Act. [...].

schluss in der Regel nicht statt bzw. konnte gar nicht stattfinden, da sich erst in der Zukunft weisen würde, welche anderen Projekte überhaupt ausgeschrieben werden und wer zu gegebener Zeit Interesse daran hat. Der Abschluss einer Vereinbarung in Bezug auf ein Projekt ist nur in Ausnahmefällen die direkte Gegenleistung unmittelbar für eine spezifische Vereinbarung bezüglich eines anderen Projekts. Allen Abredeteilnehmern, die Stützofferten abgaben, war allerdings bewusst, dass sie früher oder später auch selber etwas erhalten würden, ebenso wie dem Abredeteilnehmer, der Schutz erhielt, bewusst war, dass er dafür in anderen Fällen Schutz wird gewähren müssen.³⁸⁵ Die einzelnen projektbezogenen Vereinbarungen wurden hier zumeist in zufälligem Rhythmus geschlossen,³⁸⁶ abhängig von den konkret gegebenen Umständen (Interesse, Auslastung, Projektgegenstand) im Ausschreibungszeitpunkt eines Projekts.

175. Gemäss der Selbstanzeigerin kann ein weiterer Vorteil am Abschluss von Vereinbarungen für die schützenden Gesellschaften nebst dem, dass sie von der geschützten Gesellschaft „etwas zu Gute hat“, zuweilen auch darin liegen, dass für sie dadurch die Möglichkeit besteht, gegenüber dem Bauherrn durch Einreichung einer eigenen Offerte (dass es sich dabei um eine Stützofferte handelt, weiss der Bauherr ja nicht) Interesse zu signalisieren, ohne selber die ganze Arbeit der Offertberechnung und -erstellung vornehmen zu müssen und ohne effektiv an der Ausführung dieser Arbeit interessiert zu sein.³⁸⁷ Dies, indem die geschützte Gesellschaft den schützenden Gesellschaften ihre Offerte zukommen lässt, so dass diese ohne grossen eigenen Aufwand ihre Stützofferten darauf abstützen und beim Bauherrn einreichen können.³⁸⁸ Auf diese Situation ist an anderer Stelle noch zurückzukommen.³⁸⁹

176. Diese hier – wie zuvor ausgeführt³⁹⁰ – festgestellte „Zufälligkeit“ im Vereinbarungsabschluss mag ein Grund für eine „ungleiche Verteilung“ von Schutznahmen und Stützofferten der nachfolgend dargestellten, abgesprochenen Projekte auf verschiedene Baugesellschaften sein. Ein anderer, weitaus gewichtigerer Grund hierfür dürfte allerdings darin liegen, dass nur einige, nicht aber alle Absprachen bekannt resp. rechtsgenügend beweisbar sind. Die Dunkelziffer dürfte mithin nicht all zu gering sein, was das Bild entsprechend verfälscht und wodurch der unzutreffende Eindruck entstehen könnte, einige Gesellschaften hätten überproportional von Abreden profitiert. Eine Partei wendet hiergegen ein, für das Bestehen einer Dunkelziffer werde kein einziger Beweis angeführt.³⁹¹ Dass bei Gesetzesverletzungen, insbesondere bei Wirtschaftsdelikten, eine Dunkelziffer besteht, ist jedoch notorisch. Ungewissheit besteht bloss hinsichtlich der Höhe, wobei es in der Natur der Sache liegt, dass sich diese nicht beweisen lässt, sondern nur geschätzt und hochgerechnet werden kann. Darüber, wie gross die Entdeckungswahrscheinlichkeit und damit das Hellfeld (welches die Komplementärmenge des Dunkelfelds/der Dunkelziffer ist) bei Kartellrechtsverletzungen ist, wird in der Literatur gestritten. Ökonomische Studien geben die Entdeckungswahrscheinlichkeit etwa mit 10%, 13–17% und 30% an,³⁹² was eine Dunkelziffer von 70–90% ergibt. Die Dunkelziffer wirkt sich insbesondere hinsichtlich der Selbstanzeigerin aus und lässt sie – allerdings zu Unrecht – in einem besonders ungünstigen Lichte erscheinen. Denn

³⁸⁵ In dem Sinn act. [...].

³⁸⁶ Act. [...].

³⁸⁷ Auf diesen Vorteil hinweisend auch CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung von Submissionsabsprachen unter besonderer Berücksichtigung des Art. 146 StGB, 2008, 43.

³⁸⁸ Act. [...].

³⁸⁹ Siehe Rz 185 ff.

³⁹⁰ Siehe Rz 174.

³⁹¹ Siehe act. [...].

³⁹² Für einen Überblick siehe EMMANUEL COMBE/CONSTANCE MONNIER, Fines against hard core cartels in Europe: The myth of overenforcement, The Antitrust Bulletin 56(2), 2011, 235–275, 254 ff.

um in den Genuss eines vollständigen Sanktionserlasses zu kommen, muss die Selbstanzeigerin sämtliche abgesprochenen Projekte offen legen, weshalb bezüglich ihr keine Dunkelziffer besteht. Dieser Offenlegungspflicht ist die Selbstanzeigerin vorliegend denn auch umfassend nachgekommen. Demgegenüber haben Parteien, die sich gegen eine Selbstanzeige entscheiden, kein Interesse am Bekanntwerden von Fällen, in welche sie involviert waren. Folgedessen kann der unzutreffende Eindruck entstehen, dass die Selbstanzeigerin überdurchschnittlich häufig an Absprachen beteiligt gewesen ist; dies wäre jedoch ein Trugschluss, denn das (eben verzerrte) Bild ist vielmehr, wie gesagt, auf das Nichtbestehen einer Dunkelziffer bezüglich der Selbstanzeigerin zurückzuführen.

B.6.1.3 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

177. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“.

178. Eine „Wettbewerbsbeschränkung“ liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.³⁹³ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis) beziehen.³⁹⁴

179. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.³⁹⁵ Die Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale führt dazu, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG eher rasch zu bejahen ist und sich insbesondere an dieser Stelle regelmässig eine Beurteilung der Wirkungen erübrigt, da bereits ein „Bezwecken“ zu bejahen ist. Dies darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass gemäss geltendem Recht, sprich Art. 5 KG, eine Wettbewerbsabrede nur unzulässig ist, wenn sie sich wettbewerbsbeseitigend oder erheblich -behindernd auswirkt, wodurch die in Art. 4 Abs. 1 KG vorgesehene Variante des blossen „Bezweckens“ letztlich derzeit ohne praktische Bedeutung bleibt. Art. 5 KG wirkt jedoch nicht auf die Begriffsbestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG zurück; ändert mithin an der dort statuierten Definition von Wettbewerbsabreden und insbesondere der hierbei vorgesehenen Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale nichts.³⁹⁶

180. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeitragenden „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.³⁹⁷ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.³⁹⁸

181. In den nachfolgend aufgeführten Fällen geht es – so sie denn bewiesen werden können – um Vereinbarungen über den Preis (allenfalls auch über allfällige Rabatte) der Offerten resp. die Zuteilung eines Projekts (genauer: die Steuerung des Zuschlags durch den Bauherrn) an einen zum Voraus bestimmten Abredeteilnehmer. Mit diesen Verhaltensweisen ist eine entsprechende Preis- und Kundenbeeinflussung zu Gunsten der Parteien und damit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Dass die Angebote der Anbietenden im Vergabeverfahren gemäss einem (insofern allerdings kritisierten³⁹⁹) Urteil des Bundesgerichts

³⁹³ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 375), Art. 4 Abs. 1 N 42 und 51.

³⁹⁴ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 375), Art. 4 Abs. 1 N 63.

³⁹⁵ Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

³⁹⁶ Entgegen der Ansicht einer Partei, siehe act. [...].

³⁹⁷ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 375), Art. 4 Abs. 1 N 69.

³⁹⁸ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 375), Art. 4 Abs. 1 N 71.

³⁹⁹ Für Nachweise siehe Fn 314.

technisch noch keine Offerten zum Vertragsschluss darstellen sollen,⁴⁰⁰ ändert nichts an der mit den Vereinbarungen bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. Allenfalls von Relevanz könnte dieses primär vergaberechtliche⁴⁰¹ Bundesgerichtsurteil nur, aber immerhin, sein, sofern eine Baugesellschaft den Zuschlag bei einem der nachfolgend näher betrachteten Bauprojekt erhalten haben sollte, in der Folge aber mit der Begründung, ihr Angebot sei gemäss Ansicht des Bundesgerichts gar keine Offerte im technischen Sinn gewesen, gleichwohl auf dessen Ausführung verzichtet hätte. Da keine der betroffenen Baugesellschaften vorbringt, so vorgegangen zu sein und solches auch nicht ersichtlich wäre, braucht in dieser Untersuchung aber nicht abschliessend geklärt zu werden, wie es sich diesfalls damit verhalten würde.

182. Der Vollständigkeit halber sei ergänzt, dass es für eine Submissionsabsprache über Preise nicht notwendig ist, eine Vereinbarung über den konkreten Preis zu treffen und detaillierte Preisinformationen auszutauschen (z.B. einander ganze Offerten zuzustellen). Für eine Submissionsabsprache über Preise genügt es bereits, wenn vereinbart wird, dass das schützende Unternehmen einen Preis offeriert, der höher ist als der Preis des geschützten Unternehmens. Gemäss Angaben der Selbstanzeigerin reicht dabei regelmässig bereits eine Preisdifferenz von 3 % aus.⁴⁰²

183. Ob die fraglichen Vereinbarungen auch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkten, wird im Folgenden noch genauer zu prüfen sein.⁴⁰³ Vorweggenommen sei hier das Ergebnis, nämlich dass diese Vereinbarungen es den Parteien darüber hinaus auch faktisch ermöglichten, ihre Angebote abzustimmen und das Verhalten der Wettbewerber zu antizipieren.⁴⁰⁴ Die dem Bauherren zum Entscheid vorgelegten Offerten waren aufgrund der Abstimmung nicht das Ergebnis funktionierenden Wettbewerbs und führten regelmässig zur Vergabe des Auftrags an die von den Parteien zuvor bestimmte Gesellschaft und zum zuvor bestimmten Preis, womit die Abrede auch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkte.⁴⁰⁵

B.6.1.4 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

184. Die Parteien sind als Unternehmen auf der gleichen Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten hinsichtlich der in der Tiefbaubranche von öffentlichen Stellen ausgeschriebenen beziehungsweise privat vergebenen Aufträge.

185. Zu behandeln bleibt in diesem Zusammenhang folgende Konstellation, die von mehreren Parteien – allerdings losgelöst vom allfälligen Treffen von Vereinbarungen (das Treffen solcher wird von diesen Parteien grösstenteils bestritten) – vorgebracht wird⁴⁰⁶:

⁴⁰⁰ So BGE 134 II 297 E. 4.2.

⁴⁰¹ Siehe BGE 134 II 297 E. 1.

⁴⁰² Act. [...].

⁴⁰³ Siehe Rz 822 ff.

⁴⁰⁴ In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass bereits die wechselseitige Kenntnisnahme über die Submissionsteilnahme das Verhalten der Anbietenden im Wettbewerb ändere und damit zu einem angepassten und abgestimmten Bietverhalten führe. Der gegenseitige Kontakt vermindere den Geheimwettbewerb auf Bieterseite, weil er Rückschlüsse auf das Preisverhalten der anderen erlaube. Das Marktangebot könne sich so nicht mehr bilden und der Sinn einer Submission werde *ad absurdum* geführt (BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabsprache, Rechtswirklichkeit und Rechtslage, 1999, Rz 346). Dass bei der eigenen Offertpreisberechnung berücksichtigt wird, wer die übrigen Anbietenden sind, bestätigt auch eine befragte Partei (siehe act. [...]).

⁴⁰⁵ Vgl. auch etwa den Entscheid der BRK/CRM, VPB 64.29, E. 3: „[...] En règle générale, une entente entre soumissionnaires a pour effet de restreindre la concurrence sur le marché pour lequel un appel d'offres a été lancé, en contradiction avec les objectifs poursuivis par la LMP [BöB] de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires [...]“. Ferner etwa RPW 2009/3, 205 Rz 55, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁴⁰⁶ Siehe ausführlich act. [...], ferner act. [...]. In dem Sinne auch act. [...].

Selbst wenn man bezüglich eines bestimmten Projekts (beispielsweise aufgrund der momentanen Auslastung und den vorhandenen Kapazitäten) gar nicht am Zuschlag interessiert sei, müsse man als Baugesellschaft insbesondere bei Einladungsverfahren faktisch eine Offerte einreichen. Die Einreichung einer Offerte sei notwendig, um nicht zu riskieren, in künftigen Einladungsverfahren von der Bauherrschaft nicht mehr als einzuladende Gesellschaft berücksichtigt zu werden, da die Nichteinreichung einer Offerte von den Bauherrschaften häufig dergestalt „sanktioniert“ werde. In Anbetracht des nicht vorhandenen Interessens an einem Zuschlag werde diesfalls der offerierte Preis entsprechend hoch bzw. überhöht angesetzt.

186. Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass dieses „Dilemma“ bei freihändigen Vergaben, in welchen das Gemeinwesen mehrere Angebote einholt, sowie bei Einladungsverfahren für die jeweils eingeladenen Gesellschaften besteht, nicht aber bei offenen und selektiven Verfahren mit einem offenen Kreis von Anbietenden.⁴⁰⁷ Es erscheint durchaus plausibel, dass eine Bauherrschaft darauf verzichtet, eine Baugesellschaft in Anbetracht der im Rahmen von Einladungsverfahren beschränkten Anzahl einzuladender Gesellschaften sowie ihrer grundsätzlichen beschaffungsrechtlichen Verpflichtung, in Einladungsverfahren mindestens drei Angebote einzuholen, weiterhin einzuladen, wenn diese Baugesellschaft in der Vergangenheit bei Einladungsverfahren keine Offerte einreichte; dies jedenfalls dann, wenn mehrmals oder in Folge keine Offerte eingereicht wurde. Wie es sich damit verhält, namentlich ob das Nichteinreichen von Offerten effektiv mit einer Nichtberücksichtigung bei künftigen Einladungsverfahren „sanktioniert“ wird, kann allerdings letztlich offen bleiben. Allerdings erscheint es aus volkswirtschaftlicher Perspektive wünschenswert, wenn die Gemeinwesen nicht so vorgehen und den Verzicht eines Bauunternehmens auf eine Offertabgabe nicht dergestalt „sanktionieren“ würden. Denn einerseits haben die Gemeinwesen ein Interesse daran, zu erfahren, dass eine oder mehrere Baugesellschaften zur fraglichen Zeit gerade kein Interesse an einer Arbeitsausführung haben (z.B. aus Kapazitätsgründen), da ihnen dies ein zutreffenderes Bild über die Marktsituation verschafft; nicht ernsthaft gemeinte Offerten würden ihnen im Rahmen ihrer Offertbereinigung zudem zusätzliche Aufwände verursachen. Andererseits entstehen für die Baugesellschaften durch die Erstellung solcher nicht ernsthafter Offerten unnötige und vermeidbare Kosten. Es sei daher an dieser Stelle der Appell an die Gemeinwesen erlaubt, sie möchten von einer derartigen „Sanktionierung“ durch den Verzicht auf eine Offerte eines Bauunternehmens absehen und ihn ungeachtet dessen auch bei künftigen Submissionen wieder zur Offertabgabe einladen.

187. Ob eine Baugesellschaft bei geringem (oder gar keinem) Interesse an einem Zuschlag keine Offerte einreicht oder aber einen dementsprechend hohen bzw. überhöhten Preis für die Arbeitsausführung offeriert, weil sie im Gespräch bleiben will, ist aus kartellrechtlicher Sicht gleichwertig. In beiden Fällen reflektiert das Verhalten der Gesellschaft ihr (geringes oder eben nicht vorhandenes) Interesse an der Arbeitsausführung. Das Spiel von Angebot und Nachfrage wird dadurch nicht beeinträchtigt und beide Verhaltensweisen sind aus einer kartellrechtlichen Perspektive nicht zu beanstanden; es gibt namentlich keine kartellrechtliche Pflicht, einen ernstgemeinten Preis anzubieten oder überhaupt eine Offerte einzureichen. Der „Preis“, den eine eingeladene Baugesellschaft aber zwangsläufig für ihre Teilnahme an einer Submission zu bezahlen hat, primär um im Gespräch zu bleiben und obwohl sie an der Zuschlagserteilung bloss ein geringes oder kein Interesse hat, besteht in ihren Kosten resp. ihrem Aufwand für die Offerterstellung.

188. Andererseits führt ein bloss geringes oder womöglich gar nicht vorhandenes Interesse einer Baugesellschaft an einer Zuschlagserteilung aber auch nicht dazu, dass aufgrund dessen kein Wettbewerbsverhältnis vorliegen würde.⁴⁰⁸ Eine (eingeladene) Baugesell-

⁴⁰⁷ So die überzeugenden Ausführungen einer Partei anlässlich des Parteiverhörs, vgl. act. [...]. Die Einschätzung einer anderen Partei, wonach von ihr – zumindest [...] – eigentlich auch bei offenen oder selektiven Verfahren eine Eingabe erwartet werde (siehe act. [...]), greift demnach zu hoch.

⁴⁰⁸ So bereits RPW 2009/3, 205 Rz 56, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

schaft steht nämlich unabhängig der Grösse ihres Interessens am Zuschlag für ein konkretes Projekt mit anderen (eingeladenen) Baugesellschaften auf gleicher Marktstufe in einem (zumindest potentiellen) Wettbewerbsverhältnis. Verpflichtet sich nun eine an der Zuschlagserteilung nur wenig oder gar nicht interessierte Gesellschaft, eine Stützofferte abzugeben und als „Gegenleistung“ dafür ihr die geschützte Gesellschaft ihre Offerte überlässt, so kann sie ohne grossen eigenen Aufwand basierend darauf eine eigene Offerte einreichen kann.⁴⁰⁹ Hier liegt deshalb ebenso eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor, wie wenn sie eine solche Vereinbarung aus anderen Gründen (trotz an sich gegebenem eigenem, mehr oder weniger grossen Interesse am Zuschlag) abschliessen würde.⁴¹⁰ Die Gegenleistung wie auch das Motiv zum Eingehen der Vereinbarung sind, wie bereits an anderer Stelle festgehalten, keine Tatbestandsmerkmale.⁴¹¹ Bloss ergänzend sei erwähnt, dass auch die Schädlichkeit einer solchen Abrede keine wesentlich andere ist als bei einer Abrede mit anders verteilter Interessenlage. Auf den ersten Blick könnte dagegen vorgebracht werden, der von der an der Zuschlagserteilung nicht interessierten Gesellschaft offerierte Preis wäre ohne Abrede nicht oder jedenfalls nicht markant tiefer ausgefallen. Dies mag sein, ist aber nicht entscheidend. Wesentlich ist vielmehr, dass das Treffen der Vereinbarung dazu führt, dass vor allem die geschützte Gesellschaft weiss, dass die schützende Gesellschaft eine Scheinofferte mit überhöhten Preisen einreichen wird (oder gleichwertig: auf die Einreichung einer Offerte gänzlich verzichten wird), was ihr erlaubt, den von ihr offerierten Preis anzupassen, namentlich zu erhöhen, ohne dass für sie dadurch die Gefahr entstände, den Zuschlag an einen anderen Abredeteilnehmenden zu verlieren. Diese Schädlichkeit der Abrede bleibt in jedem Fall dieselbe.

B.6.1.5 Fazit

189. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Parteien, welche auf gleicher Marktstufe stehen, in den nachfolgend geschilderten Fällen bewusst und gewollt zusammenwirkten und damit Wettbewerbsbeschränkungen sowohl bezweckten als auch effektiv bewirkten. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 1 KG sind somit erfüllt und es liegen Wettbewerbsabreden im Sinne dieser Bestimmung vor.

B.6.2 Hintergrundinformationen bezüglich Abreden bei Vergabeverfahren

B.6.2.1 Interessenlage von Baugesellschaften bei Auktionen mit verdeckten Geboten

190. Wie zuvor ausgeführt⁴¹², richten sich Vergaben durch die öffentliche Hand nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens, welche das zur Anwendung gelangende Verfahren weitgehend bestimmen. Bei im offenen sowie im selektiven Verfahren ebenso wie im Einladungsverfahren erfolgenden Vergaben handelt es sich um Auktionen mit verdeckten Geboten (first-price sealed bid auctions⁴¹³). Diese zeichnen sich dadurch aus, dass Anbietende ihre Angebote einreichen, ohne dass die übrigen Anbietenden vom Inhalt ihres Angebots erfahren. Die Auftraggeberin entscheidet sich in der Folge für das wirtschaftlich günstigste Angebot.⁴¹⁴ Die Vergabe eines bestimmten Projekts ist zudem ein one-shot-

⁴⁰⁹ Dazu Rz 175.

⁴¹⁰ Anders womöglich die Ansicht einer Partei (vgl. act. [...]).

⁴¹¹ Siehe Rz 173.

⁴¹² Siehe Rz 142 ff.

⁴¹³ Zu den Standardtypen von Auktionen siehe überblicksmässig etwa PAUL KLEMPERER, Auction Theory: A Guide to the Literature, Journal of Economic Surveys 13(3), 1999, 227–286, abrufbar unter <www2.econ.iastate.edu/tesfatsi/AuctionTheoryGuideToLit.Klemperer.pdf> (11.06.2013), S. 4 f. der Onlinepublikation; allgemein zu Auktionen etwa PAUL MILGROM, Putting auction theory to work, 2004, 12, ferner auch 112 sowie VIJAY KRISHNA, Auction Theory, 2. Aufl., San Diego 2009.

⁴¹⁴ AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 328), 120, m.w.H. in Fn 73.

game,⁴¹⁵ d.h. sie wird nur einmal durchgeführt und Abgebotsrunden gibt es nicht. Vergabeverfahren als solche finden allerdings wiederholt statt, nämlich für jedes (Tiefbau-) Projekt. Ferner ist den Anbietenden aufgrund der Offertöffnungsprotokolle jeweils bekannt, wie die übrigen Anbietenden bezüglich eines bestimmten Projekts eingegeben haben. So ist eine „Kontrolle“ der Angebote der übrigen Anbietenden immerhin im Nachgang einer bestimmten Vergabe möglich.

191. Bei einer one-shot first-price sealed bid auction hat grundsätzlich keine der Anbietenden ein Interesse daran, dass andere Anbietende vor Ablauf der Angebotseingabefrist ihr Angebot, insbesondere dessen Höhe, kennen. Im Gegenteil: In Anbetracht dessen, dass die Vergabekriterien inklusive deren Gewichtung im Voraus im Einzelnen bekannt sind, wäre es einer anderen, dergestalt informierten Anbietenden bei gegebenem Interesse ein Leichtes, ein eigenes Angebot einzureichen, welches gerade ein bisschen besser (d.h. wirtschaftlich günstiger) ist als das ihr bekannte Angebot ihres Konkurrenten, um so den Zuschlag zu erhalten. Diesem evidenten Risiko steht kein eigener Vorteil (auch kein potentieller) gegenüber, der mit einer solchen Offenlegung verbunden wäre. Daher hat keine der Anbietenden ein Interesse daran, ihr Angebot Konkurrenten während laufender Eingabefrist offenzulegen; es sei denn, es liege ein kollusives Verhalten zwischen diesen vor.

192. Weiter hat keine am Zuschlag interessierte Anbietende, der während laufender Eingabefrist die Höhe des Angebots einer anderen Anbietenden bekannt wird, ein Interesse daran, selber ein wirtschaftlich weniger günstiges Angebot als das ihr bekannte Konkurrenzangebot einzureichen; es sei denn, es liege ein kollusives Verhalten zwischen diesen vor. Denn da ihr die Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung bekannt sind, weiss sie schon im Voraus, dass ein solches Angebot ihrerseits den Zuschlag nicht erhalten wird, was es für sie bei gegebenem Interesse ökonomisch unsinnig macht, dieses (wie ihr bekannt ist) chancenlose Angebot gleichwohl einzureichen. Bei Interesse am Zuschlag wird sie daher vielmehr ein wirtschaftlich günstigeres Angebot einreichen.⁴¹⁶ Sollte sie jedoch am Auftrags-erhalt nicht oder bloss wenig interessiert sein (in der Regel wegen Kapazitätsauslastung oder weil das Projekt primär spezialisierte Bautätigkeiten betrifft, in welchen sie gerade nicht spezialisiert ist), bleibt es für sie nach wie vor am wenigsten aufwändig, gar kein eigenes Angebot einzureichen; oder sie wird so oder so ein wirtschaftlich nicht besonders attraktives Angebot einreichen, sei es nur, um damit – wie dies von mehreren Baugesellschaften als notwendig erachtet wird – beim Bauherrn im Gespräch zu bleiben (siehe zu diesem Punkt auch Rz 175 und 185 ff.), oder sei es, weil sie durch eine Bauausführung entsprechende Mehrkosten hat (z.B. durch den Beizug von Temporärarbeitenden oder der Anmiete von zusätzlichen Maschinen) und daher bei solchen Projekten, an denen sie bloss ein geringes Interesse hat, mit höheren Margen rechnet.

193. Die Ausführungen in den beiden vorangehenden Rz weiterführend lässt sich sogar feststellen, dass eine ökonomisch rational, nicht kollusiv handelnde Baugesellschaft kein Interesse daran hat, andere Baugesellschaften auch nur wissen zu lassen, ob sie viel oder wenig Interesse am Zuschlag eines Projekts hat. Hat sie grosses Interesse am Zuschlag, wird sie „scharf“ rechnen, d.h., ein wirtschaftlich (und vor allem auch preislich) mög-

⁴¹⁵ Dieser Begriff aus der Spieltheorie bezeichnet „Spiele“ (hier Auktionen), die nach einmaliger Durchführung nicht wiederholt werden (häufig auch als static games bezeichnet). Vgl. allgemein zur Unterteilung möglicher „Spieltypen“ ROBERT GIBBONS, A Primer in Game Theory, 1992, 1 ff.; DREW FUDENBERG/JEAN TIROLE, Game Theory, 1991, 1 ff.

Selektive Vergabeverfahren nach Art. 15 BöB als one-shot sealed bid auctions qualifizierend auch AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 328), 120.

⁴¹⁶ Im Ergebnis ebenso ROBERT C. MARSHALL/MICHAEL J. MEURER, Bidder collusion and antitrust law: Refining the analysis of price fixing to account for the special features of auction markets, 72 Antitrust Law Journal 2004, 83–118, 91, die (allerdings bezogen auf ein kollusives Verhalten resp. ein Abweichen hiervon) festhalten, dass diese Anbietende einen starken Anreiz habe, ein wirtschaftlich leicht günstigeres Angebot einzureichen.

lichst günstiges Angebot einreichen. Hat sie demgegenüber kaum Interesse am Zuschlag, wird sie einen höheren Preis eingeben. Die Kenntnis darüber, mit welchem Interesse am Zuschlag eine Baugesellschaft eingibt, führt fast unweigerlich zu einer Verhaltensanpassung der anderen, darüber „informierten“ Baugesellschaft.⁴¹⁷ Dabei sind vier Fälle zu unterscheiden: 1) Ist die „informierte“ Baugesellschaft selber am Zuschlag stark interessiert, weiss sie, dass sie „scharf“ rechnen muss, um eine Chance auf den Zuschlag zu haben, wenn die andere Baugesellschaft ebenfalls am Zuschlag interessiert ist. 2) Hat die andere Baugesellschaft aber kein oder ein bloss geringes Interesse am Zuschlag, weiss die „informierte“ Baugesellschaft, dass ihre Chance auf den Zuschlag⁴¹⁸ auch mit einem wirtschaftlich nicht allzu günstigen Angebot durchaus intakt sind, sie also mit einer grösseren Marge rechnen kann. 3) Ist die „informierte“ Baugesellschaft hingegen kaum am Zuschlag interessiert, kann sie, wenn die andere Baugesellschaft am Zuschlag interessiert ist, gleichwohl ein aus Sicht des Bauherrn durchaus respektables Angebot einreichen und sich damit beim Bauherrn in ein günstiges Licht rücken, ohne den Zuschlag zu erhalten. 4) Hat hingegen die andere Baugesellschaft kein oder ein bloss geringes Interesse am Zuschlag, ändert sich für die „informierte“ Baugesellschaft, die am Zuschlag ebenfalls nicht interessiert ist, nichts an ihrer Situation. Für die Baugesellschaft, deren (mehr oder minder grosses) Interesse am Zuschlag bekannt geworden ist, sind all diese Verhaltensweisen der konkurrierenden „informierten“ Baugesellschaft in der einen oder anderen Form nachteilig⁴¹⁹ oder bestenfalls neutral, während für sie selber damit keine Vorteile verbunden sind – entsprechend vermeidet eine ökonomisch rational, nicht kollusiv handelnde Baugesellschaft, andere Baugesellschaften über ihr mehr oder minder grosses Interesse am Zuschlag bezüglich eines konkreten Projekts zu informieren.

194. Gegenstand der vorangehenden Ausführungen (Rz 191 ff.) ist die Vergabe eines bestimmten Projekts, also eine einzelne Submission. Vergabeverfahren als solche finden allerdings wiederholt statt, wobei sich diese freilich nicht auf ein und dasselbe (Tiefbau-) Projekt beziehen, sondern auf jeweils andere. Die vorangehenden Ausführungen treffen nun grundsätzlich ebenso auf wiederholt stattfindende Vergabeverfahren zu und sie behalten auch diesbezüglich ihre Gültigkeit. Denn bloss weil Vergabeverfahren wiederholt stattfinden, zieht eine ökonomisch rational, nicht kollusiv handelnde Baugesellschaft nicht plötzlich (und anders als bei isolierter Betrachtung einer einzelnen Submission) einen Vorteil daraus, wenn andere Baugesellschaften über ihr (mehr oder minder grosses) Interesse am Zuschlag bei einem oder eben bei mehreren Projekten wissen; vielmehr addieren sich für sie sogar die nachteiligen Folgen solchen Wissens bei Konkurrenten.

195. Was sich durch ein mehrfaches und wiederholtes Stattfinden von Submissionen aber primär ändert, ist, dass dies ein kollusives Verhalten unter den Anbietenden erleichtert. Je häufiger dieselbe Gruppe von Anbietenden miteinander interagiert, desto stabiler sind Kartelle.⁴²⁰ So können sich etwa die sich absprechenden Baugesellschaften für eine Schutzgewährung bei einem Vergabeverfahren durch Stützofferten bei anderen Vergabever-

⁴¹⁷ In dem Sinn auch CHRIST (Fn 404), Rz 346, gemäss welchem bereits die wechselseitige Kenntnisnahme, wer die übrigen Anbietenden sind, zu einer Anpassung des Bietverhaltens führt.

⁴¹⁸ Dies gilt im Verhältnis zur anderen Baugesellschaft, deren geringes Interesse am Zuschlag sie kennt.

⁴¹⁹ Es handelt sich dabei entweder um direkte (verlorene Submission trotz eigenem Interesse am Zuschlag) oder indirekte (Besserstellung einer Konkurrenzgesellschaft) Nachteile.

⁴²⁰ Siehe nur etwa R. PRESTON MCAFEE/JOHN McMILLAN, Bidding rings, *The American Economic Review* 82(3), 1992, 579–599, abrufbar unter <mcafee.cc/Papers/PDF/BiddingRings.pdf>, 581 (11.06.2013); PAUL KLEMPERER, What really matters in Auction Design, *Journal of Economic Perspectives* 16(1), 2002, 169–189, abrufbar unter <www.wv.uni-magdeburg.de/vwl2/Downl_%20Files/St_2003/Seminar_Auctions/klempere_2002a.pdf>, S. 170 ff. m.w.H. (11.06.2013); WOUTER VERGOTE, Collusion in repeated auctions: a simple dynamic mechanism, *Economics Bulletin* 31 (1), 2011, 714–721, 715 m.w.H.: “(...) the literature has emphasized that collusion arises in an ongoing relationship [Nachweise]”.

fahren gegenseitig „abgelten“.^{421,422} Sodann ist es möglich, im Nachgang eines Vergabeverfahrens die Einhaltung des Vereinbarten zu kontrollieren⁴²³ und bei anderen Vergabeverfahren entsprechend darauf zu reagieren bzw. eine Abweichung vom Vereinbarten zu sanktionieren.

B.6.2.2 Vorgängige Kenntnis der Konkurrenten bei einer Vergabe dank dem Meldesystem des SBV und der Veröffentlichung via <www.infobau.ch>

196. Eine notwendige, wenn auch nicht hinreichende Voraussetzung für das Treffen einer Abrede im Submissionswesen (insbesondere einer erfolgreichen) ist das Wissen darüber, welche Baugesellschaften an einer Submission teilzunehmen gedenken bzw. bei Einladungsverfahren überhaupt zur Teilnahme dazu eingeladen sind.⁴²⁴ Diese Informationen sind an sich nicht öffentlich bekannt und in Anbetracht der Vielzahl von in der Tiefbaubranche des Kantons Zürich tätigen Baugesellschaften auch nicht ohne Weiteres eruiert. Diese Schwierigkeit wird – jedenfalls im untersuchten Zeitraum – durch das an anderer Stelle näher beschriebene⁴²⁵ Meldesystem gemäss Wettbewerbsreglement SBV sowie insbesondere der Zugänglichmachung dieser Informationen über die Internetplattform <www.infobau.ch> überwunden: Jedes Mitglied des SBV kann sich jederzeit ein aktuelles Bild über die Absichten der Konkurrenten hinsichtlich deren Submissionsteilnahme bei einem bestimmten Projekt machen. Je mehr Gesellschaften den Meldedienst benutzen, desto umfassender wird das Bild der konkreten Konkurrenzsituation.

197. Aus einer Vorabklärung des Sekretariats im Jahr 2003 ergibt sich, dass die Mitglieder des SBV bis zum 1. Januar 2003 unter Sanktionsdrohung verpflichtet waren, ihre Submissionsteilnahme zu melden.⁴²⁶ Bis zu diesem Zeitpunkt dürfte also eine umfassende Übersicht über die Submissionsteilnehmenden bestanden haben. Gestützt auf eine Anregung des Sekretariats strich der SBV zwar die Sanktionsdrohung dieser Pflicht aus seinem Reglement. Allerdings hält das Reglement die SBV-Mitglieder – jedenfalls im untersuchten Zeitraum – nach wie vor an, ihre Teilnahme an einer Submission zu melden⁴²⁷, und auch Versammlungen unter den Submissionsteilnehmern sind nach wie vor vorgesehen⁴²⁸.

198. Basis der damaligen Vorabklärung waren bloss summarische Ermittlungen, aufgrund derer nicht schlüssig beurteilt werden konnte, inwieweit das Wettbewerbsreglement des SBV dazu beiträgt, dass Mitglieder Offerten von einzelnen Projekten aufeinander abstimmen.⁴²⁹ Die vorliegende Untersuchung fördert neue Erkenntnisse zu Tage, welche für diese Beurteilung von Relevanz sind: Zunächst ist festzustellen, dass etliche der Parteien das Meldesystem des SBV und die über die Internetplattform <www.infobau.ch> zugänglich gemachten Informationen – zumindest im fraglichen Zeitraum – systematisch nutzten.⁴³⁰ So

⁴²¹ Siehe zu dieser Thematik auch B.6.1.2 ff.

⁴²² In dem Sinn ebenfalls AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 328), 120.

⁴²³ Dazu bereits Rz 190.

⁴²⁴ Ebenso HEITZ (Fn 387), 45. In diesem Sinn ferner auch der OGH in seinem Entscheid 14 Os 155/98 vom 16.3.1999 betreffend Amtsgeheimnisverletzung durch einen mit Auftragsvergaben befassten Beamten. Der OGH hält darin u.a. fest: „Die Preisgabe der im Rahmen einer beschränkten Ausschreibung eingeladenen Firmen ist nämlich generell geeignet, Absprachen zu ermöglichen und damit den Wettbewerb durch Preisbildungsverzerrungen zu beeinträchtigen“.

⁴²⁵ Siehe für allgemeine Ausführungen zu dieser Rz 8 ff.

⁴²⁶ RPW 2003/4, 726 Rz 3 sowie 731 Ziff. 1 der Schlussfolgerungen, *Wettbewerbsreglement des SBV*.

⁴²⁷ Siehe Art. 6.1 Wettbewerbsreglement SBV: „Ein SBV-Mitglied, das ein Angebot einzureichen beabsichtigt (Bewerber), teilt dies unverzüglich [...] der zuständigen Stelle mit.“

⁴²⁸ Art. 8 Wettbewerbsreglement SBV.

⁴²⁹ So ausdrücklich RPW 2003/4, 728 Rz 7 Bst. c, *Wettbewerbsreglement des SBV*.

⁴³⁰ Exemplarisch sei auf die Hausdurchsuchungsakten [...] verwiesen, die das Gesagte belegen.

erklärten mehrere Parteien am Parteiverhör, das Wettbewerbsreglement SBV einzuhalten und dementsprechend auch die vorgeschriebene Meldung (trotz fehlender Sanktionsdrohung) vorzunehmen.⁴³¹ Sodann wurden viele Ausdrücke von Informationen der Internetplattform <www.infobau.ch> gefunden oder eingereicht,⁴³² was zeigt, dass die betreffenden Gesellschaften, jedenfalls im betroffenen Zeitraum, mit diesen Informationen arbeiteten. Ferner fällt auf, dass die über die Internetplattform <www.infobau.ch> resp. deren E-Mail-Verteiler zugänglich gemachten Informationen bezüglich der angemeldeten Submissionsteilnehmenden bei einzelnen Submittenten noch über die Kontaktangaben hinausgehende Angaben enthalten, insbesondere ein oder mehrere Nummernzeichen (#).⁴³³ Eine Partei führte nun anlässlich des Parteiverhörs aus, sie halte die Priorität, welche der entsprechenden Ausschreibung intern zugemessen werde, für den internen Gebrauch mittels handschriftlicher Sternchen (*) auf den Anmeldeformularen an den SBV fest. Die Sternchen schreibe sie einzig deshalb auf die Anmeldeformulare an den SBV (und nicht sonst wohin), weil dies die einzigen auf die jeweiligen Submissionen bezogenen Dokumente seien, die zu diesem Zeitpunkt bei ihr vorhanden seien.⁴³⁴ Ob es sich bei den Nummernzeichen, die auf den Mitteilungen von <www.infobau.ch> angeführt sind, um eine „Übernahme“ bzw. „Übersetzung“ solcher Sternchen – oder anderer auf den Anmeldeformularen von den sich Anmeldenden angebrachter Zeichen – handelt, und ob gegebenenfalls die bei anderen Submittenten auf den <www.infobau.ch>-Mitteilungen aufgeführten Nummernzeichen ebenfalls auf eine (behauptetermassen interne) Prioritätensetzung der entsprechenden Gesellschaften zurückzuführen sind, ist offen⁴³⁵. Nicht von der Hand gewiesen werden kann aber jedenfalls, dass diese Zeichen zumindest einen gewissen Informationsgehalt aufweisen und so zu einem Informationsaustausch unter den Baugesellschaften führen. Abschliessend geklärt zu werden braucht dies hier aber nicht, da es das Ergebnis der Untersuchung nicht zu ändern vermag.

199. Aus dem Gesagten folgt nicht, dass jede Einsichtnahme in die Liste der an einer Submission teilnehmenden Konkurrenten oder jede Versammlung des SBV einer Submissionsabsprache gedient hätte.⁴³⁶ Aber es ergibt sich daraus, dass das Meldesystem des SBV und die über die Internetplattform <www.infobau.ch> zugänglich gemachten Informationen für jedes Projekt nahezu vollständige Transparenz über die Konkurrenzsituation schafft. Dies sorgt damit dafür, dass die in Rz 196 genannte Voraussetzung für das Treffen von Submissionsabsprachen über die Zuteilung von Projekten erfüllt ist.⁴³⁷

200. Im Übrigen kann die erwähnte Plattform den Markt der Tiefbaubranche auch dann beeinflussen, wenn keine direkten Kontakte zwischen den Konkurrenten gestützt darauf stattfinden. So kann bereits das Wissen über die mögliche Anzahl an Konkurrenten und deren Identität (welche Rückschlüsse auf die Stärken, Spezialitäten, vermutete Auslastung⁴³⁸ und geographische Herkunft der Submissionsteilnehmer erlaubt) die Höhe der eigenen Eingabe beeinflussen.⁴³⁹ Denn anstatt gegen den potenziell günstigsten Konkurrenten aller

⁴³¹ Act. [...], act. [...]. Siehe beispielhaft weiter die ausgefüllten Anmeldeformulare act. [...] der Hausdurchsuchungsakten [...].

⁴³² Siehe etwa die entsprechenden Beispiele in den Hausdurchsuchungsakten [...].

⁴³³ Statt anderer act. [...] der Hausdurchsuchungsakten [...].

⁴³⁴ Act. [...].

⁴³⁵ Siehe die dies offen lassenden Ausführungen in act. [...].

⁴³⁶ Art. 11 Wettbewerbsreglement SBV legt sogar ausdrücklich fest, dass jegliche wettbewerbsrechtswidrigen Abreden untersagt sind. Zudem kann in Anwendung von Art. 10 SBV-Statuten 2003 ein SBV-Mitglied, das wettbewerbsrechtswidrige Abreden trifft, aus dem SBV ausgeschlossen werden.

⁴³⁷ Solche Meldestellen als bei der Vorbereitung von Submissionsabsprachen sehr hilfreich bezeichnend auch HEITZ (Fn 387), 46.

⁴³⁸ Die Auslastung wirkt sich regelmässig – und zwar in erheblichem Umfang – auf den von einer Gesellschaft offerierten Preis aus (illustrativ act. [...], act. [...], dahingehend auch act. [...]).

⁴³⁹ Dahingehend auch etwa Aussagen von Parteien anlässlich der Parteiverhöre, siehe act. [...] sowie act. [...].

denkbaren Anbietenden braucht man bloss noch gegen den potenziell günstigsten Konkurrenten aus der beschränkten Anzahl der (namentlich bekannten) Anbietenden anzutreten. Dies kann dazu führen, dass der Wettbewerbsdruck abgeschwächt wird, da ein Anbietender ein wirtschaftlicher weniger günstiges Angebot einreichen kann, ohne eine Niederlage befürchten zu müssen. Das Meldesystem des SBV stellt somit via der Internetplattform <www.infobau.ch> wichtige Informationen zur Verfügung, welche sich direkt auf die Intensität des Wettbewerbs auswirken können.⁴⁴⁰

B.6.3 Die im Einzelnen betrachteten Fälle

B.6.3.1 Einleitung

201. Nachfolgend werden die Projekte beschrieben, welche eine detaillierte Betrachtung und Darstellung rechtfertigen. Projekte, hinsichtlich welcher zwar der (begründete) Verdacht besteht, dass kartellrechtsrelevante Abreden getroffen worden sein könnten, hinsichtlich welcher aber eine rechtsgenügende Beweisbarkeit bereits im Voraus ausgeschlossen werden kann, werden nachfolgend aus prozessökonomischen Gründen nicht im Einzelnen dargestellt. Die Darstellung der Projekte folgt grundsätzlich, vorbehaltlich B.6.3.3 nachfolgend, in chronologischer Reihenfolge vom jüngsten zum ältesten.

202. Jedes Projekt – vorbehaltlich der in B.6.3.3 aufgeführten – wird nach dem folgenden Schema präsentiert:

A. Ausschreibung

B. Beweismittel vor Versand des Antrags

C. Beweiswürdigung vor Versand des Antrags

D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel

E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

203. Unter **A.** werden die Eckdaten der jeweiligen Ausschreibung angegeben (Name des Projekts, Ort, Datum, Bauherr). Das angegebene Datum entspricht der Eingabefrist, soweit diese bekannt ist resp. es eine solche überhaupt gibt. Andernfalls entspricht die Datumsangabe dem Datum der Ausschreibung, dem Eingabedatum der Offerte, oder dem Datum der Offertöffnung, wobei dies entsprechend vermerkt ist. Die Submissionsteilnehmer, die Höhe der eingereichten Offerten, das Datum des Offerteingangs beim Bauherrn (soweit vorhanden) sowie der berücksichtigte Anbieter (Zuschlagsempfänger) werden schematisch aufgeführt und es werden die Quellen, auf welche sich diese Angaben stützen, angegeben. Die Reihenfolge der Unternehmen innerhalb der Tabelle richtet sich nach der Höhe ihrer Angebote, beginnend mit dem tiefsten Angebot.

204. Unter **B.** werden die vor Versand des Antrags vorhandenen Beweismittel aufgeführt, welche alsdann unter **C.** – wiederum vor Versand des Antrags – gewürdigt werden. In Abschnitt **C.** wird ausserdem der Sachverhalt zusammengefasst dargestellt, wie er sich in Würdigung der Beweismittel vor Versand des Antrags darstellt.

205. Unter **D.** werden die allfälligen Ausführungen der Parteien bezüglich der einzelnen Projekte in ihren Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zum Antrag des Sekretariats dargestellt. Ebenfalls wird aufgeführt, falls nach Versand des Antrags noch zusätzliche Beweismittel erhoben wurden.

⁴⁴⁰ Vgl. auch Seite 8 des Leitfadens zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen der OECD vom Februar 2009, abrufbar unter <www.oecd.org/dataoecd/1/39/48520533.pdf> (11.06.2013).

206. Gestützt auf die vorgenannten Abschnitte wird unter **E.** die Gesamtwürdigung vorgenommen und das Ergebnis bezüglich des jeweiligen Projekts ausgeführt.

B.6.3.2 Überblick

207. Über den Zeitraum 2006 bis 2009 können hinsichtlich verschiedener im Kanton Zürich gelegener Bauprojekte kartellrechtlich relevante Vereinbarungen zwischen Submissionsteilnehmern bewiesen werden – im Einzelnen wird diesbezüglich auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen.⁴⁴¹ Ferner ist erwiesen, dass es zwischen verschiedenen Baugesellschaften zu weiteren Kontakten bzw. Informationsflüssen gekommen ist, die aus kartellrechtlicher Sicht als problematisch einzustufen sind.⁴⁴² Diesfalls bestehen zwar Verdachtsmomente bzw. Vermutungen für die Existenz von Wettbewerbsabreden i.S.d. KG; allerdings lassen sie sich in diesen Fällen nicht in rechtsgenügender Weise nachweisen. Derartige Beweisschwierigkeiten sind in einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem es um horizontale Abreden über Preise sowie die Aufteilung von Geschäftskunden und damit um sogenannte Hardcore-Kartelle geht, nicht unerwartet, da solche Praktiken vorzugsweise im Verdeckten erfolgen.⁴⁴³ Dass das Erstellen potentiell belastender Beweismittel durch die jeweiligen Abredeteilnehmer gezielt vermieden wurde, wird denn auch von den Ausführungen der Selbstanzeigerin untermauert. Die Kontaktaufnahme zwischen den Abredeteilnehmern erfolgte in der Regel telefonisch, allenfalls gefolgt von Sitzungen; der Verkehr mittels (ausdruckbaren und elektronisch nachverfolgbaren) E-Mails wurde als „gefährlich“ eingestuft und entsprechend weitestgehend unterlassen.⁴⁴⁴ Dieser Ausgangslage muss man sich bewusst sein; und zwar auch bei der *Würdigung* der aufgefundenen *Beweismittel*, namentlich wenn es darum geht, die Bedeutung und Aussagekraft eines Beweismittels richtig einzuordnen (womit allerdings keineswegs gesagt wird, durch solche Verdeckungsmassnahmen würde das erforderliche *Beweismass* herabgesetzt).

208. Um ein rascheres Zurechtfinden bei den nachfolgend im Einzelnen betrachteten Projekten zu ermöglichen, seien hier die Eckdaten dieser Projekte tabellarisch dargestellt: [...]

B.6.3.3 Allgemeine Vorbemerkungen zu bestimmten Beweismitteln und Vorbringen der Parteien

209. Gewisse Vorbringen der Parteien in ihren Stellungnahmen betreffen nicht nur ein spezifisches Projekt, sondern eine Vielzahl davon. Entsprechend erscheint es angebracht, auf diese Vorbringen vorgängig der Behandlung der einzelnen Projekte einzugehen.

B.6.3.3.1 Weshalb nicht immer alle Abredeteilnehmer auch Verfahrensparteien sind

210. Hüppi bringt bezüglich mehreren Projekten vor, die Wettbewerbsbehörden seien bei diesen Projekten anscheinend selber nicht von ihren Vorwürfen überzeugt. Dies will sie aus der Tatsache ableiten, dass bei diesen Projekten nicht alle angeblichen Abredeteilnehmer als Parteien ins Verfahren mit einbezogen (und entsprechend auch nicht sanktioniert) wurden.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ Rz 223 ff.

⁴⁴² Exemplarisch sei auf die Ausführungen in Rz 198 verwiesen.

⁴⁴³ So bereits die Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 2022, 2028 Ziff. 1.3.1 und v.a. 2033 Ziff. 2.1 sowie 2038 f. Ziff. 2.1.5.

⁴⁴⁴ Siehe act. [...].

⁴⁴⁵ Siehe act. [...].

211. Es trifft zu, dass bei einigen Projekten nicht alle Submittenten als Parteien ins Verfahren einbezogen wurden. Dies kann auch dem Überblick unter Ziffer B.6.3.2 entnommen werden, wo solche Submissionsbeteiligten als „Nichtparteien“ aufgeführt sind. Präzisierend anzufügen ist, dass es sich bei diesen „Nichtparteien“ nicht immer um dieselben Bauunternehmen handelt, sondern um viele verschiedene, welche häufig nur bei einem einzigen Projekt involviert sind. Bei einigen der Projekte (nicht aber bei allen), an welchen Nichtparteien beteiligt sind, ist die WEKO aufgrund der Beweislage, wie sie sich im jetzigen Zeitpunkt darstellt, davon überzeugt, dass auch diese jeweiligen Nichtparteien an der betreffenden Abrede beteiligt waren.⁴⁴⁶ Der Nichteinbezug dieser Bauunternehmen ins Verfahren als Parteien ist – entgegen der Ansicht von Hüppi – also keineswegs dahingehend zu verstehen, dass die WEKO von der Beweislage in diesen Fällen nicht überzeugt wäre. Der Nichteinbezug hat vielmehr einen verfahrensökonomischen Grund: Ein Einbezug noch weiterer Parteien hätte zu einer (auch nicht im Interesse der beteiligten Parteien liegenden) nicht unerheblichen Verfahrensverlängerung geführt. Es musste daher bei der vorgenommenen persönlichen Verfahrensausdehnung⁴⁴⁷ eine beschränkte Auswahl neu einzubeziehender Bauunternehmen getroffen werden. Im Bewusstsein darum fokussierte diese primär auf Bauunternehmen, hinsichtlich welcher im Ausdehnungszeitpunkt Anhaltspunkte für eine Beteiligung an mehreren Abreden oder für eine eigene Schutznahme bestanden. Demgegenüber sind die meisten der Nichtparteien bloss bei einem Projekt involviert und ihnen ist „nur“ die Abgabe einer einzigen Stützofferte vorzuwerfen. In der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ wurde im Übrigen in vergleichbarer Weise vorgegangen und ebenfalls „bloss“ eine beschränkte persönliche Verfahrensausdehnung vorgenommen. Die Argumentation von Hüppi, wonach aus dem Nichteinbezug dieser verschiedenen weiteren Bauunternehmen als Parteien abzuleiten sein soll, dass die WEKO selber am Beweisergebnis zweifle, verfängt demnach nicht; die WEKO hat vielmehr keine erheblichen und nicht zu unterdrückenden Zweifel daran, dass sich der Sachverhalt so zugetragen hat, wie er nachfolgend wiedergegeben wird. Auf diese immer gleichlautende Argumentation von Hüppi wird daher bezüglich der einzelnen Fälle nicht mehr erneut eingegangen.

B.6.3.3.2 Weshalb der allfällige Eindruck, die Selbstanzeigerin habe sich überdurchschnittlich oft an Abreden beteiligt, unzutreffend ist

212. Keller-Frei⁴⁴⁸ und Hüppi⁴⁴⁹ bringen vor, die Selbstanzeigerin habe – wie insbesondere die (bezüglich der Selbstanzeigerin allerdings hypothetische) Sanktionsberechnung zeige – am meisten von den (von ihnen bestrittenen) Abreden profitiert. Sie sei daher anstiftendes oder führendes Kartellmitglied gewesen. Daraus leitet Keller-Frei ab, dies schmälere die Glaubhaftigkeit der Angaben der Selbstanzeigerin, welche ja angebe, bei der „[...] Gruppe“⁴⁵⁰ bloss am Rande beteiligt gewesen. Hüppi ihrerseits stellt den vollständigen Sanktionserlass für die Selbstanzeigerin in Frage.

213. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt,⁴⁵¹ ist es auf die umfassende Kooperation der Selbstanzeigerin zurückzuführen, dass ihr gegenüber eine Dunkelziffer von 0 % besteht, mithin sämtliche abgesprochenen Projekte mit ihrer Beteiligung bekannt sind. Demgegenüber haben alle übrigen Parteien, welche sich gegen eine Selbstanzeige entschieden haben, ein Interesse daran, dass – wenn überhaupt – möglichst wenige abgesprochene Projekte bekannt werden, an denen sie beteiligt waren. Über die Höhe der Dunkelziffer bei diesen Parteien soll hier nicht gemutmasst werden, sie beträgt aber jedenfalls nicht 0 %. Diese

⁴⁴⁶ Siehe exemplarisch nur etwa das Ergebnis der Beweismündigung bezüglich Fall [...].

⁴⁴⁷ Siehe dazu Rz 41.

⁴⁴⁸ Siehe act. [...].

⁴⁴⁹ Siehe act. [...].

⁴⁵⁰ Fälle [...].

⁴⁵¹ Rz 176.

unterschiedlich grosse Dunkelziffer führt dazu, dass der Eindruck entstehen könnte, die Selbstanzeigerin sei überdurchschnittlich oft an Abreden beteiligt gewesen. Es bestehen jedoch keinerlei Anzeichen dafür, dass die Selbstanzeigerin eine anführende oder anstiftende Rolle gehabt hätte. Vielmehr ist es – gerade aufgrund der Art und Weise, wie die Selbstanzeigerin überhaupt erst in die „[...] Gruppe“ hineingelangt ist⁴⁵² – überzeugend, dass sie bei dieser bloss am Rande beteiligt war (nämlich nur insoweit, als dies aufgrund von Einladungen der Selbstanzeigerin zur Offertabgabe durch [...] eben unvermeidbar ist). M.a.W. steht die Selbstanzeigerin aufgrund der bei ihr nicht bestehenden Dunkelziffer sowie der Beschreibung und Beurteilung jeder einzelnen Abrede in einem besonders schlechtem Licht da, dies allerdings zu unrecht. Dieser (unzutreffende) Eindruck wird dadurch noch verstärkt, dass Projekte, hinsichtlich welcher zwar der (begründete) Verdacht besteht, dass kartellrechtsrelevante Abreden getroffen worden sein könnten, hinsichtlich welcher aber eine rechtsgenügende Beweisbarkeit bereits im Voraus ausgeschlossen werden kann, aus prozessökonomischen Gründen nachfolgend nicht aufgeführt sind. Die obigen Ausführungen werden im Übrigen dadurch bestätigt, dass auch in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ ein solch zu Ungunsten der Selbstanzeigerinnen verzerrtes Bild entstand. Die Vorbringen von Keller-Frei und Hüppi, wonach die Selbstanzeigerin eine führende oder anstiftende Rolle inne gehabt haben soll, überzeugen demnach nicht.

B.6.3.3.3 Die „Absprachenliste“ ist von durchschlagender Beweiskraft

214. Mehrere Parteien sprechen der „Absprachenliste“ eine Überzeugungskraft als Beweismittel weitgehend oder zumindest bezogen auf bestimmte Punkte ab.⁴⁵³ Zur Begründung werden verschiedene Punkte vorgebracht, die hier zusammengefasst seien: Die Liste sei aus der Erinnerung und bloss sehr rudimentär geführt worden und sie biete keinen vollständigen Überblick über die Submissionen. Eine umfassende und verlässliche Dokumentation des Verhaltens der jeweils beteiligten Unternehmen habe nicht stattgefunden. Auch sei sie nicht mit dem Anspruch angelegt worden, in einem rechtsstaatlichen Verfahren den vollen Beweis zu erbringen, weshalb keine Gewähr bestehe, dass alle Angaben zutreffend seien. So sei nie systematisch aufgeschrieben worden, vielmehr bestätige der Verfasser der Liste selber, dass diese für ihn bloss ein besserer Notizblock gewesen sei und Lücken aufweisen könne. Eine solche Liste könne von jedermann, aus welchen Motiven auch immer, erstellt werden. Im Übrigen sei unbewiesen, zu welchem Zeitpunkt die Liste angefertigt worden sei. Entsprechend sei unbewiesen, dass die Eintragungen zur Zeit der angeblichen Absprachen vorgenommen wurden (wie dies im Antrag angenommen werde) und nicht etwa erst nach der Offertöffnung oder gar noch später. Zudem werde ausgeblendet, dass sich die „Absprachenliste“ in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ in zahlreichen Fällen als nachweislich falsch erwiesen habe. Von der Gesamtzahl der in der „Absprachenliste“ eingetragenen, angeblich abgesprochenen Projekte im Kanton Aargau sei das Sekretariat in seinem dortigen Antrag bloss in rund 15% der Fälle vom Vorliegen einer Abrede ausgegangen.⁴⁵⁴ Auch in vorliegender Untersuchung erwiesen sich [...] Anschuldigungen gegen Hüppi sofort als nachweislich falsch. Bezüglich der Fälle [...] behaupte die Selbstanzeigerin gestützt auf die „Absprachenliste“, Hüppi habe den Zuschlag bekommen, was aber nicht der Fall sei. Dies belege, dass die „Absprachenliste“ als Beweismittel nicht taue. Sodann habe der Verfasser der Liste in der parallelen Untersuchung angegeben, die Liste enthalte nur Projekte, bei welchen die Selbstanzeigerin Stützofferten eingereicht habe. Doch in der Liste seien auch Projekte aufgeführt, bei welchen die Selbstanzeigerin einen Schutz erhalten habe. Eine Erklärung für diese Diskrepanz werde nicht gegeben. Die „Ab-

⁴⁵² Siehe ausführlicher dazu [...].

⁴⁵³ Hüppi (act. [...]), Schiess (act. [...]), Kern (act. [...]), Walo (act. [...]) und Keller-Frei (act. [...]).

⁴⁵⁴ Bei dieser Zahl sei im Übrigen noch nicht einmal berücksichtigt, in wie vielen Fällen die WEKO oder das BVGer eine andere Würdigung als das Sekretariat vornehme und deshalb vom Nichtvorliegen von Abreden ausgehe.

sprachenliste“ schein eine reine Marktbeobachtungsliste zu sein, in welche die Selbstanzeigerin eintrug, wer bei den von ihr beobachteten Projekten jeweils den Zuschlag erhielt. Andernfalls hätte die Selbstanzeigerin nämlich keinen Grund gehabt, neben der „Absprachenliste“ noch zusätzliche Reihenfolgelisten⁴⁵⁵ zu führen. Die Aussagen der Selbstanzeigerin, auch über den Inhalt der „Absprachenliste“, müssten vor dem Hintergrund der durch die Hausdurchsuchung entstandenen Notsituation gesehen werden. Hinsichtlich der angeblichen Abgabe von Stützofferten durch andere Bauunternehmen besage die Liste nichts.

215. Die Überzeugungskraft der „Absprachenliste“ wurde in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ ebenfalls in Frage gestellt. Die WEKO prüfte diese Vorbringen eingehend und es kann weitgehend auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.⁴⁵⁶ Hier sei Folgendes festgehalten:

216. Bezüglich Erstellungszeitpunkt der Liste bzw. Vornahme der Eintragungen ist zunächst festzustellen, dass die „Absprachenliste“ in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ anlässlich der Hausdurchsuchung ausgehändigt wurde.⁴⁵⁷ Sie hat in diesem Zeitpunkt also bereits bestanden und es kann daher ausgeschlossen werden, dass sie nur für die Selbstanzeige erstellt wurde. Gemäss Verfasser der Liste hat er diese im Zeitraum vom 24. März 2006 bis zum 8. Juni 2009 geführt.⁴⁵⁸ Zum genauen Zeitpunkt der Eintragungen führte der Verfasser der Liste aus, er habe diese jeweils unmittelbar nach einer Absprachesitzung, d.h. in den folgenden 24 bis 48 Stunden, vorgenommen, was in der Regel vor der Zuschlagserteilung gewesen sei.⁴⁵⁹ Die Liste sei nicht nachträglich geführt worden, sondern dann, als die Abreden stattfanden.⁴⁶⁰ Dieser angegebene Eintragungszeitpunkt stimmt auch mit dem vom Verfasser mit der Liste verfolgten Zweck überein. Er habe die Liste geführt, damit er in etwa eine Übersicht gehabt habe, wem er Schutz erteilt habe. Er habe darin jeweils aufgeführt, wenn er jemandem einen Schutz erteilt habe. Aus den Offertöffnungsprotokollen sehe man ja dann, ob die Absprache auch geklappt habe.⁴⁶¹ Die Liste habe ihm dazu gedient, damit er bei den Besprechungen besser habe mitreden können, wer an der Reihe sei.⁴⁶² Dass die Eintragungen nicht erst nach Offertöffnung vorgenommen wurden, und insbesondere dass es sich bei der Liste nicht um eine Marktbeobachtungsliste handelt, wird durch zwei weitere Punkte bekräftigt. Zum einen finden sich darin auch Projekte eingetragen, bei welchen die Submission abgebrochen wurde und es daher gar nicht zu einem Zuschlag kam.⁴⁶³ Dies spricht dafür, dass die Eintragungen eben bereits zu einem früheren Zeitpunkt erfolgten. Zum anderen entsprechen die eingetragenen Summen den ungefähren von der Selbstanzeigerin offerierten Beträgen, nicht denjenigen der preislich bestplatzierten Bauunternehmen gemäss Offertöffnungsprotokoll. Für eine Marktbeobachtungsliste macht dies aber keinen Sinn, denn in einer solchen würde der Betrag der besten Konkurrenzofferte eingetragen, den es ja zu beobachten gilt. Zudem würden auch die selber erhaltenen Ausschreibungen durchgängig in einer solchen Marktbeobachtungsliste aufgeführt, wie ein Vertreter von Hüppi selber festhält.⁴⁶⁴ Dass die Selbstanzeigerin neben der „Absprachenliste“ noch weitere Reihenfolgelisten geführt hat, spricht ebenfalls nicht dafür, dass die „Absprachenliste“ eine Marktbeobachtungsliste wäre. Denn diese Reihenfolgelisten beziehen sich spezifisch auf diejenigen Fälle, in welchen eine regelrechte Kerngruppe

⁴⁵⁵ Gemeint sind die Reihenfolgelisten [...].

⁴⁵⁶ RPW 2012/2, 284 ff. Rz 70 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁴⁵⁷ RPW 2012/2, 284 Rz 70, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁴⁵⁸ Siehe [...] act. [...].

⁴⁵⁹ RPW 2012/2, 284 Rz 72, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁴⁶⁰ Act. [...].

⁴⁶¹ Act. [...].

⁴⁶² Act. [...].

⁴⁶³ Dies betrifft die Fälle [...].

⁴⁶⁴ Siehe act. [...].

von sich absprechenden Bauunternehmen bestand und diese Absprachen einer gewissen Systematik – eben einer Reihenfolge – folgten, während in der „Absprachenliste“ grundsätzlich alle (ev. mit Lücken, dazu nachfolgend Rz 218) Absprachen eingetragen wurden. Die WEKO erachtet es daher als bewiesen, dass die „Absprachenliste“ fortlaufend geführt wurde und die Eintragungen jeweils nach dem Treffen einer Vereinbarung vorgenommen wurden. Zudem hat sie keine Zweifel daran, dass die Selbstanzeigerin in der „Absprachenliste“ jeweils dasjenige Bauunternehmen eintrug, dem es gestützt auf eine entsprechende Absprache einen Schutz erteilte. Ob die Abrede auch funktionierte, mithin das geschützte Unternehmen auch effektiv den Zuschlag erhielt, darüber besagt die „Absprachenliste“ demgegenüber nichts. Dies, weil der Verfasser der Liste diese nicht jeweils nachträglich mit dem Offertöffnungsprotokoll verglich und allenfalls eine Korrektur der Liste vornahm, falls ein Schutz nicht geklappt haben sollte. Dass Hüppi den Zuschlag in [...] Fällen nachweislich nicht bekommen hat, vermag daher die Überzeugungskraft der „Absprachenliste“ nicht zu schmälern.⁴⁶⁵

217. Die Liste enthält die Spalten „Bauherr“, „Bauobjekt“, „Summe“, „Mitbewerber“ sowie „Datum“. Beim eingetragenen „Mitbewerber“ handelt es sich gemäss Verfasser der Liste um die geschützte Baugesellschaft.⁴⁶⁶ In den allermeisten Fällen – jedenfalls dann, wenn es sich beim Bauherrn um die öffentliche Hand mit entsprechenden Dokumentationspflichten gehandelt hat – lässt sich gestützt auf diese Angaben das betroffene Projekt ermitteln. Anhand der Offertöffnungsprotokolle lässt sich sodann feststellen, welche Bauunternehmen beim fraglichen Projekt effektiv eine Eingabe gemacht haben und welchen Preis sie dabei eingaben. Damit kann zum einen verifiziert werden, ob die geschützte Gesellschaft in der Tat die preislich günstigste Offerte abgegeben hat, und zum anderen, ob die Selbstanzeigerin in der Grössenordnung des in ungefährer Höhe vereinbarten Stützbetrags, jedenfalls aber höher als die geschützte Gesellschaft, offeriert hat. Es trifft zu, dass als „Mitbewerber“ vereinzelt (betreffend Kanton Zürich [...]) die Selbstanzeigerin selber aufgeführt ist, sie es also war, die einen Schutz erhielt. Anlässlich der Anhörung durch die WEKO erläuterte der Verfasser der Liste seine diesbezügliche Handhabung und insbesondere seinen „Praxiswechsel“.⁴⁶⁷ Diese Ausführungen sind glaubhaft und stimmig, insbesondere ist ohne Weiteres nachvollziehbar und auch naheliegend, dass eigene Schutznahmen besser memoriert bleiben als die Abgabe von Stützofferten.

218. Was die angebliche Fehlerhaftigkeit der „Absprachenliste“ betrifft, so ist es in der Tat so, dass ihr Verfasser angibt, diese sei ein besserer Notizblock für ihn gewesen und sie könne Lücken aufweisen, sie dürfte aber ziemlich vollständig sein.⁴⁶⁸ Auch trifft es zu, dass diese Liste nicht für die Verwendung in einem Kartellverwaltungsverfahren erstellt wurde, was der Verfasser denn auch bestätigt, wenn er ausführt, er habe nie gedacht, dass diese Liste so verhängnisvoll würde.⁴⁶⁹ Unzutreffend ist es jedoch, wenn aus der allfälligen Unvollständigkeit der Liste geschlossen würde, die vorgenommenen Einträge seien fehlerhaft. Denn aus dem einen ergibt sich nicht das andere. Ob es möglich sei, dass er ein nicht abgesprochenes Projekt in der Liste eingetragen habe, beantwortete der Verfasser der Liste in der parallelen Untersuchung mit *„Nein. Ich habe sicher nichts eingetragen einfach ohne Grund. Also, alles was da eingetragen ist, da habe ich mit einem Unternehmer darüber ge-*

⁴⁶⁵ In Zweifel gezogen werden kann deswegen einzig die entsprechende Angabe in der Selbstanzeige.

⁴⁶⁶ Act. [...].

⁴⁶⁷ Eine allfällige Aussage des Verfassers der Liste in der parallelen Untersuchung, wonach er nur Stützofferten der Selbstanzeigerin in der Liste eingetragen habe, vermag die Beweiskraft der „Absprachenliste“ nicht in Frage zu stellen, sondern kann höchstens Zweifel an der entsprechenden Aussage, zumindest an deren Absolutheit, begründen, so sie denn so auch effektiv gemacht wurde, was mangels Relevanz für diese Untersuchung nicht abgeklärt zu werden braucht.

⁴⁶⁸ Act. [...].

⁴⁶⁹ Act. [...].

sprochen.⁴⁷⁰ Dass der Verfasser keine unzutreffenden Eintragungen vorgenommen hat, stimmt auch mit dem von ihm mit der Liste verfolgten Zweck überein. Denn er hätte an den Absprachebesprechungen sehr rasch an Überzeugungskraft eingebüsst und seine Glaubhaftigkeit sowie seine Verhandlungsposition verspielt, wenn er nicht abgesprochene Projekte als abgesprochene ins Feld geführt hätte. Es ging ihm bei der Liste ja gerade darum, möglichst zuverlässig darüber im Bild zu sein, was gelaufen ist. Die WEKO hat daher keine Zweifel daran, dass Eintragungen nur erfolgten, wenn der Verfasser der Liste einen Grund dafür hatte, wenn m.a.W. eine Absprache getroffen wurde. Dass sich die „Absprachenliste“ in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ in der weit überwiegenden Zahl der Fälle als nachweislich falsch erwiesen habe, trifft nicht zu. Es kann auf die diesbezüglich, an anderer Stelle bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden.⁴⁷¹

219. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die „Absprachenliste“ von durchschlagender Beweiskraft ist. Nach Ansicht der WEKO bestehen keine nicht zu unterdrückenden Zweifel daran, dass bei den eingetragenen Projekten jeweils eine Absprache zwischen der Selbstanzeigerin und dem eingetragenen „Mitbewerber“ erfolgte, wonach die Selbstanzeigerin zusagte, diesen beim fraglichen Projekt zu schützen.⁴⁷² Sofern die Selbstanzeigerin ausnahmsweise selbst als „Mitbewerber“ eingetragen ist, ist bewiesen, dass sie für sich selbst einen Schutz organisierte.

B.6.3.4 Schutznahmen der Selbstanzeigerin

220. Birchmeier reichte eine Selbstanzeige ein,⁴⁷³ welche – da die diesbezüglichen Voraussetzungen allesamt erfüllt sind⁴⁷⁴ – zu einem vollständigen Sanktionserlass gegenüber dieser Partei führt. In Anbetracht der so oder so nicht erfolgenden Sanktionierung dieser Partei wird in Anlehnung an die im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ gewählte Vorgehensweise⁴⁷⁵ aus prozessökonomischen Gründen auf eine ausführliche Wiedergabe und Schilderung der Projekte verzichtet, bei welchen Birchmeier Schutznehmerin war und dementsprechend primär sie einen Umsatz generierte. Es wird stattdessen nachfolgend ein ausgesuchtes Beispiel dargestellt,⁴⁷⁶ in welchem Birchmeier Schutznehmerin war. Anschliessend folgt – vor allem vor dem Hintergrund der sanktionsrechtlichen Relevanz der Abgabe von Stützofferten – unter Bezeichnung der jeweils schützenden Gesellschaften eine Übersicht über die weiteren Projekte, bei welchen dies der Fall war.

221. Die Selbstanzeigerin bringt vor, beim ausgesuchten Beispiel handle es sich nicht um einen typischen Fall einer Schutznahme von ihr. Denn einzig bei diesem Projekt, habe eine Kerngruppe von sich absprechenden Unternehmen bestanden, wobei sie selber im Übrigen nicht Teil dieser Kerngruppe gewesen sei. Bei allen übrigen Schutznahmen von ihr habe demgegenüber keine Kerngruppe bestanden; es handle sich daher um eine absolute Ausnahmerecheinung.

222. Es trifft zu, dass einzig bei dieser Schutznahme der Selbstanzeigerin eine Kerngruppe sich absprechender Unternehmen involviert war und nur bei dieser die Absprachen mit einer gewissen Systematik erfolgten, während die übrigen Schutznahmen der Selbstanzeigerin eher zufällig geschlossen wurden. Es trifft daher auch zu, dass es sich beim nachfolgend dargestellten Fall nicht um ein typisches Beispiel einer Schutznahme

⁴⁷⁰ RPW 2012/2, 285 f. Rz 86, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁴⁷¹ Siehe Rz 100.

⁴⁷² Sei es durch eine Stützofferte, sei es ausnahmsweise durch eine bid suppression.

⁴⁷³ Siehe Rz 39 f.

⁴⁷⁴ Siehe Rz 999 ff.

⁴⁷⁵ Siehe RPW 2009/3, 205 f. Rz 62, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁴⁷⁶ So auch die Vorgehensweise in RPW 2009/3, 205 f. Rz 62, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

durch die Selbstanzeigerin handelt. Gleichwohl verzichtet die WEKO darauf, eine andere Schutznahme als – zugegebenermassen typischeres – Beispiel einer Schutznahme durch die Selbstanzeigerin darzustellen. An diesem Beispiel hält sie fest, gerade weil es sich hierbei um diejenige Schutznahme der Selbstanzeigerin handelt, bei welcher diese Kerngruppe involviert war. Denn bei den übrigen Fällen, bei welchen diese Kerngruppe ebenfalls beteiligt war, muss ohnehin auch auf dieses Projekt und die dazu gemachten Ausführungen und Unterlagen Bezug genommen und diese dargelegt werden. Der grösste prozessökonomische Gewinn wird dementsprechend dadurch erzielt, wenn dieser Fall bereits hier ausführlich dargestellt wird.

B.6.3.4.1 Fall [...]

[Hinsichtlich der bei den einzelnen Fällen vorgenommenen Abdeckungen orientiert sich diese Publikation grundsätzlich an der bereits erfolgten Veröffentlichung in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“. Die Einzelsubmissionsabsprachen liefern dabei regelmässig nach ungefähr demselben Schema ab, weshalb aus prozessökonomischen Gründen sowie der besseren Lesbarkeit halber auf eine Schwärzung und Wiedergabe eher repetitiver Passagen bei der Publikation der im Original über 350 Seiten umfassenden Verfügung verzichtet wird. Solche Auslassungen sind an entsprechender Stelle gekennzeichnet.]

223.–242. [...]

C. Beweiswürdigung vor Versand des Antrags

243. Es ist durchaus so, dass eine Selbstanzeigerin – um in den Genuss einer Sanktionsbefreiung oder -reduktion zu kommen – ein handfestes Interesse daran hat Aussagen zu machen. Da das Aussageverhalten der Selbstanzeigerin (auch) von Eigennutz getrieben ist, wird der „(...) *Kronzeuge [als] ein strukturell unzuverlässiger Zeuge (...)*“ bezeichnet.⁴⁷⁷ Dies ist zunächst insofern zu präzisieren, als dass es sich bei der Selbstanzeigerin nicht um eine Zeugin im prozessualen Sinne handelt, sondern um eine „Angeschuldigte“ bzw. eine Partei.⁴⁷⁸ Aussagen (oder die Verweigerung von Aussagen) von „Angeschuldigten“ bzw. einer Partei sind immer (auch) von Eigennutz getrieben. Dieser Interessenlage muss man sich entsprechend bei der Würdigung der Aussagen der Selbstanzeigerin ebenso bewusst sein wie bei der Würdigung von Aussagen anderer „Angeschuldigter“ bzw. Parteien. Mehr noch, die Interessenlage der befragten Person ist sogar immer als ein Aspekt bei der Aussagenwürdigung zu berücksichtigen, namentlich auch bei der Würdigung von Zeugen- aussagen, denn auch Zeugen können von ihren Interessen her in eine Richtung tendieren, weshalb es letztlich keine generell-abstrakt feststellbare Korrelation zwischen der Rolle des Befragten und dem Wahrheitsgehalt von dessen Aussagen gibt.⁴⁷⁹ Ein Interesse daran, unzutreffende Aussagen zu machen, wird nun allerdings durch das Selbstanzeigesystem nicht geweckt – durch ein Geständnis zusätzlicher, aber fiktiver Vorfälle fällt die Sanktionsreduktion nämlich nicht grösser aus. Vielmehr hat eine Selbstanzeigerin im Vergleich zu anderen „Angeschuldigten“ bzw. Parteien sogar ein geringeres Interesse daran, unzutreffende (belastende) Aussagen zu machen. Denn Falschaussagen der Selbstanzeigerin könnten (und sollten) ohne Weiteres als mangelhafte Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde bewertet werden, was die Sanktionsbefreiung oder -reduktion auf das Wesentlichste gefährden wür-

⁴⁷⁷ DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007, 695.

⁴⁷⁸ Zutreffend ZIMMERLI (vorangehende Fn), 694 f.

⁴⁷⁹ So GIOVANNONE (Fn. 329), 1064.

de⁴⁸⁰ und damit nicht im Interesse der Selbstanzeigerin ist, während unzutreffende Aussagen von anderen „Angeschuldigten“ bzw. Parteien für diese nicht mit solch negativen Folgen verbunden sind.

244. Vor diesem Hintergrund sind zunächst die Ausführungen der Selbstanzeigerin zu würdigen: Die Ausführungen des anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige [...] Befragten erfolgten in freier Schilderung. Die Äusserungen folgen nur teilweise einer chronologischen Ordnung, gleichwohl sind sie jederzeit in sich stimmig und schlüssig. Die Erzählungen sind eingebettet in bestimmte örtliche Gegebenheiten (beispielsweise, bei wem die Sitzungen stattfanden) und es werden auch spontan Erinnerungslücken oder -unsicherheiten eingestanden. Der Befragte sucht nicht, den Tatbeitrag der [Selbstanzeigerin] im Vergleich zu denjenigen anderer Baugesellschaften kleinzureden oder die Rolle der anderen beteiligten Baugesellschaften aufzubauschen. Der Befragte schildert ferner emotionale Eindrücke, etwa, dass er über das Verhalten der einheimischen Bauunternehmen erstaut gewesen sei, oder dass er schon bezweifelt habe, überhaupt in das System zu kommen. Andererseits dramatisiert der Befragte das systematische Verhalten auch nicht, sondern hält fest, dass es aus seiner Sicht keinen Unterschied mache, ob er dort oder sonstwo einen Schutz bekommen oder zugestanden habe. Die Ausführungen der [Selbstanzeigerin] resp. des für sie Befragten sind aufgrund des Gesagten glaubhaft.

245. Die Ausführungen der [Selbstanzeigerin] werden sodann durch die vom Befragten eingereichten [vor Untersuchungseröffnung erstellten Dokumente] gestützt. [...]. Auch das Offertöffnungsprotokoll steht im Einklang mit den Äusserungen der [Selbstanzeigerin] und stützt diese. Mit der Aufführung dieses Projekts in der Selbstanzeige als ein abgeprochenes Projekt schliesst sich sodann der Kreis.⁴⁸¹

246. Bloss ergänzend ist anzumerken, dass aufgrund des Aussageverhaltens des anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige [...] Befragten ausgeschlossen werden kann, dass es [der Selbstanzeigerin] mit der Selbstanzeige und ihrer weiteren Kooperation darum ging, Konkurrenten „in die Pfanne zu hauen“ und diese mehr als in der Natur der Sache liegend zu belasten. Glaubhaft schilderte der Befragte [den] Gewissenskonflikt, den [die Selbstanzeigerin] bei der Einreichung der Selbstanzeige [...] gehabt habe.⁴⁸² Einerseits wollte [die Selbstanzeigerin] mit der Wettbewerbsbehörde kooperieren, andererseits wollte [die Selbstanzeigerin] die anderen Baugesellschaften auch nicht „verraten“. Wenn er ausführt, es habe [die Selbstanzeigerin] beruhigt, dass auch andere Bauunternehmen teilweise Unterlagen zu Absprachen erstellt hätten,⁴⁸³ heisst dies nichts anderes, als dass [die Selbstanzeigerin] froh darüber ist, dass die belastenden Ausführungen [von ihr] durch weitere Beweismittel gestützt werden und nicht [ihr] (zumindest nicht ihr allein) von den Konkurrenten einfach „die Schuld in die Schuhe geschoben werden kann“, wenn es zu Sanktionen gegen sie kommen sollte. Bei [der Selbstanzeigerin] handelt es sich nach dem Gesagten keineswegs um eine gegenüber ihren ehemaligen Abdepartnern ohne moralische Gewissensbisse knallhart kalkulierende Baugesellschaft, die ihre Konkurrenten im Rahmen dieser

⁴⁸⁰ Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG e contrario. Ebenso im Übrigen die Rechtsprechung in der EU, siehe etwa Urteil des EuG vom 3.3.2011 T-110/07, *Siemens AG/Kommissions*, Slg. 2011 II-477 Rz 65 m.w.H.

⁴⁸¹ Bloss ergänzend sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ (RPW 2012/2, 270 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*) die Angaben der Birchmeier, welche auch dort Selbstanzeigerin ist, ebenfalls durch weitere Beweismittel bekräftigt wurden und sich deren Zutreffen auch dort bestätigt hat (siehe 286 f. Rz 88 ff., insbesondere Rz 90, der genannten Verfügung).

⁴⁸² Act. [...].

⁴⁸³ Act. [...].

kartellrechtlichen Untersuchung zu schädigen sucht, wie dies von [einer anderen Partei], wenn auch ohne Namensnennung, in den Raum gestellt wird.⁴⁸⁴

247.–252. [...]

D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel

253. [...]

254. [Eine Partei] äussert sich in ihrer Stellungnahme zunächst allgemein, also losgelöst von einem konkreten Fall, zur – aus ihrer Sicht fehlenden – Beweiskraft der Aussagen der Selbstanzeigerin sowie der von dieser eingereichten handschriftlichen Notizen. Die diesbezügliche Beweiswürdigung sei voreingenommen erfolgt und auch in der Sache nicht gerechtfertigt: Zunächst sei zu bedenken, dass die umfassende Kooperationspflicht einer Selbstanzeigerin dazu führe, dass diese lieber einen Verdacht zu viel äussere als einen zu wenig. Eine Selbstanzeigerin habe ein Interesse an Bezichtigungen aller Art, da dieses Vorgehen für sie weitestgehend risikolos sei – werde auf eine Abrede geschlossen, sei sie sanktionsbefreit, werde eine solche verneint, entfalle eine Sanktion ebenfalls. Die Selbstanzeigerin räume zudem in ihrer Selbstanzeige selber ein, dass ihre Angaben nicht zuverlässig seien, indem sie ausführe, diese könnten lückenhaft sein, hätten aus dem Gedächtnis abgerufen bzw. rekonstruiert werden müssen und es sei nicht mehr möglich gewesen, zu allen Projekten Informationen und Unterlagen zu finden. Diese Unzuverlässigkeit werde etwa bei Fall [...] bestätigt, bei welchem die Selbstanzeigerin angibt, eine Offerte in bestimmter Höhe eingereicht zu haben; gemäss Offertöffnungsprotokoll habe sie jedoch keine Offerte eingereicht. Weiter komme hinzu, dass die Selbstanzeigerin in der parallelen Untersuchung selber ausgeführt habe, nicht mehr sagen zu können, wer geschützt habe und wer nicht, ohne dabei das Offertöffnungsprotokoll zu sehen. Die Selbstanzeigerin vermute daher einfach, dass es bei einem nicht näher spezifizierten Grossteil der Fälle auf der „Absprachenliste“ zu Abreden gekommen sei. Zudem vermute sie alsdann, dass alle auf dem Offertöffnungsprotokoll aufgeführten Bauunternehmen an der Abrede beteiligt gewesen seien. Habe die Selbstanzeigerin das Offertöffnungsprotokoll nicht mehr, mache sie in der Selbstanzeige auch keine Angaben dazu, wer sonst noch neben ihr und der geschützten Gesellschaft an der Abrede beteiligt gewesen sein soll. Solche Spekulationen seien kein rechtsgenügender Beweis. Ferner würden auch die generischen und rudimentären Ausführungen in der Selbstanzeige zeigen, dass die Selbstanzeigerin keine authentische Erinnerung mehr an die einzelnen gemeldeten Projekte habe. So könne sie beispielsweise bei [einer anderen Partei] nicht einmal eine Kontaktperson angeben. [...]

255.–258. [...]

259. [Eine andere Partei] nimmt in ihrer Stellungnahme zunächst allgemein, also losgelöst von einem konkreten Fall, zur Aussagewürdigung im Rahmen der Beweiswürdigung vor Versand des Antrags Stellung. Sie führt aus, diese sei sehr einseitig, da die Aussagen der Selbstanzeigerin durchwegs als glaubhaft gewertet würden, während die Aussagen der übrigen beteiligten Bauunternehmen als unglaubhaft beurteilt würden. Dies lasse Zweifel an der Unvoreingenommenheit aufkommen. Zudem sei den Motiven der Selbstanzeigerin nicht im Einzelnen nachgegangen worden. Denn es könne durchaus sein, dass eine Selbstanzeige eingereicht werde, um den Konkurrenten zu schaden. Da es der Selbstanzeigerin darum gehe, für sich selber eine möglichst hohe Sanktionsreduktion zu erzielen, bestehe die erhebliche Gefahr, dass sie falsche oder tendenziöse Aussagen mache. Dem sei jedoch seitens der Wettbewerbsbehörden nur ungenügend nachgegangen worden.

260. Spezifisch zu diesem Fall führt [diese Partei] aus, die Beweiswürdigung sei sehr einseitig, da der Selbstanzeigerin geglaubt werde, welche zwar einerseits nicht Teil der

⁴⁸⁴ Siehe act. [...].

behaupteten Kerngruppe gewesen sein will, andererseits aber über die Funktionsweise auch noch nach Jahren detaillierte Angaben wolle machen können. Dass den Aussagen der Selbstanzeigerin gefolgt werde, sei umso bedenklicher, da diese von allen übrigen Befragten bestritten würden. [...]

261.–262. [...]

E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

263. Zunächst ist auf die generellen Vorbehalte gegenüber dem Beweiswert der Aussagen der Selbstanzeigerin sowie der von ihr eingereichten Dokumente einzugehen. Aufgrund der in der SVKG statuierten Pflicht zur umfassenden Kooperation hat eine Selbstanzeigerin ein Interesse daran, wahrheitsgemäss auszusagen, denn nur dies ist als uneingeschränkte Kooperation zu werten. Sie hat deshalb ein Interesse daran, alle ihr bekannten abgesprochenen Fälle zu melden. Auch an der Meldung von Fällen, bei welchen sie sich bezüglich dem Treffen von Abreden nicht mehr sicher ist, hat sie in der Tat ein Interesse, allerdings nur unter gleichzeitiger Offenlegung ihrer diesbezüglichen Unsicherheit – dies hat die Selbstanzeigerin denn auch gemacht.⁴⁸⁵ Falschaussagen, insbesondere wissentlich falsche Bezeichnungen, wären demgegenüber als mangelhafte Kooperation zu werten und würden die Reduktion oder Befreiung von der Sanktion ohne Weiteres in Frage stellen. Vor diesem Hintergrund erscheint es als eine äusserst gewagte Strategie, im Rahmen einer Selbstanzeige absichtlich falsche Anschuldigungen zu äussern, nur um damit den allfälligen Sanktionsbetrag für die beschuldigten Konkurrenten in die Höhe zu treiben und so indirekt einen Wettbewerbsvorteil für sich zu erlangen, wie dies [eine Partei] als Möglichkeit in den Raum stellt. Denn ein solches Vorgehen würde einerseits die eigene Sanktionsreduktion gefährden (so es denn überhaupt zu einer Sanktionierung käme, was nur möglich wäre, wenn nicht alle, sondern bloss einige Anschuldigungen falsch wären) und damit diesen vermeintlichen Wettbewerbsvorteil sogleich ungeschehen machen und es wäre andererseits bei der Kostenverteilung entsprechend zu berücksichtigen. Das Risiko, dass das Selbstanzeigesystem ein Interesse an falschen Bezeichnungen bei der Selbstanzeigerin hervorruft, um damit Konkurrenten mit möglichst hohen Sanktionsbeträgen zu schaden, kann daher grundsätzlich als gering eingestuft werden. In concreto bestehen jedenfalls – wie bereits ausgeführt⁴⁸⁶ – keine Anzeichen dafür, dass sich die Selbstanzeigerin zu einem solchen Verhalten hätte hinreissen lassen.

264. Zur Beweiskraft der Ausführungen der Selbstanzeigerin in der Selbstanzeige sowie anlässlich deren mündlicher Ergänzung kann in genereller Hinsicht Folgendes festgehalten werden: In der Tat scheint es so, dass die Selbstanzeigerin gewisse Angaben in ihrer Selbstanzeige sowie anlässlich der Anhörung durch die WEKO – anders als anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige – aus den bei ihr vorhandenen Unterlagen rekonstruierte. Die Selbstanzeigerin legt auch offen, dass sie zuweilen so vorgegangen ist und dass sie mangels systematischer Dokumentation der Prozesse nicht mehr alles rekonstruieren könne. So fällt auf, dass sie weitere beteiligte Gesellschaften neben ihr und der Schutznehmerin in der Selbstanzeige nicht namentlich nennt, wenn sie nicht mehr über das Offertöffnungsprotokoll verfügt.⁴⁸⁷ Bei manchen Projekten sind der Selbstanzeigerin aber auch Details oder Besonderheiten im Gedächtnis haften geblieben, die sie alsdann in der Selbstanzeige oder anlässlich deren mündlicher Ergänzung schilderte. Insbesondere bei eigenen Schutznahmen sind der Selbstanzeigerin mehr Einzelheiten in Erinnerung geblieben im Gegensatz zu Projekten, bei welchen sie andere Gesellschaften schützte. Soweit es um Dinge geht, die von einzelnen Projekten von übergeordneter, grundsätzlicherer Bedeutung sind, wie etwa die Absprachetätigkeit als solche, die „Absprachenliste“ und deren Erstellung und

⁴⁸⁵ So etwa bezüglich Fall [...], vgl. act. [...].

⁴⁸⁶ Siehe Rz 246.

⁴⁸⁷ So etwa bei den Fällen [...].

Zweck, oder die [vor Untersuchungseröffnung erstellten Dokumente], so sind die Ausführungen der Selbstanzeigerin spezifischer und detailreicher. Wenn man sich vergegenwärtigt, welche Begebenheiten einer Person besser in Erinnerung bleiben und welche weniger gut, so erstaunt dies nicht weiter und ist stimmig. Die WEKO ist sich dieser Sachlage durchaus bewusst und bezieht diese denn auch gebührend in ihre Beweismittel mit ein. Doch kann aus der – im Übrigen von der Selbstanzeigerin selber eingestandenen – Lückenhaftigkeit ihrer Erinnerung resp. derjenigen ihres Vertreters nicht geschlossen werden, dass ihre Angaben bloss Spekulationen seien. Es ist vielmehr so, dass die Selbstanzeigerin gerade darauf verzichtet hat, einzelne Fälle mit Details auszuschnüffeln, an die sie sich gar nicht erst erinnert. Die WEKO ist überzeugt, dass insbesondere die Ausführungen anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige, aber auch die Angaben in der Selbstanzeige selber – jedenfalls soweit die Beziehung zwischen schutznehmender Gesellschaft und der Selbstanzeigerin betreffend –, zutreffend sind.

265. Soweit den konkreten Fall anbelangend ist zunächst festzuhalten, dass es im schweizerischen Recht keine starre Beweisregel gibt, wonach eine Aussage nicht als überzeugendes Beweismittel erachtet werden könnte, nur weil diese von den übrigen Parteien bestritten wird. Wie die obigen Ausführungen zeigen, liegen hier aber ohnehin mehrere Beweismittel vor: [...]

266. Gestützt auf diese Beweismittel und deren Würdigung steht für die WEKO zweifelsfrei fest, dass hier eine Kerngruppe von sich absprechenden Gesellschaften bestand und die Absprachen nach einer bestimmten Systematik erfolgten. Alle Gesellschaften dieser Kerngruppe sowie die fallweise einbezogene Selbstanzeigerin haben jeweils mitgemacht und die zu schützende Gesellschaft auch tatsächlich geschützt.

267. [...]

B.6.3.4.2 Übersicht über die weiteren Schutznahmen der Selbstanzeigerin

268.–292. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

293.–297. [...]

298. Bezüglich Fall [...] ist weiter auszuführen, dass nicht nachvollziehbar ist, weshalb ein Dokument als Beweismittel nicht verwertbar sein soll, bloss weil die Handschriften schwer leserlich sind, – einzig ist die schwere Entzifferbarkeit mit den dadurch allenfalls entstehenden mehreren Deutungsmöglichkeiten bei der Beweismittelwürdigung entsprechend zu berücksichtigen. Ob [eine Partei] letztlich eine Offerte abgab oder auf eine solche bewusst verzichtete (bid suppression), ist – wie bereits ausgeführt – nicht entscheidend und braucht nicht erhoben zu werden. Dass [auf dem vor Untersuchungseröffnung erstellten Dokument] neben dem Namen von [dieser Partei] eine Summe aufgeschrieben ist, stützt im Übrigen sowohl das eine wie auch das andere. Denn die Gewährung eines Schutzes kann über beide Mittel gleichermaßen erreicht werden. Zu welchem die schützende Gesellschaft greift, ist für die Geschützte weniger von Belang. Es liegt vielmehr primär im Interesse der schützenden Gesellschaft, eine Stützofferte abzugeben, um so ihr (vermeintliches) Interesse gegenüber dem Bauherrn zu bekunden; will sie dies – aus welchen Gründen auch immer – jedoch lieber nicht tun und auf die Abgabe einer eigenen Offerte verzichten (bid suppression), so kann sie dies aus Sicht der geschützten Gesellschaft ebenso gut tun. Die Wahl wird also häufig der schützenden Gesellschaft überlassen. Dies bedingt jedoch, dass beim Treffen der Absprache auch der ungefähre Preis der schützenden Gesellschaft besprochen wird; so dass dieser danach beide Mittel zur Auswahl stehen. Bloss am Rande sei vermerkt, dass es naheliegend ist, dass [diese Partei] ein Angebot einreichte, da vorliegend noch Abgebotsrunden stattfanden, an welchen [diese Partei] ebenfalls beteiligt war. [...].

299.–300. [...]

B.6.3.5 Darstellung der einzelnen Projekte in chronologischer Reihenfolge

B.6.3.5.1 Fall [...]

301. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B. Beweismittel vor Versand des Antrags

302.–308. [...]

309. Zum Treffen von Vereinbarungen führte [die Selbstanzeigerin] resp. der für sie Befragte anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige allgemein aus, wenn viel Arbeit vorhanden gewesen sei, sei es eher zu Abreden gekommen, wenn wenig Arbeit vorhanden gewesen sei, habe es weniger gut geklappt. Letzteres sei vor allem im Winter und im Frühling der Fall gewesen, während Abreden im Sommer einfacher zu treffen gewesen seien.⁴⁸⁸ Grundsätzlich seien Einladungsverfahren für Absprachen geradezu prädestiniert. Dies im Gegensatz zu offenen (oder selektiven) Verfahren, bei welchen es viel mehr Bewerber gebe. Ebenfalls wisse man nicht einmal genau, wer überhaupt eingebe, und es sei auch viel schwieriger, alle diese vielen Bewerber unter einen Hut zu bringen. Dort seien Abreden höchstens in Einzelfällen und oftmals über ARGE möglich, wobei er sich vorstellen könne, dass es bei ganz grossen Projekten wieder einfacher sei, Abreden zu treffen, da solche Projekte von den KMU gar nicht erst ausgeführt werden könnten. Nur in Fällen, in welchen Absprachen überhaupt möglich erschienen, habe man dies auch versucht, da die diesbezüglichen Verhandlungen ja ebenfalls mit Aufwand verbunden seien. Ungefähr in der Hälfte der Fälle, in welchen man eine Absprache habe treffen wollen, sei eine solche auch zustande gekommen. Sei man sich aber einmal einig gewesen, d.h., habe man eine Absprache getroffen, dann sei die Erfolgsquote dieser Absprachen hoch gewesen. Geschätzt seien die Abreden in ungefähr 90 % aller Fälle erfolgreich gewesen. Die in der „Absprachenliste“ aufgeführten Fälle hätten fast ausnahmslos funktioniert, wobei es im Kanton Zürich in [...] Fällen nicht geklappt habe, da der Preis zu hoch gewesen sei und der Bauherr deshalb erneut ausgeschrieben habe. Die Abweichung im Preis habe in der Regel ungefähr 3 % betragen müssen, damit eine Abrede geklappt habe.⁴⁸⁹ Eine Standardfrage, wenn man um Erteilung eines Schutzes angefragt worden sei, sei gewesen, ob die anderen Baugesellschaften (bei Einladungsverfahren die übrigen Eingeladenen) denn auch im Boot seien. Denn er wäre nicht bereit gewesen, jemandem einen Schutz zu erteilen, wenn die anderen nicht ebenfalls zur Schutzgewährung bereit gewesen wären. Diese Frage sei ihm dann am Telefon vom Anfragenden jeweils bestätigend beantwortet worden, namentlich sei ihm gesagt worden, dass die übrigen Baugesellschaften ebenfalls dabei seien.⁴⁹⁰

310.–313. [...]

C. Beweiswürdigung vor Versand des Antrags

314. Bezüglich grundsätzlicher Bedenken gegen die Glaubhaftigkeit von Angaben der Selbstanzeigerin kann vorab auf die anderorts bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden,⁴⁹¹ welchen auch vorliegend Rechnung zu tragen ist. Die Ausführungen der [Selbstanzeigerin] resp. des für sie Befragten anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige bezüglich dem Treffen von Abreden im Allgemeinen erfolgten in freier Schilde-

⁴⁸⁸ Act. [...].

⁴⁸⁹ Act. [...].

⁴⁹⁰ Act. [...].

⁴⁹¹ Siehe Rz 243 f. und 246.

rung. Sie sind in sich stimmig und schlüssig. Der Befragte schildert und erläutert eigene Verhaltensweisen wie etwa, dass er nur zur Gewährung eines Schutzes bereit gewesen sei, wenn es die übrigen auch gewesen seien, und dass er deshalb am Telefon jeweils nachgefragt habe, wie es darum stehe. Er äussert ferner seine Gedankengänge und Überlegungen, etwa, dass er sich vorstellen könnte, dass bei ganz grossen Projekten das Treffen von Vereinbarungen wieder einfacher möglich sei, da solche die KMU gar nicht ausführen könnten. Gleichzeitig versucht er aber nicht, solche Überlegungen als gesichertes Wissen darzustellen, sondern legt offen, dass er sich dies aufgrund seiner Erfahrung und aus nachvollziehbaren Gründen vorstellen könnte. Angegebene Erfahrungswerte reichert der Befragte jeweils mit konkreten Beispielen an, in welchen es sich gerade anders verhalten habe. So nennt er etwa ein abgesprochenes Projekt, bei welchem eine Preisdifferenz von 3 % nicht gereicht habe. Auch dies ist stimmig, bleiben doch solche Ausnahmen viel besser im Gedächtnis haften, als wenn wie im Regelfall alles erwartungsgemäss abläuft. Die schlüssigen Schilderungen sind demnach selberlebt und die Ausführungen der [Selbstanzeigerin] resp. des für sie Befragten zur Abredetätigkeit im Allgemeinen sind aufgrund des Gesagten glaubhaft.

315.–329. [...]]

E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

330. [...] Die in Rz 309 wiedergegebenen und in Rz 314 gewürdigten Ausführungen der Selbstanzeigerin betreffen in der Tat das Treffen von Abreden in genereller Hinsicht. Sie zeigen die übliche Vorgehensweise und die zu berücksichtigenden Gegebenheiten, wodurch sie das notwendige Hintergrundwissen und Verständnis für die Abläufe vermitteln. Eine spezifische Abrede zu beweisen vermögen sie für sich alleine nicht, doch wird solches auch nicht geltend gemacht. [...] Dass eine Absprache desto schwieriger zu treffen ist, je mehr Unternehmen eingeladen sind und daher einbezogen werden müssen, trifft zwar zu. Gegen das Vorliegen einer Absprache in einem spezifischen Einzelfall spricht dies jedoch nicht. Für das erfolgreiche Treffen von Abreden weit wesentlicher als die Anzahl Submittenten ist aber, ob der Kreis möglicher Submittenten von vornherein ein geschlossener ist – dies ist bei Einladungsverfahren wie hier der Fall – oder ob dieser offen ist – dies ist bei offenen und in der ersten Phase bei selektiven Verfahren der Fall. [...]

331.–332. [...]]

B.6.3.5.2 Fall [...]

333.–337. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

C. Beweiswürdigung vor Versand des Antrags

338. [...]

339. Betreffend den Ausführungen von [...] anlässlich des Parteiverhörs, insbesondere bezüglich des Kerngeschehens, ist zu differenzieren. [...] Die Ausführungen des Rechtsvertreters sind ebenfalls glaubhaft, allerdings ist dabei zu berücksichtigen, auf was sich diese Glaubhaftigkeit bezieht. Es ist in der Tat davon auszugehen, dass der ehemalige Mitarbeiter gegenüber dem Rechtsvertreter von [...] die fraglichen Ausführungen so gemacht hat, wie der Rechtsvertreter sie gegenüber dem Sekretariat wiedergegeben hat – hierauf bezieht sich die Glaubhaftigkeit der Aussagewürdigung der Ausführungen des Rechtsvertreters. Zur Glaubhaftigkeit der Ausführungen des ehemaligen Mitarbeiters besagt dies allerdings nichts und diese kann mangels Konfrontation durch das Sekretariat nicht beurteilt werden. Immerhin ist anzufügen, dass die wiedergegebenen Äusserungen des ehemaligen Mitarbeiters plausibel erscheinen und insbesondere auch mit den Schilderungen des [...] Befragten bezüglich [...] aufgehen. [...]

340.–343. [...]

E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

344. [Einer Partei] ist beizupflichten, dass die Aussagen von [...] bezüglich dieses Falls auf Hörensagen beruhen. Konkret schilderte der Anwalt von [...] das von ihm mit dem betreffenden ehemaligen Mitarbeiter von [...] geführte Gespräch. Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass im schweizerischen Recht kein Verbot der Verwertung von auf Hörensagen basierenden Aussagen besteht. Dem ist jedoch bei der Beweiswürdigung entsprechend Rechnung zu tragen. Dies ist auch so erfolgt. [...]

345. [...]

B.6.3.5.3 Fall [...]

346.–370. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B.6.3.5.4 Fall [...]

371.–382. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel

383. [Eine Partei] führt in ihrer Stellungnahme aus, die einzigen Beweismittel bei diesem Fall seien die unglaubwürdigen Anschuldigungen durch die Selbstanzeigerin sowie die „Absprachenliste“. Dem stünden die Aussagen der [...] anderen Submittenten gegenüber, welche einhellig eine Absprache bestreiten würden. Weiter wiederholt [diese Partei] bezüglich diesem Fall die zweifelhafte Aussagekraft der „Absprachenliste“. Sie bringt sodann vor, in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ erfahren haben zu müssen, wie falsch die Anschuldigungen der Selbstanzeigerin seien. Dort sei [sie] zum Glück aber durch eine andere Selbstanzeigerin entlastet worden. Hier gebe es zwar keine anderen Selbstanzeigerinnen, jedoch sei nicht einsichtig, weshalb die Aussagen der übrigen Submittenten, welche im Übrigen voll kooperiert hätten und ihren Mitwirkungspflichten nachgekommen seien, weniger glaubwürdig sein sollten als die Aussagen der Selbstanzeigerin.

384.–385. [...]]

386. [Eine andere Partei] hält in ihrer Stellungnahme fest, auch hier stamme der Vorwurf aus der Selbstanzeige. Zusätzliche Beweismittel seien das Offertöffnungsprotokoll sowie die „Absprachenliste“. Letzterer sei jedoch nur zu entnehmen, dass [die in Rz 383 wiedergegebene Partei] als „Mitbewerber“ eingetragen sei. Eine Beteiligung von [ihr] an der Absprache werde nur in der Selbstanzeige erwähnt. Dazu gebe es jedoch keine Daten und der Vertreter der Selbstanzeigerin sei dazu auch nicht befragt worden. Auch aus den Angaben der übrigen Submittenten lasse sich dazu nichts weiter entnehmen. Eine Teilnahme von [ihr] an einer Abrede sei aufgrund eines einzigen Indizes nicht bewiesen.

E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

387. Es ist zunächst klarzustellen, dass die Beweiswürdigung kein mathematischer Vorgang ist, bei dem einfach zu zählen wäre, wieviele Personen einen bestimmten Sachverhalt als gegeben schildern und wieviele ihn bestreiten, worauf die Argumentation von [der in Rz 383 wiedergegebenen Partei] aber letztlich hinausläuft. Es kommt vielmehr immer auf die Beweismittel und deren Überzeugungskraft im Einzelfall an, nicht auf deren blosser Anzahl. Zu wiederholen ist sodann, dass es im schweizerischen Recht keine starre Beweisregel gibt, wonach eine Aussage nicht als überzeugendes Beweismittel erachtet werden könnte, nur weil diese von den übrigen Parteien bestritten wird. Bezüglich der von [der in Rz 383 wiedergegebenen Partei] in Frage gestellten Aussagekraft der „Absprachenliste“ kann auf die einleitenden Ausführungen dazu verwiesen werden.⁴⁹² Was das Vorbringen von [der in Rz 383 wiedergegebenen Partei] anbelangt, wonach sie in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ von der Selbstanzeigerin ebenfalls zu Unrecht angeschuldigt worden sei, kann auf die Ausführungen zur Ablehnung des in diesem Zusammenhang gestellten Beweisantrags verwiesen werden.⁴⁹³ Wiederholt sei hier bloss, dass die dortige Anschuldigung nicht durch [die Selbstanzeigerin des vorliegenden Verfahrens] erfolgte, sondern durch eine andere Selbstanzeigerin, welche in vorliegender Untersuchung gar nicht Partei ist; für vorliegende Untersuchung ist dieses Vorbringen von [der in Rz 383 wiedergegebenen Partei] daher ohne Belang.

388. Für die WEKO steht daher gestützt auf die vorhandenen Beweismittel ausser Zweifel, dass in vorliegendem Fall eine Absprache getroffen wurde und die Selbstanzeigerin absprachegemäss [der in Rz 383 wiedergegebenen Partei] einen Schutz erteilte.

389. [Die in Rz 386 wiedergegebene Partei] bestreitet, dass eine Absprachebeteiligung von ihr und die Einreichung einer Stützofferte durch sie bewiesen seien. Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass das grundsätzliche Bestehen einer Absprache als solcher und insbesondere eine Schutznahme durch [die in Rz 383 wiedergegebene Partei] sowie eine Schutzerteilung durch die Selbstanzeigerin, wie zuvor ausgeführt, zweifelsfrei bewiesen ist. Weiter steht fest, wie solche Absprachen in der Praxis getroffen werden und wie sie funktionieren. Namentlich ist evident, dass für den Erfolg von Absprachen zentral ist, dass alle Submittenten einbezogen werden. Zwar ist denkbar, dass auch Absprachen erfolgreich sind, bei welchen nicht alle Submittenten für die Absprache gewonnen werden konnten, doch ist das Risiko des Scheiterns einer solchen Absprache ausgesprochen gross, gerade weil die Absprache dazu führt, dass von den Abredeteilnehmern nicht Marktpreise, sondern eben überhöhte Preise eingegeben werden. Deshalb bieten sich Einladungsverfahren, bei welchen der Kreis der möglichen Submittenten von vornherein geschlossen ist, für das Treffen von (erfolgreichen) Absprachen besonders an. Hier weiss der Schutzsuchende – im vorliegend relevanten Zeitraum u.a. aufgrund des Meldesystems des SBV – abschliessend, welche Unternehmen eingeladen sind und mit wem er folgedessen auch die Absprache treffen

⁴⁹² Siehe Rz 214 ff.

⁴⁹³ Siehe Rz 103.

muss. Dass es sich um eine Selbstverständlichkeit handelt, dass alle Submittenten in die Absprache eingebunden werden, bestätigen auch die Ausführungen der Selbstanzeigerin. Sie hält fest, am Telefon jeweils nachgefragt zu haben, ob denn die übrigen Submittenten ebenfalls im Boot seien, was ihr denn auch vom jeweiligen Schutzsuchenden bestätigt worden sei. Diesbezüglich merkt [die in Rz 383 wiedergegebene Partei] zwar zu Recht an, dass vom Schutzsuchenden eine solche Bestätigung an sich nur mit Sicherheit erteilt werden könnte, wenn er die Selbstanzeigerin immer als Letzte kontaktierte, was nicht, jedenfalls nicht immer, der Fall gewesen sein wird. Nichtsdestotrotz bestätigt dies aber, dass allen Beteiligten und insbesondere den jeweiligen Schutznehmenden bewusst war, dass alle Submittenten in die Abrede einbezogen werden müssen. In der Praxis wurde und wird dies denn auch entsprechend gehandhabt, was sich insbesondere auch im Erfolg einer Absprache manifestiert. Aus dem Offertöffnungsprotokoll wird sodann ersichtlich, dass die geschützte [die in Rz 383 wiedergegebene Partei] die preislich billigste Offerte einreichte und [die in Rz 386 wiedergegebene Partei] ebenso wie die übrigen Submittenten höhere Offerten abgaben. Hervorgehoben sei diesbezüglich die auffällig grosse Differenz zwischen dem preislich günstigsten Angebot der geschützten [die in Rz 383 wiedergegebene Partei] und den übrigen Angeboten, welche unter sich preislich relativ nahe beieinander liegen. Dies ist ein für abgesprochene Projekte geradezu typisches Bild, gilt es doch mit der Differenz zum preislich günstigsten Angebot die Zuschlagserteilung an die geschützte Gesellschaft zu steuern und sicherzustellen. Ferner ist bewiesen, dass [die in Rz 383 wiedergegebene Partei] den Zuschlag erhielt, wie es in Anbetracht der Ergebnisse gemäss Offertöffnungsprotokoll zu erwarten war. Die Abrede war also erfolgreich. Hinzu kommt schliesslich, dass die Selbstanzeigerin in der Selbstanzeige festhält, [die in Rz 386 wiedergegebene Partei] sei an der Abrede beteiligt gewesen. Von entscheidender Bedeutung ist diese Angabe in beweismässiger Hinsicht allerdings nicht, dürfte sie doch realistischerweise auf die Angaben im Offertöffnungsprotokoll zurückzuführen sein, anhand dessen die Selbstanzeigerin den Fall rekonstruierte.

390. Aufgrund der vorhandenen Beweismittel und deren Würdigung wie hiavor ausgeführt, ist für die WEKO daher bewiesen, dass in vorliegendem Fall auch [die in Rz 386 wiedergegebene Partei] (ebenso wie die weiteren Submittenten) an der Absprache beteiligt war und diese auch einhielt, indem sie eine Stützofferte abgab. Gegen die dergestaltige Verwirklichung des Sachverhalts sprechen bloss theoretische – und als solche immer mögliche – Zweifel, welche jedoch nicht entscheidend sind und das Beweisergebnis nicht zu erschüttern vermögen.

391. [...]

B.6.3.5.5 Fall [...]

392.–400. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel

401. [Eine Partei] führt in ihrer Stellungnahme aus, sie [...] habe im Auftrag des Bauherrn die Devis erstellt und für die Arbeiten eine Offerte eingereicht. Diese sei mit grossem Interesse gerechnet worden. [Ihr] sei damals nicht bewusst gewesen, dass sie die einzige Unternehmung sei, die diese Arbeiten offerieren durfte, was auch die angebotenen Rabatte zeigen würden. Nach Offertabgabe sei sie vom Bauherrn aufgefordert worden, eine zweite Offerte für ihn einzuholen. Dies hätte der Bauherr auch selber tun können, dann hätte [sie] keine Kenntnis von der Einholung einer zweiten Offerte gehabt. [Sie] habe aus diesem Grund dann die E-Mail an [eine andere Partei] gesandt mit dem Kommentar, die Offerte ein wenig zu ändern und einzugeben. [Sie] sei jedoch nicht informiert gewesen, wie die Offerte geändert und eingegeben wurde. Der Bauherr habe den Pauschalpreis akzeptiert. Der zuständige Bauleiter, welcher der Baukunst kundig sei, habe also die Offerte von [ihr] als marktüblich beurteilt, was auch an den gewährten Rabatten erkennbar sei. Damit sei bewie-

sen, dass [sie] bei Offertabgabe keine Absprache getätigt und eine konkurrenzfähige Offerte eingereicht habe.

402. [...]

E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

403. Die Schilderung von [der in Rz 401 wiedergegebenen Partei] stimmt weitestgehend mit dem Beweisergebnis vor Versand des Antrags überein. Fest steht, dass [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] im Auftrag des Bauherrn die Devis erstellte und offerierte. Dass [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] eine abredefreie Offerte unterbreitete, steht aufgrund der zeitlichen Gegebenheiten ebenfalls fest. Allerdings konnte [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] aufgrund des Auftragsvolumens sowie der Tatsache, dass sie die Devis erstellte, aus Sicht der WEKO davon ausgehen, dass sie die einzige angefragte Bauunternehmung war. Denn es wäre aussergewöhnlich, wenn ein Bauherr bei Aufträgen in dieser Grössenordnung gleich mehrere Bauunternehmen mit der Erstellung von je eigenen Devis beauftragt und so diesen einen entsprechenden, nicht unwesentlichen Aufwand zugemutet hätte. Die offerierten Rabatte besagen insofern nichts, denn es ist für ein Bauunternehmen unter dem Strich einerlei, ob es einen tiefen Bruttopreis ohne Rabatte oder einen höheren Bruttopreis kombiniert mit Rabatten offeriert. Es wird die Vorgehensweise wählen, die sie aus seiner Sicht beim Bauherrn besser dastehen lässt – der Nettopreis bleibt in beiden Fällen derselbe. Weiter erachtet es die WEKO als bewiesen, dass [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] vom Bauherrn den Auftrag erhielt, [einer anderen Partei] die Devis zuzustellen. Dass der Bauherr [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] beauftragt hätte, [der anderen Partei] nicht nur die Devis, sondern gleich ihre ganzen Offerten mit Beträgen zuzustellen, wird von [der in Rz 401 wiedergegebenen Partei] aber zu Recht nicht geltend gemacht und für ein solch widersinniges Verhalten des Bauherrn bestehen denn auch keine Anhaltspunkte. Dass [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] [der anderen Partei] ihre ausgefüllten Offerten zukommen liess, lässt sich eben nur mit dem Vorliegen einer entsprechenden Abrede erklären, wonach [die andere Partei] höher eingeben sollte. [Die andere Partei] gab denn auch höher ein als [die in Rz 401 wiedergegebene Partei], was wiederum aus ökonomisch rationaler Sicht unsinnig wäre, würde diesem Verhalten nicht eine entsprechende Abrede zu Grunde liegen. Dass in der E-Mail nicht explizit zur Eingabe einer höheren Offerte aufgefordert wurde, ändert aus Sicht der WEKO am Beweisergebnis nichts, denn es kommt darauf an, dass die Parteien gewusst und gewollt zusammenwirkten, und nicht auf die Worte, in welche sie dies kleideten. Jede andere Beurteilung würde geradezu zu einer – im Übrigen sehr einfachen – Umgehung der kartellrechtlichen Bestimmungen einladen. Dass [die andere Partei] die E-Mail und insbesondere die Zusendung der ausgefüllten Offerten „richtig“ verstand, belegt denn auch ihre eigene, höhere Eingabe. Die Abrede bewirkte vorliegend zwar nicht, dass [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] einen abgesprochenen Preis eingegeben hätte (die Abrede wurde ja erst nach Offerteingabe von [der in Rz 401 wiedergegebenen Partei] getroffen), sie hatte aber zur Folge, dass die vom Bauherrn gewollte Konkurrenzsituation durch eine zweite Offerte eines anderen Bauunternehmens unterbunden wurde. Es wurde damit verhindert, dass [die andere Partei] eine womöglich preislich günstigere Offerte eingab, wodurch zumindest die Zuschlagserteilung an [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] gesteuert und damit die Zuteilung des Geschäftspartners erreicht wurde. Auch bei einer solchen Abrede handelt es sich um eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG. Dazu, dass die Möglichkeit der Bauherrschaft bei freihändigen Vergaben den Preis zu verhandeln nicht die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ausschliesst, siehe Rz 147.

404. [...]

B.6.3.5.6 Fall [...]

405.–424. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B.6.3.5.7 Fall [...]

425.–432. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

433. [...]

434. Bloss ergänzend sei an dieser Stelle angemerkt, dass selbst wenn (allerdings zu Unrecht) ausschliesslich auf die Ausführungen am Parteiverhör abgestellt würde, letztlich das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede aus Sicht der WEKO bewiesen wäre: Gemäss diesen Ausführungen soll [eine Nichtpartei] [eine Partei] um die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft angefragt haben, womit [die Partei] zunächst einverstanden gewesen sei, später aber aufgrund des erwarteten Kapazitätsengpasses aus der ARGE ausgestiegen sei. Wie das Offertöffnungsprotokoll belegt, haben alsdann sowohl [die Nichtpartei] wie auch [die Partei] (trotz der angeblich erwarteten Kapazitätsengpässe, die sie zum Ausstieg aus der ARGE bewegen haben sollen), die beiden Partner der ehemaligen ARGE, einzeln eingegeben. Das heisst nun aber nichts anderes, als dass diese beiden Unternehmen davon ausgingen, das Projekt in technischer, kapazitätsmässiger wie auch in finanzieller und risikobezogener Hinsicht jeweils auch eigenständig, also ohne Bildung einer ARGE, durchführen zu können und auch durchführen zu wollen. Vorliegend gilt dies in besonderem Masse für [die Nichtpartei], welche gemäss [der Partei] auch nach Auflösung der ARGE eine Offerte entsprechend ihrer internen Kalkulation (und nicht etwa – wie [die Partei] – höher) eingab, also auch effektiv mit einem Zuschlag rechnen musste. Daraus wiederum folgt, dass die gemäss Ausführungen von [der Partei] vorgenommene Bildung der ARGE weder aus Gründen fehlenden Know-Hows noch fehlender Kapazitäten noch einer zu hohen Risikoexponierung erfolgte.⁴⁹⁴ Hierfür spricht auch die Tatsache, dass es sich bei den beiden „ARGE-Partnern“ nicht etwa um zwei KMU, sondern [grössere Baugesellschaften] handelt und zudem das Projekt mit einem Volumen von rund CHF [...] Mio. nicht einmal den Schwellenwert erreicht, um unter das WTO-Übereinkommen über das Beschaffungswesen zu fallen, und damit durchaus überblickbar ist. Deshalb kann vorliegend in der gemäss [der Partei] erfolgten Bildung einer ARGE mit [der Nichtpartei] nichts anderes gesehen werden als eine Vereinbarung zweier Konkurrenzunternehmen, bei diesem einen Projekt auf eine Konkurrenzierung zu verzichten und stattdessen einen gemeinsam abgesprochenen Preis einzugeben. Folgt man also – zu Unrecht – den Ausführungen von [der Partei], so liegt auch diesfalls eine Wettbewerbsabrede vor.

435.–436. [...]

B.6.3.5.8 Fall [...]

437. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B. Beweismittel vor Versand des Antrags

438. [...] Aus der Hausdurchsuchung von [...] stammt ein Fax mit dem Titel „Offerte [...]“ von [einer Partei] an [die durchsuchte Partei] vom [...],⁴⁹⁵ also eingegangen ein Tag vor

⁴⁹⁴ Siehe allgemein zu Arbeitsgemeinschaften und der Notwendigkeit deren Bildung etwa ELLEN BRAUN, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 11. Aufl., 2010, Art. 81 EGV Fallgruppen N 58 ff.

⁴⁹⁵ Act. [...].

Ablauf der Eingabefrist. Das handgeschriebene Deckblatt dieses Faxes sei nachfolgend auszugsweise wiedergegeben:

„Unsere Offerte per Fax.

Eingabe + 12 % \triangleq Fr [...].–, Danke“

Die weiteren [...] Seiten des Faxes bestehen aus der Offerte der [einen Partei] für dieses Projekt, geschrieben auf den offiziellen Ausschreibungsunterlagen der [Beschaffungsstelle].

439. Anlässlich des Parteiverhörs von [der durchsuchten Partei] führte der Befragte aus, er habe mit der Person, die den Fax für [die andere Partei] geschrieben habe, bei früheren Objekten in ARGEs zusammengearbeitet, deshalb würden sie sich kennen. Er habe ihn telefonisch am Abend vor der Eingabe für eine Subunternehmerleistung für [...] angefragt, weil ihm bei der Offertbearbeitung aufgefallen sei, dass es Arbeiten seien, die [sie] gar nicht ausführen könne. Es seien [bestimmte Arbeiten] gewesen. Persönlich habe er in seinem früheren Tätigkeitsgebiet [solche Arbeiten] gemacht, er sei aber die einzige Person bei [der durchsuchten Partei], die darin Erfahrung habe. Er habe [die andere Partei] gebeten, ihm die Subunternehmerofferte zuzustellen. Dies sei das Fax, welches bei ihm eingetroffen sei. Mit welchem Betrag [sie] eingegeben habe, müsste er nachschauen. Das Programm rechne ihm die Positionen, die sie selber im Stamm hinterlegt hätten. Bei Leistungen, die [sie] nicht ausführe, sei kein Betrag hinterlegt. Dort habe er mit einem Wenn-Zuschlag Subunternehmerleistungen der [anderen Partei] eingetragen und die anderen Leistungen habe er selber kalkuliert. Dies sei das Vorgehen, wenn er eine Subunternehmerofferte einhole. Es sei richtig, dass die Offerte das ganze Projekt betreffe. Auf die Frage, ob es üblich sei, dass eine Subunternehmerofferte jeweils für das Ganze gemacht werde und nicht nur für den Teil, den er selber nicht erbringen könne, antwortete der Befragte, dies sei jedem Unternehmer selber überlassen, wie er dann die Subunternehmerofferte eingebe. Hier habe ihm [die andere Partei] wahrscheinlich aus Zeitgründen die ganze Offerte geschickt. Er habe ihn für [bestimmte Arbeiten] angefragt. Es sei auch üblich, dass Unternehmer mehr Leistungen anböten als wofür sie angefragt worden seien, in der Hoffnung, dass sie dann auch mehr Arbeiten ausführen könnten. Das sei üblich im Gewerbe.⁴⁹⁶ Wenn [sie] selber als Subunternehmer für andere tätig sei, seien es hauptsächlich Teile, weil sie extrem auf [gewisse Arbeiten] spezialisiert sei und hierfür die Gerätschaften hätten, die sich andere Firmen nicht zutun würden. Auf die Frage, wie es sich auf den Preis auswirke, ob [sie] das Ganze oder nur einen Teil aus der Subunternehmerofferte nehme, antwortete der Befragte, dies sei in der Submissionsphase nicht massgebend. Massgebend sei dies bei der Vergabe, sofern er zum Auftrag komme. Der Auftrag werde nicht nur aufgrund des Preises vergeben, sondern aufgrund der Vorgaben des Bauherrn. Das könnten unter anderem Referenzen sein. Dies sei mit ein Grund gewesen, weshalb er diese Offerte überhaupt bearbeitet habe. Er habe [...] zeigen wollen, dass er als Person mit Erfahrung [in bestimmten Arbeiten] bei der [durchsuchten Partei] arbeite. Der Preis sei während der Kalkulation schwierig zu nennen. Man könne Subunternehmer mit Endzuschlag oder ohne rechnen. Das habe noch nicht mit der allfälligen Vergabe an einen Subunternehmer zu tun, weil dort wieder Verhandlungen geführt würden. Normal sei, beim Endzuschlag auch Subunternehmerleistungen mit 5–20 % aufzurechnen, je nach Risikobeurteilung. Bei der Bestimmung des Zuschlags arbeite [sie] nach dem Vieraugenprinzip. Grundsätzlich dürfe er [...] entscheiden, ziehe aber meistens [...] bei. Hier habe er allein entschieden, weil es eine sehr kurzfristige Eingabe gewesen sei. Der Zuschlag sei circa 10 % auf die Leistungen von [der anderen Partei] gewesen. Die Leistungen, die [sie] gemacht habe, habe er selber kalkuliert. Die Passage im Fax „Eingabe plus 12 %“ sei eine Bemerkung des Senders des Faxes. Da müssten wir diesen fragen. Es heisse einfach, grundsätzlich möchte er keinen Rabatt mehr geben. Er habe ihm damals am Telefon gesagt, dass seine Eingabe

⁴⁹⁶ Act. [...].

schon sehr scharf gerechnet sei.⁴⁹⁷ Auf die Frage, ob er sich vorstellen könne, weshalb [die andere Partei] nicht direkt „bitte keinen Rabatt“ hingeschrieben, sondern stattdessen eine Zahl plus 12 % bzw. einen Frankenbetrag angegeben habe, antwortete der Befragte, er könne sich das nicht vorstellen. Das müsste man den Absender fragen. Die Frage, wie er diese Passage verstanden habe, als er sie gelesen habe, beantwortete der Befragte dahingehend, die interessiere ihn nicht, diese Ausführung. Ihn würden die Einheitspreise hinten interessieren, welche er dann mit seinem Endzuschlag in seine Offerte einsetze. Mehr interessiere ihn an diesem Fax nicht. Weiter führte der Befragte aus, selber schreibe er bei der Abgabe von Subunternehmerofferten hin, es gebe keine weiteren Preisverhandlungen, dies sei ein Endpreis oder kein Rabatt. Persönlich würde er es nicht so handhaben, dass er einen Zuschlag vorschlagen würde. Ob das üblich sei, entziehe sich seiner Kenntnis, weil jeder, der einem anderen eine Subunternehmerofferte schicke, seine Eigenheiten habe. Ob er persönlich schon öfters solchen Klauseln begegnet sei, beantwortete der Befragte mit weniger. Nach einer Grössenschätzung gefragt, führte er aus, in 50 % der Subunternehmerofferten habe es eine Bemerkung zur Preisgestaltung und in 50 % habe es keine, da die wüssten, dass sie nachverhandeln wollten. Das hänge von den Arbeitsleistungen ab. Wenn es um Gesamtleistungen wie etwa [bestimmte Arbeiten] gehe, dann sei es üblicher, dass man den Preis schon miteinander vorbespreche, als wenn es um eine Leistung von einer Teilleistung [bei gewissen Arbeiten] wie etwa [...] gehe.⁴⁹⁸ Es sei eine Möglichkeit, dass eine Subunternehmerofferte wie hier auf den offiziellen Ausschreibungsunterlagen erstellt werde. Bei Gesamtobjekten wie hier [bei bestimmten Arbeiten] sei das üblich. Hier sei es eine Gesamtofferte. Bei Teilleistungen, die sich nur auf 5–6 Positionen eines Devis bezögen, sei es üblich, dass man nur ein Deckblatt nehme. Der von [ihr] eingegebene Betrag setze sich zusammen aus Teilen der [Offerte] der [anderen Partei] mit einem Endzuschlag sowie den Eigenleistungen [von ihr]. Auf die Frage, ob es üblich sei, dass ein Subunternehmer, wenn er selber beim Bauherrn eingebe, den gleichen Preis eingebe, wie er jemand anderem als Subunternehmer offeriert habe, antwortete der Befragte, da gebe es verschiedene Handhabungen. Es gebe Subunternehmer, die den Preis anpassen würden, und andere, die ihn nicht anpassen würden und am Telefon oder im Fax mitteilten, wie viel Rabatt sie noch geben würden. Dies sei unterschiedlich. Was seine Einschätzung gewesen sei, als er das Offertöffnungsprotokoll gesehen habe, beantwortete der Befragte, dass [sie] preislich gar nicht schlecht liege.⁴⁹⁹ Ob er selber noch eingegeben hätte, wenn er gewusst hätte, dass [die andere Partei] dem Bauherrn den Betrag offeriere, den sie ihm auch als Subunternehmer offeriert habe, beantwortete der Befragte mit sicher. Er habe sich als Person für [bestimmte Arbeiten] bei der [Beschaffungsstelle] bekannt machen wollen. Wenn eine [Beschaffungsstelle] ihn in einem Einladungsverfahren einlade, sei es ein Grundsatz, dass er die Offerte bearbeite, da er gerne wieder eingeladen werde. Es sei seine Beurteilung, dass der Bauherr es als mangelndes Interesse und damit negativ auslegen könnte. Darum wolle er auf eingeladene Offerten eingehen. Einladungsverfahren kämen nur durch persönliche Kontakte zustande. Auf die Frage, wie er als Bauherr reagieren würde, wenn er wüsste, dass die eingeladenen Unternehmen die Preise im Voraus gekannt haben, antwortete der Befragte, er sei nicht Bauherr. Bezüglich der Frage, was für ein Interesse ein Bauherr habe, Unternehmen einzuladen, die sich nicht in Wettbewerb setzen würden, führte der Befragte aus, er könne diese Frage nicht beantworten, da er nicht Bauherr sei. Das Einladungsverfahren von [Beschaffungsstellen] beziehe sich auf persönliche Kontakte sowie Erfahrungen mit anderen Objekten. Mehr könne er dazu nicht sagen.⁵⁰⁰

440.–441. [...]

⁴⁹⁷ Act. [...].

⁴⁹⁸ Act. [...].

⁴⁹⁹ Act. [...].

⁵⁰⁰ Act [...].

442. In vorliegendem Zusammenhang sind auch die allgemeinen Ausführungen der Befragten anlässlich des Parteiverhörs von [einer befragten, in diesem Fall nicht beteiligten Partei A] betreffend Subunternehmer von Relevanz. Auf die Frage, ob sich eine Subunternehmeranfrage auf die (Spezial)Arbeiten beschränke, die man nicht selber durchführen könne, antwortete der [...] Befragte mit selbstverständlich. Es werde in den Subunternehmerofferten auch nicht mehr offeriert als diejenigen Arbeiten, für die der Subunternehmer angefragt worden sei. Selbstverständlich sei auch, dass mit den Subunternehmern nochmals über die Preise verhandelt werde. Man hole ja auch nicht nur eine Subunternehmerofferte ein, sondern mehrere. Er versuche, in der Vorbereitung das Maximum herauszuholen und seine Chancen zu nützen, dazu gehörten auch Verhandlungen mit den Subunternehmern.⁵⁰¹ Ob er es der Offerte oder dem Begleitschreiben des Subunternehmers ansehe, ob dieser zu Verhandlungen bereit sei, beantwortete der Befragte mit nein, er wüsste nicht wie. Man erhalte meistens standardisierte Offerten und Schreiben. Ein Subunternehmer erhalte meistens auch mehrere Anfragen für Subunternehmerofferten bezüglich Spezialarbeiten, beispielsweise dem Wildzaunbau im Rahmen einer Autobahnsanierung, bei einem Projekt. Dieser ändere dann lediglich den Namen und die Adresse. Die Preise seien in der Regel sehr ähnlich und wenn jemand seriös arbeite, wende er gleiche Preise an. Wenn der Subunternehmer Preisgewichtungen mache, dann werfe er sich selber aus dem Markt. Ob es vorkomme, dass sich der Subunternehmer zu den Preisen äussere, die die anfragende Baugesellschaft gegenüber dem Bauherrn eingeben solle, verneinte der Befragte. Der Subunternehmer könne dies auch gar nicht, da er nicht wisse, was die anfragende Baugesellschaft eingeben wolle. Das komme nicht vor. Ob er einen Vorschlag mache, wie man die Arbeiten des Subunternehmers eingeben solle, verneinte der Befragte ebenfalls, dies würde auch keinen Sinn machen. Das komme nicht vor und es sei ihm noch nie passiert. Die Frage, ob er es noch nie erlebt habe, dass z.B. in einem Begleitschreiben stehe, „bitte 10 % höher eingeben“, verneinte der Befragte ebenfalls. Das sei ihm noch nie passiert, wirklich noch nie. Wie er Endkostenzuschläge behandle, beantwortete der Befragte dahingehend, dass er die natürlich drauf tue, da er ja seine Geschäftskosten abführen müsse. Es habe ihm noch nie ein Subunternehmer einen Vorschlag gemacht, wie hoch dieser Zuschlag sein könnte. Es sei bei ihm definitiv noch nie vorgekommen, dass ein Subunternehmer versucht hätte, ihn bei der Preisbildung zu beeinflussen.⁵⁰² Der [...] Befragte ergänzte, man könne höchstens sagen, dass der Subunternehmer für sich 5 % einrechne, weil er wisse, dass in den Verhandlungen die Preise nach unten korrigiert würden. Dann müsse man schon 3–7 % einrechnen, damit man später den Preis bekomme, den man tatsächlich wolle. Ob der Subunternehmer dies für sich mache, beantwortete der [...] Befragte mit sicher. Ob er, wenn er als Subunternehmer angefragt werde, noch zusätzliche Arbeiten offeriere, für die er gar nicht angefragt worden sei, in der Hoffnung, die auch zu erhalten, beantwortete der [...] Befragte mit nein, eigentlich nicht.⁵⁰³ Bezüglich Subunternehmertätigkeit ist sodann ergänzend auf die an anderer Stelle bereits gemachten Ausführungen und die dort genannten objektiven Beweismittel hinzuweisen.⁵⁰⁴

C. Beweiswürdigung vor Versand des Antrags

443. Aus dem Fax, welcher ein objektives Beweismittel ist⁵⁰⁵, ergibt sich, dass [eine Partei] [der durchsuchten Partei] ihre vollständige, auf den offiziellen Ausschreibungsunterlagen erstellte und bereits unterzeichnete Offerte integral zukommen liess. Zudem findet sich auf dem Fax die Anweisung „Eingabe + 12 % \triangleq Fr [...].–“ an [die durchsuchte Partei]. Das Offertöffnungsprotokoll bestätigt, dass [die Partei] dieselbe Offerte, welche sie auch [der

⁵⁰¹ Act. [...].

⁵⁰² Act. [...].

⁵⁰³ Act. [...].

⁵⁰⁴ Rz 13 f., insbesondere die exemplarischen Nachweise in den Fn 20 und 22.

⁵⁰⁵ Siehe dazu Rz 149 f.

durchsuchten Partei] zukommen liess, bei der Bauherrschaft einreichte, stimmt doch die Offertsumme auf den Franken genau überein. Weiter zeigt die Offertöffnung, dass [die durchsuchte Partei] bei der Bauherrschaft eine Offerte von gerundet CHF [...]– eingab, was gut 10 % höher ist als die von [der anderen Partei] offerierte Summe.

444. Die Ausführungen von [der durchsuchten Partei] anlässlich des Parteiverhørs bezüglich dieses Projekts sind, soweit das Kerngeschehen betreffend, namentlich dass es sich beim Fax um eine Subunternehmerofferte von [der anderen Partei] für [bestimmte Arbeiten] handeln soll, unglaublich. In grundsätzlicher Hinsicht kann zunächst auf die an anderer Stelle gemachten Ausführungen verwiesen werden, wonach keine Baugesellschaft (hier wäre es [die andere Partei]) ein Interesse daran hat, einer anderen Baugesellschaft (hier [der durchsuchten Partei]) ihren Offertbetrag noch vor Ablauf der Eingabefrist bekannt zu geben.⁵⁰⁶ Ebenso kann auf die an anderer Stelle gemachten Ausführungen verwiesen werden, wonach eine Baugesellschaft (hier wäre es [die durchsuchte Partei]), die an der Zuschlagserteilung interessiert ist und Kenntnis von der Eingabesumme einer anderen Baugesellschaft hat (hier [der anderen Partei]), kein Interesse daran hat, ein wirtschaftlich schlechteres Angebot einzureichen als das ihr bekannte Konkurrenzangebot.⁵⁰⁷ Genau ein solch ökonomisch unsinniges, da sich ins eigene Fleisch schneidende Vorgehen von [der anderen Partei] behauptet [die durchsuchte Partei] aber ebenso wie ein ebenfalls ökonomisch unsinniges eigenes Verhalten. Unstimmig sind ferner etwa die Ausführungen zum zeitlichen Ablauf: [die durchsuchte Partei] will erst im Laufe der Offertbearbeitung aufgefallen sein, dass dieses Projekt [bestimmte Arbeiten] beinhaltet, die [die durchsuchte Partei] nicht ausführen kann. Bei einem Projekt, welches „[...]“ heisst, ist jedoch selbst für einen Laien im Voraus offenkundig, dass es dabei zumindest auch um [diese bestimmten Arbeiten] geht. Weiter will [die durchsuchte Partei] [der anderen Partei] erst am Abend vor Ablauf der Eingabefrist um Abgabe einer Subunternehmerofferte angefragt haben. Dies hätte – wäre es effektiv so gewesen – [der anderen Partei] kaum, wenn überhaupt, Zeit zur Erstellung einer Subunternehmerofferte gelassen und es wäre noch weniger Zeit für [die durchsuchte Partei] verblieben, diese Subunternehmerofferte alsdann in ihre eigene Offerte zu integrieren und mit Zuschlägen zu versehen. In Anbetracht dessen, dass die Ausschreibungsunterlagen rund 10 Tage vor Ablauf der Eingabefrist versandt wurden,⁵⁰⁸ ist nicht nachvollziehbar und wurde vom Befragten auch nicht erklärt, wieso er mit der Anfrage so lange zugewartet haben will. Dass [die andere Partei] aufgrund dieser durch [die durchsuchte Partei] verursachten Zeitnot [der durchsuchten Partei] der Einfachheit halber ihre gesamte Offerte zukommen liess, anstatt eine Offerte einzig für die angeblich nachgefragten [bestimmten Arbeiten] zu erstellen, ist aufgrund der bereits erwähnten, einem solchen Vorgehen inhärenten Gefährdung der Zuschlagserteilung an sich selbst, ebenfalls unglaublich. Denn im Widerspruch zur Behauptung des Befragten von [der durchsuchten Partei], er habe einzig eine Subunternehmerofferte für [bestimmte Arbeiten] nachgefragt, steht unter anderem, dass sich das Deckblatt des Faxes auf den Gesamtbetrag der Offerte und damit auf alle Arbeiten, nicht nur auf die angeblich nachgefragten [bestimmten Arbeiten], bezieht. Widersprüchlich ist weiter etwa, dass der Befragte sich einerseits mit seiner Offerteingabe gegenüber der [Beschaffungsstelle] als Person mit Erfahrung [in diesen bestimmten Arbeiten] positioniert haben will, andererseits aber gerade diese [bestimmten Arbeiten] an den Subunternehmer wären ausgelagert und diese Auslagerung gegenüber dem Bauherrn wäre offenbart worden. Ungereimt ist ferner etwa, wenn der Befragte zum einen ausführt, die Angabe „+ 12 %“ heisse, dass [die andere Partei] grundsätzlich keinen Rabatt mehr geben wolle, zum anderen aber angibt, diese Ausführung interessiere ihn gar nicht.

445. [...]

⁵⁰⁶ Siehe Rz 191.

⁵⁰⁷ Siehe Rz 192.

⁵⁰⁸ Act. [...].

446. Die allgemeinen Ausführungen von [der befragten, aber in diesem Fall nicht beteiligten Partei A] bezüglich Beizug von Subunternehmern sind in sich stimmig. Sie sind lebhaft geschildert und enthalten zuweilen auch Ausführungen zu Nebenpunkten, wobei sich diese passend in die gesamten Erörterungen einfügen. Es ergibt sich ein schlüssiges und widerspruchsfreies Gesamtbild, wie etwa die vom [...] Befragten vorgenommene Präzisierung der Ausführungen des [...] Befragten zeigt. Diese glaubhaften Ausführungen von [der befragten, aber in diesem Fall nicht beteiligten Partei A] werden weiter durch an anderer Stelle bereits erwähnte⁵⁰⁹ objektive Beweismittel bekräftigt, aus welchen ersichtlich wird, dass Subunternehmer zielgerichtet für spezifische Arbeiten herangezogen und mit deren Ausführung betraut werden.

447. [...]

D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel

448. [Die durchsuchte Partei] führt in ihrer Stellungnahme aus, sie sei zur Offertabgabe eingeladen worden. Der für [die durchsuchte Partei] Befragte verfüge aufgrund seiner früheren Tätigkeit zwar über Erfahrung [für bestimmte Arbeiten], bei [der durchsuchten Partei] seien diese Spezialkenntnisse aber nicht vorhanden gewesen, weshalb er nur beschränkt auf die Ressourcen von [der durchsuchten Partei] habe zählen können, um diese Arbeiten auszuführen. Zwei Möglichkeiten hätten bestanden, entweder auf eine Offerteingabe zu verzichten oder aber eine Offerte einzugeben und zur Ausführung der Arbeiten eine Subunternehmerin beizuziehen. Keine Offerte einzugeben sei bei Einladungsverfahren aber keine reelle Handlungsmöglichkeit. Bezüglich einer Begründung dieser Argumentation kann zur Vermeidung von Redundanzen auf die Ausführungen an anderer Stelle verwiesen werden.⁵¹⁰ Der für [die durchsuchte Partei] Befragte habe sich daher für die Abgabe einer Offerte und die Vergabe der [bestimmten Arbeiten] an eine Subunternehmerin entschieden. Zu diesem Zweck habe er [die andere Partei] um Abgabe einer Subunternehmerofferte angefragt. [Die andere Partei] habe offenbar den Aufwand nicht betreiben wollen, eine neue Offerte zu erstellen, da [die andere Partei] in Absicht einer eigenen Offertstellung beim Bauherrn die notwendigen Kalkulationen bereits vorgenommen habe. Was genau mit dem Kommentar auf dem Deckblatt der zugefaxten eigenen Offerte gemeint gewesen sei, darüber könne nur spekuliert werden. Der für [die durchsuchte Partei] Befragte habe dieser Notiz jedenfalls keinen klaren Sinn zugemessen und dazu, was [die andere Partei] mit dieser Angabe gemeint habe, sei [diese andere Partei] nicht befragt worden. Sinn mache die handschriftliche Notiz einzig, wenn sie als kollegialer Ratschlag verstanden werde, den Schlussbetrag bei einer Eingabe von [der durchsuchten Partei] in Subunternehmerkonstellation um 12 % zu erhöhen, um die Kosten von [der durchsuchten Partei] für die Abwicklung des Auftrags in dieser Konstellation zu decken. Durch eine Auftragsausführung via Subunternehmer fielen beim Unternehmer nämlich nicht unerhebliche Kosten an, u.a. hinsichtlich der Abnahme gegenüber dem Subunternehmer sowie dem Bauherrn, Nachbesserungsarbeiten, etc. Für den Bauherrn könne es daher von Vorteil sein, eine etwas teurere Offerte eines verlässlichen Vertragspartners, der mit einem Subunternehmer zusammenarbeite, anzunehmen als direkt eine preislich günstigere Offerte des Subunternehmers. Dem kollegialen Ratschlag sei der für [die durchsuchte Partei] Befragte aktenkundig nicht gefolgt. Er habe den Aufwand in Zusammenhang mit der Subunternehmerkonstellation deutlich geringer veranschlagt als von [der anderen Partei] vorgeschlagen. Der Vorwurf einer Abrede sei daher bereits aus diesem Grund aktenkundig widerlegt. [...]. Bezüglich Subunternehmerkonstellationen zeige sich wiederum die unvollständige und willkürliche Beweiswürdigung, da hierzu einfach andere Einvernahmen als diejenige von [der befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] ausgeblendet würden. So habe etwa [eine weitere befragte, in diesem Fall aber ebenfalls nicht beteiligte Partei B] erwähnt, dass es durchaus üblich sei, Subunternehmerofferten zu erhalten, auf de-

⁵⁰⁹ Siehe dazu Rz 13 f., insbesondere die exemplarischen Nachweise in den Fn 20 und 22.

⁵¹⁰ Siehe Rz 185.

nen „Rabatt 10 %“ oder „15 % Unkostenzuschlag“ stehe. Dies decke sich mit den Ausführungen des für [die durchsuchte Partei] Befragten und auch der für [eine weitere befragte, in diesem Fall aber auch nicht beteiligte Partei C] Befragte habe dasselbe ausgesagt. Wenn nur der für [eine befragte, in diesem Fall aber nicht beteiligte Partei A] Befragte als einziger etwas anderes dazu ausführe, könne man nicht einfach diese Aussage als glaubwürdig qualifizieren, weil sie „in sich stimmig“ und „lebhaft geschildert“ ist. Vielmehr müsste der Wahrheitsgehalt der Aussage des Vertreters von [dieser einen befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] ernsthaft geprüft werden, wenn sie mit anderslautenden Aussagen von drei anderen Unternehmen kontrastiere. Insbesondere wäre zu berücksichtigen, dass der Vertreter von [dieser einen befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] erst seit acht Monaten in der Schweiz tätig gewesen sei und daher mit den schweizerischen Gepflogenheiten noch nicht vertraut gewesen wäre. Hinzu komme, dass [diese eine befragte, in diesem Fall aber nicht beteiligte Partei A] offenbar [der weiteren befragten, in diesem Fall aber ebenfalls nicht beteiligten Partei B] auch eine Subunternehmerofferte mit Vorschlag für einen Endkostenzuschlag zukommen liess, weshalb die Aussage des Vertreters von [dieser einen befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] offensichtlich aktenwidrig sei. Diesbezüglich sei noch bemerkenswert, dass die erwähnte Subunternehmerofferte nicht als Hinweis auf eine Absprache qualifiziert und dieser Fall nicht weiter verfolgt worden sei, was zeige, dass die Wettbewerbsbehörden Subunternehmerofferten in anderen Fällen nicht als Absprachen qualifizieren würden.

449.–451. [...]

E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

452. [...]

453. Wenn [die durchsuchte Partei] nunmehr ausführt, der für [sie] Befragte habe der Passage mit der Bitte um Erhöhung um 12 % keinen klaren Sinn zugemessen, so ist dies schlicht aktenwidrig, und dient einzig dazu, nunmehr eine anderslautende Begründung nachzuschieben. Der für [sie] Befragte führte aus, die Bemerkung sei von [der anderen Partei], dazu müsste diese befragt werden. Und weiter: *„Das heisst einfach, grundsätzlich möchte er keinen Rabatt mehr geben“*. Auf die Frage, wie er diese Passage verstanden habe, als er sie gelesen habe, antwortete der Befragte: *„Die interessiert mich nicht, diese Ausführung. Mich interessieren die Preise hier hinten, die Einheitspreise, die ich dann mit meinem Endzuschlag in meiner Offerte einsetze. Mehr interessiert mich an diesem Fax nicht“*.⁵¹¹ Diese Erklärung des für [die durchsuchte Partei] Befragten ist – wie bereits bei der Beweiswürdigung vor Versand des Antrags festgehalten – in sich widersprüchlich. Auch wenn sich jemand nur für die Preise interessieren will, interessiert es ihn ebenso sehr, ob er auf diese Preise einen Rabatt erhält oder nicht, denn letztlich interessieren die Nettopreise.

454. Die bei Vorliegen derartiger resp. vergleichbarer Beweismittel (wohl nicht bloss zufälligerweise) gleich von mehreren Parteien bemühte Erklärung der „Subunternehmerofferte mit kollegialem Vorschlag für einen Endkostenzuschlag“ – wie sie nunmehr auch [die durchsuchte Partei] in ihrer Stellungnahme vorbringt – entpuppt sich als Schutzbehauptung, die keine Zweifel an der Verwirklichung des Sachverhalts wie bei der Beweiswürdigung vor Versand des Antrags dargestellt zu begründen vermag. Die glaubhaften Ausführungen von [einer befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] zur Subunternehmertätigkeit zeigen vielmehr, dass solche Ratschläge für Endkostenzuschläge bei echten Subunternehmerofferten nicht vorkommen. Dass [...] Vertreter von [dieser einen befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] im Zeitpunkt der Befragung erst seit acht Monaten in der Schweiz tätig war, spricht nicht gegen das Zutreffen seiner Ausführungen, und zwar auch in Bezug auf die Schweiz, wie dies hier [die durchsuchte Partei] glauben machen will. Denn der [...] an der Einvernahme befragte Vertreter von [dieser einen befragten, in diesem Fall aber

⁵¹¹ Act. [...].

nicht beteiligten Partei A] ist seit Jahren in der schweizerischen Baubranche tätig und hat die Ausführungen [...] jeweils ergänzt und vertieft. So auch in diesem Zusammenhang, indem er ergänzte, der Subunternehmer rechne für sich eine zusätzliche Marge ein, damit er dann bei Verhandlungen mit seinem Auftraggeber gegen unten korrigieren könne. Dass der Subunternehmer Endkostenzuschlagsempfehlungen abgeben würde, machte der [...] Vertreter von [dieser einen befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] aber ebenfalls nicht geltend oder deutete solches auch nur an. Aktenwidrig ist die Behauptung von [der durchsuchten Partei], auch von [dieser einen befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] finde sich eine solche „Subunternehmerofferte mit Zuschlagsempfehlung“ in den Akten, welche [eine andere befragte, in diesem Fall ebenfalls nicht beteiligte Partei B] vorgehalten worden sei. Auf der fraglichen Offerte findet sich gerade keine „Empfehlung“ zu einem Zuschlag. Im Übrigen wurde bloss eine Seite der zugestellten Offerte gefunden – die Beweislaste dort war damit eine gänzliche andere als hier, weshalb den Vermutungen von [der durchsuchten Partei] über die Ansichten der Wettbewerbsbehörden von vornherein der Boden entzogen ist. Sodann fällt auf, dass die Parteien, welche die Erklärung „Endkostenzuschlagsempfehlung“ vorbringen, diese gleich selber jeweils wieder deutlich abschwächen und als Ausnahmeerscheinungen darstellen. Dies wohl im Wissen darum, dass ihre Behauptungen sonst nur all zu leicht widerlegt werden könnten. Damit aber geben sie indirekt selber zu, dass ein solcher Usus bei echten Subunternehmerofferten nicht besteht. So führte der für [die durchsuchte Partei] Befragte aus, er selber sage, es gebe keine weiteren Preisverhandlungen, dies sei ein Endpreis, kein Rabatt, oder er setze schon einen Rabatt ein. Er persönlich würde es nicht so handhaben, dass er einen Zuschlag empfehlen würde. Ob es üblich sei, entziehe sich seiner Kenntnis, da jeder seine Eigenheiten habe; er sei solchen Klauseln weniger begegnet.⁵¹² Der Vertreter von [einer anderen befragten, in diesem Fall aber ebenfalls nicht beteiligten Partei B] führte aus, er verstehe auch nicht, weshalb ein konkreter Vorschlag eines Endkostenzuschlags gemacht werde. Er wisse auch nicht, woher der Subunternehmer wisse, wie viel Unkosten er brauche.⁵¹³ Und auch der Vertreter von [einer anderen befragten, in diesem Fall auch nicht beteiligten Partei C] hielt fest, solche Empfehlungen seien nicht üblich, aber möglich. Die Frage, ob er auch schon solche Empfehlungen von angefragten Subunternehmern bekommen habe, beantwortete er damit, dies jetzt nicht mehr in Erinnerung zu haben. Möglich sei es, dass sie ab und zu etwas erhalten hätten, er könne sich aber nicht erinnern. Auf die Frage, ob es Usanz sei, solche Empfehlungen zu machen, antwortete er mit „Das ist sehr selten“.⁵¹⁴ Im Widerspruch zu dieser Erklärung steht schliesslich, dass die Endkostenzuschlagsempfehlung auch noch mit einem „Danke“ verbunden wird. Wenn es bloss ein kollegialer Ratschlag wäre, wäre unverständlich, weshalb für dessen Einhaltung auch noch gedankt würde. Denn es wäre im Interesse des Empfängers des Ratschlags, diesen einzuhalten, dem Ratschlaggebenden hingegen wäre dies letztlich egal, weshalb nicht verständlich ist, weshalb er sich hierfür bedanken würde.

455. Als letztes erwähnt sei schliesslich, dass die Tatsache, dass die von [der durchsuchten Partei] eingereichte Offerte rund 10 % höher ist als diejenige von [der anderen Partei] und nicht 12 %, nicht ansatzweise dagegen spricht, dass [die durchsuchte Partei] nicht tatsächlich eine Abrede mit [der anderen Partei] getroffen und diese auch eingehalten hätte. Denn selbst wenn sich [die andere Partei] nicht zur Höhe der von [der durchsuchten Partei] einzugebenden Offerte explizit geäussert hätte, wäre aufgrund der Gesamtumstände bewiesen, dass eine Abrede vorliegt, die denn auch eingehalten wurde.⁵¹⁵ Für Preisabsprachen bei Submissionen braucht ohnehin nicht der genaue von der schützenden Gesellschaft einzugebende Preis abgesprochen zu werden. Vielmehr reicht bereits aus, wenn die Summe bekanntgegeben wird, die überboten werden soll. Eine höhere Offerte als diejenige von [der

⁵¹² Act. [...].

⁵¹³ Act. [...].

⁵¹⁴ Act [...].

⁵¹⁵ Siehe dazu den Sachverhalt, wie er in einem anderen Fall vorlag, Rz 403.

anderen Partei] hat [die durchsuchte Partei] denn auch abgegeben und dementsprechend auch die Absprache eingehalten. Gestützt auf die vorgenannten Beweismittel und deren Würdigung steht für die WEKO zweifelsfrei fest, dass es hier zu einer Submissionsabsprache gekommen ist.

456. [...]

B.6.3.5.9 Fall [...]

457.–471. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B.6.3.5.10 Fall [...]

472. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B. Beweismittel vor Versand des Antrags

473. [...] Aus der Hausdurchsuchung von [Unternehmung „Be...“] stammt eine Offerte von [Unternehmung „Be...“] betreffend das vorliegende Projekt, die auf neutralem Papier (nicht Geschäftspapier der [Unternehmung „Be...“]) gedruckt ist.⁵¹⁶ Sie ist datiert vom [...] und der Nettobetrag inkl. MWST (ohne Skonto, ohne Rabatt) beläuft sich auf CHF [<110'000.-]. Darunter findet sich die folgende handschriftliche Notiz:

„1) [A]	[XXX'X50]
2) [Be]	[XXX'X50]
[A]	[XXX'000.-]
[C]	[XXX'000.-],

474. Anlässlich des Parteiverhörs von [Unternehmung „Be...“] führte der Befragte auf Vorhalt der vorgenannten Offerte aus, das sei eine Basiskalkulation. Bei Basiskalkulationen trage er nie Rabatt oder Skonto ein. Dies sei die Erstbetrachtung einer Ausschreibung, bevor er sich mit dem entsprechenden Bauführer treffe. Es könne sein, dass er eine Basiskalkulation über das Kalkulationsprogramm laufen lasse, ohne die Arbeit vor Ort begutachtet zu haben. Die zweite Person, die er dann beiziehe, werde vor Ort das Objekt anschauen und auf gewisse Eigenheiten davon hinweisen. Das führe in der Diskussion zu höheren oder tieferen Eingabepreisen.⁵¹⁷ Was für eine Offerte er eingereicht habe, müsste er abklären, er könne das jetzt nicht sagen. Gefragt bezüglich der handschriftlichen Notizen führte der Befragte aus, „[A]“ heisse [Name einer natürlichen Person, der mit „A“ beginnt] und „Be“ [Name einer natürlichen Person, der mit „Be“ beginnt]. Das seien die Zahlen, die sie an der Besprechung gehabt hätten. Das sei nach der gemeinsamen Besprechung. Diese Besprechung sei vor der Offerteingabe, in der Submissionsphase gewesen. [Natürliche Person, deren Name mit „A“ beginnt] sei der ortsansässige Bauführer von [Unternehmung „Be...“]. Wofür das „[A]“ und das „[C]“ weiter unten stünden, beantwortete der Befragte mit, da könne er sich nicht mehr erinnern, er wisse es nicht mehr. Ob er dazu noch mehr Fragen gehabt habe oder ob da noch mehrere Personen darüberschaut hätten, das sei möglich.⁵¹⁸ Auf Vorhalt des Offertöffnungsprotokolls und gefragt nach der weitgehenden Übereinstimmung der Zahlenangaben führte der Befragte aus, er könne dies nicht erklären.⁵¹⁹ Gefragt, was die Zahlen 1) und 2) links von „[A]“ und „[Be]“ bedeuten würden, antwortete der Befragte mit, er wisse es nicht mehr. Vielleicht habe er einfach erstens und zweitens, [Name einer natürlichen Person, der mit „A“ beginnt] und [Name einer natürlichen Person, der mit „Be“ beginnt], aufgeschrie-

⁵¹⁶ Act. [...].

⁵¹⁷ Act. [...].

⁵¹⁸ Act. [...].

⁵¹⁹ Act. [...].

ben. Die Frage, ob das nicht mit der Reihenfolge bei der Offertöffnung zu tun habe, verneinte der Befragte. Ob es einen Grund dafür gäbe, dass die Zahl bei [Unternehmung „A...“] auf der Offertöffnung genau mit der Notiz „[Name einer natürlichen Person, der mit „A“ beginnt]“ des Befragten übereinstimme, beantwortete der Befragte mit, er habe keine Erklärung dafür. Seine Zahl habe sich verändert, indem er anscheinend den Rabatt anders beurteilt habe. Was die Zahlen „[A]“ und „[C]“ bedeuten würden, wisse er nicht, auch nicht im Vergleich mit dem Offertöffnungsprotokoll.⁵²⁰

475. Im Schreiben von [Unternehmung „Be...“] vom [...] bringt diese folgende Ergänzung zum Protokoll vor: „Meine Mandantin und [Name der befragten natürlichen Person, der mit „Be...“ beginnt] selbst (nach Durchsicht des Protokolls) sind sodann der Ansicht, dass [Name der befragten natürlichen Person, der mit „Be“ beginnt] mit Bezug auf das vorgelegte Dokument Nr. [...] einem Irrtum unterlegen ist. Die Handnotizen von [Name der befragten natürlichen Person, der mit „Be“ beginnt] auf diesem Dokument wurden nicht, wie er sagte, nach interner Offertbesprechung mit [der natürlichen Person, deren Name mit „A“ beginnt] angebracht, sondern nach einem Telefonat mit [der Beschaffungsstelle]. Anlässlich dieses Telefonates nach Eingabeschluss hatte sich [Name der befragten natürlichen Person, der mit „Be“ beginnt] nach den Eingaben der Mitbewerber erkundigt und die eingereichten Angebotsbeträge notiert. Dementsprechend stehen die handschriftlichen Grossbuchstaben nicht für „[Name einer natürlichen Person, der mit „Be“ beginnt] und [Name einer natürlichen Person, der mit „A“ beginnt]“, sondern für die Anfangsbuchstaben der Namen der Firmen, die Angebote einreichten. Aus diesem Grund entsprechen die handschriftlich eingesetzten Beträge auf der rechten Seite des Dokuments denjenigen der Offertöffnung.“⁵²¹

476.–479. [...]

C. Beweiswürdigung vor Versand des Antrags

480. Die aus der Hausdurchsuchung von [Unternehmung „Be...“] stammende Offerte, welche ein objektives Beweismittel ist⁵²², ist vom [...] datiert, also einen Tag vor Ablauf der Eingabefrist. Auf der Offerte sind ferner handschriftlich vier Kürzel („[A]“, „[Be]“, „[A]“ und „[C]“), die mit den Anfangsbuchstaben der Anbietenden übereinstimmen, sowie rechts daneben jeweils eine Summe aufgeführt. Die angegebenen Summen stimmen in der Grössenordnung mit den gemäss Offertöffnungsprotokoll effektiv eingegebenen Summen überein. Übereinstimmend ist insbesondere auch die Reihenfolge der Eingaben. In diesem Zusammenhang weiter von Relevanz ist die Rundung bzw. Nichtrundung der notierten Eingabesummen. Ein Vergleich von Notiz und Offertöffnungsprotokoll zeigt, dass die in der Notiz vorgenommenen Rundungen – wenn man die Offertöffnungsprotokolle als Basis nimmt – höchst ungleichmässig und ohne System, in einem Fall sogar gar nicht erst nachvollziehbar sind. Bei „1 [A]“ stimmt die Summe exakt mit dem eingegebenen Betrag überein, der auf einen geraden Fünzfzigerbetrag lautet. Bei „[C]“ erfolgte eine Rundung auf den nächsten Hunderterbetrag und beim zweiten „[A]“ wurde auf den nächsten Fünfhunderter- oder Tausenderbetrag aufgerundet. Am merkwürdigsten ist aber die Angabe bei „[Be]“ und damit bei der Erstellerin der Notiz selbst. Der Betrag ist in der Notiz auf fünfzig Franken genau gerundet – allerdings weicht diese Zahlenangabe dergestalt von der eingegebenen Summe ab, dass sich dies nicht mit Rundungen bzw. Rundungsregeln erklären lässt. Vielmehr ist nicht nachvollziehbar, wie man von der Summe gemäss Offertöffnungsprotokoll auf die notierte Eingabesumme kommen könnte. Eine falsche Übermittlung kann es nicht sein, da es sich hierbei um die eigene Eingabesumme handelt, welche [Unternehmung „Be...“] mit Sicherheit kennt, ohne hierfür auf eine Mitteilung von jemand anderem angewiesen zu sein. Dies spricht eine eindeutige Sprache, wenn es um die zeitliche Reihenfolge geht, in welcher diese handschrift-

⁵²⁰ Act. [...].

⁵²¹ Vgl. act. [...].

⁵²² Siehe dazu Rz 149 f.

liche Notiz im Verhältnis zum Offertöffnungsprotokoll entstanden ist. Die Notiz kann aufgrund der vorerwähnten Differenzen und Unstimmigkeiten nicht eine Niederschrift der Ergebnisse gemäss Offertöffnungsprotokoll sein, sondern muss zeitlich früher entstanden sein.

481. In diesem Zusammenhang ist die einleitende Feststellung von Relevanz⁵²³, wonach es für eine funktionierende Preisabrede bei Submissionen bereits ausreicht, wenn sich die Abredeteilnehmer über die Reihenfolge ihrer Angebote bzw. deren ungefähre Höhe oder ungefähre Abweichung gegenüber dem geschützten Angebot einigen. Es muss also primär ein Austausch über die Höhe des geschützten Angebots erfolgen, die Schutzofferten hingegen müssen in der Höhe nicht genau bestimmt sein, sondern bloss in der Grössenordnung oder in der minimalen Abweichung gegenüber der geschützten Offerte. Mit dieser Feststellung decken sich die handschriftlich notierten Beträge. Während der Betrag der preislich günstigsten Offerte exakt übereinstimmt, weichen die anderen Beträge mehr oder weniger viel von den effektiv eingegebenen Offerten ab, was aber für die Zuschlagserteilung oder die (preisliche) Reihenfolge der Offerten ohne Belang ist.

482. Bezüglich der Ausführungen von [Unternehmung „Be...“] anlässlich des Parteiverhört erübrigen sich weitläufige Erörterungen, da [Unternehmung „Be...“] selbst nachträglich festhielt, es habe sich dabei um einen „Irrtum“ des Befragten gehandelt. Hervorzuheben ist allerdings, dass sich hier eindrücklich zeigt, mit welcher Sorglosigkeit der Befragte am Parteiverhör Behauptungen aufstellte und angeblich Vorgefallenes schilderte. Nicht glaubhafter als diese Ausführungen anlässlich des Parteiverhört sind nun die nachträglichen Ergänzungen im Schreiben von [Unternehmung „Be...“]. Zunächst fällt auf, dass hier eine Anpassung und Abstimmung der Ausführungen an die am Parteiverhör vorgehaltenen Beweismittel erfolgt. Unstimmig ist ferner auch die Detailgenauigkeit, mit welcher [Unternehmung „Be...“] bzw. der Befragte nachträglich das Geschehene rekonstruieren zu können behauptet – so etwa bezüglich dem Zeitpunkt des angeblichen Anrufes und dessen Inhalt – während der Befragte diesbezüglich am Parteiverhör – mit ähnlicher Bestimmtheit – noch etwas ganz anderes aussagte. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Ausführungen von [Unternehmung „Be...“] unglaubhaft sind.

483. [...]

484. Zuzugeben ist vorab, dass die Beweislage bezüglich vorliegendem Projekt etwas weniger eindeutig ist als bei den übrigen Projekten. Gleichwohl bestehen in Anbetracht der vorangehenden Ausführungen sowie unter Berücksichtigung der Bestrebungen der Abredeteilnehmer, die Erstellung jeglicher Schriftstücke zu vermeiden,⁵²⁴ keine nicht zu unterdrückenden Zweifel daran, dass auch vorliegend eine Abrede getroffen wurde: Denn die handschriftliche Notiz auf der Offerte, die die Anfangsbuchstaben der Anbietenden sowie jeweils eine Summe aufführt, zusammen mit der Datierung der Offerte und der unstimmigen „Rundung“ beweist, dass diese handschriftliche Notiz vor Eingabefrist erstellt wurde und alle vier aufgeführten Bauunternehmen sich über die Eingabesummen vorab austauschten und vereinbarten, dass [Unternehmung „A...“] bei diesem Projekt zu schützen war. Das Offertöffnungsprotokoll beweist, dass sich alle vier aufgeführten Bauunternehmen hieran gehalten haben und entsprechend eingaben.

D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel

485. [Unternehmung „Be...“] führt in ihrer Stellungnahme aus, die Beweisführung mute geradezu abenteuerlich an. Es dürfte sich vielmehr so zugetragen haben, dass der für [Unternehmung „Be...“] Befragte [bei der Beschaffungsstelle] nach Ablauf der Eingabefrist angerufen habe, um das Ausschreibungsergebnis in Erfahrung zu bringen und er sich dabei die Eingabebeträge gerundet notiert habe. Es sei offensichtlich, dass es sich bei der falschen

⁵²³ Siehe Rz 182.

⁵²⁴ Siehe dazu bereits Rz 207.

Niederschrift des Eingabebetrags von [Unternehmung „Be...“] um einen Übermittlungs- oder Notizfehler handeln müsse. Der Offertbetrag des Erstplatzierten lautete CHF [XXX'X50.-], derjenige der gleich darunter stehenden [Unternehmung „Be...“] CHF [XXX'X50.-] gemäss Notiz bzw. CHF [XXX'XXX.-] effektiv. Die Abweichung lasse sich gut erklären, wenn man sich vorstelle, dass ein solches Telefonat rasch gehe und primär der Eingabebetrag des Erstplatzierten interessiere. Möglich sei etwa, dass [die Beschaffungsstelle] den Betrag des Erstplatzierten wiederholte, der von [Unternehmung „Be...“] Befragte aber bereits bei Notiz des Zweitplatzierten gewesen sei und deshalb die letzten drei Ziffern identisch ausgefallen seien, oder dass der für [Unternehmung „Be...“] Befragte gedanklich noch beim Angebot des Erstplatzierten gewesen sei und deshalb versehentlich noch einmal die gleichen drei Endziffern notiert habe. Denkbar sei auch, dass [die Beschaffungsstelle] den Eingabebetrag von [Unternehmung „Be...“] gar nicht genannt habe und der für [Unternehmung „Be...“] Befragte aus dem Kopf einen von der effektiven Offerte leicht abweichenden Betrag notiert habe, wobei es naheliegend sei, dass er dann „X50“ notiert habe, weil er diese Endzahl gerade noch im Kopf gehabt habe. Dass die Offertbeträge des Dritt- und Viertplatzierten nur noch gerundet notiert worden seien, erscheine auch plausibel, da diese auf den Franken genau nicht mehr interessieren würden. Gegen die These einer Abrede spreche auch, dass sich die Offerten von Erst- und Zweitplatziertem bloss um CHF [<1'000].- unterschieden, und dies bei einem Offertbetrag von rund CHF [>110'000.-]. Für eine Stützofferte müsste die Differenz jedoch grösser sein. Gegen eine Stützofferte spreche weiter, dass sich der für [Unternehmung „Be...“] Befragte auch die Beträge des Dritt- und Viertplatzierten notiert habe. Denn hätte [Unternehmung „A...“] um eine Stützofferte nachgesucht, hätte er die Offertbeträge der übrigen Submittenten gar nicht mitteilen können bzw. hätte sie dem für [Unternehmung „Be...“] Befragten gar nicht mitgeteilt resp. hätte sich dieser sie gar nicht notiert. Die ungleichen Rundungen sprächen ebenfalls gegen die These einer Abrede. Wäre die Notiz im Rahmen einer Absprache entstanden, so wären überall auf CHF 1'000.- gerundete Beträge notiert worden oder eben überall ungerundete exakte Beträge. Schliesslich habe [Unternehmung „Be...“] gar nicht entsprechend dem angeblich abgesprochenen Betrag eingegeben, sondern tiefer, nämlich nahezu den gleichen Betrag wie der Erstplatzierte. Dies allein belege, dass keine Absprache vorgelegen habe. Bezüglich der Aussagen am Parteiverhör sei angemerkt, dass gerade die Tatsache, dass der für [Unternehmung „Be...“] Befragte offensichtlich einem Irrtum erlegen sei, die Glaubwürdigkeit seiner Aussagen untermauere. Hätte der für [Unternehmung „Be...“] Befragte irgendeinen Grund gehabt, etwas verbergen zu wollen, hatte er sich von vornherein zu diesem Dokument eine andere Erklärung zurechtgelegt, da ihm die Dokumente, zu welchen er befragt werden würde, ja im Voraus bekannt gewesen seien.

486. [...]

487. [Unternehmung „A...“] führt in ihrer Stellungnahme aus, es seien einige Fragen im Zusammenhang mit den gewürdigten Unterlagen nicht geklärt. Wohl gebe es diese Offerte mit Datum vom [...], d.h. einen Tag vor Ablauf der Eingabefrist, aber die handschriftlichen Notizen trügen kein Datum. Die Erklärung der Wettbewerbsbehörden, weshalb diese Notiz vor Eingabe erstellt worden sei, sei nicht zwingend. Es könne ebenso gut sein, dass sich die Person, die mit [der Beschaffungsstelle] telefonierte, um diese Zahlen in Erfahrung zu bringen, sich verschrieben habe, oder dass sie selber die Zahl, die [Unternehmung „Be...“] eingegeben habe, nicht mehr im Kopf gehabt habe. Ausserdem sei nicht geklärt, weshalb es nach den ersten beiden Buchstaben „[A]“ und „[Be]“ einen Strich habe. Dies könnte doch darauf schliessen lassen, dass die weiter unten aufgeführten „[A]“ und „[C]“ nicht kontaktiert worden seien und man wirklich erst nach Offertöffnung deren Zahlen kannte. Zudem sei nicht abgeklärt worden, ob der Preis das einzige Zuschlagskriterium gewesen sei. Auf diese Weise könne man hier keine Abrede, die zu einer Sanktionierung führe, konstruieren.

488. [...] [Gemäss Bauherr ist] der Preis [...] zu 100 % das einzige Zuschlagskriterium gewesen. [...]

489. [Unternehmung „A...“ führt aus, es] gehe aus den Unterlagen hervor, dass ein anbietendes Unternehmen wegen Abänderung des Leistungsverzeichnisses ausgeschlossen worden sei. Dies sei ein deutliches Indiz gegen eine Absprache, sonst wäre nämlich das Dervis sicher nicht abgeändert worden. [...]

490. [Unternehmung „Be...“ führt aus, es] gehe aus dem E-Mail-Verkehr hervor, dass ein anbietendes Unternehmen wegen Abänderung des Leistungsverzeichnisses ausgeschlossen worden sei. Dies widerlege die These einer Abrede in zweierlei Hinsicht. Zum einen seien auf der Handnotiz des für [Unternehmung „Be...“] Befragten diejenigen vier Submittenten genannt, welche in der Offertöffnung ersichtlich seien. Nicht erwähnt sei diese ausgeschlossene Gesellschaft, welche offensichtlich als fünftes Unternehmen eingegeben habe. Hätte eine Absprache vorgelegen, hätte der für [Unternehmung „Be...“] Befragte aber auch dieses fünfte Unternehmen und dessen Eingabebetrag in seiner Handnotiz festgehalten. Dass nur die vier aus der Offertöffnung ersichtlichen Unternehmen in der Handnotiz festgehalten seien, nicht aber auch dieses fünfte Unternehmen, zeige, dass die Handnotiz erst nach Offertöffnung erstellt worden sei. Zum anderen beweise die Tatsache der Abänderung des Leistungsverzeichnisses, dass keine Absprache vorgelegen habe. Denn wäre dem so gewesen, hätte dieses Unternehmen sich nicht die Mühe gemacht, sich durch Abänderung des Leistungsverzeichnisses einen Vorteil zu verschaffen. Vielmehr hätte es einfach das bestehende Leistungsverzeichnis übernommen und den abgesprochenen Preis eingesetzt. Zudem wäre eine Stützofferte mit abgeändertem Leistungsverzeichnis mangels Vergleichbarkeit ohnehin sinn- und nutzlos gewesen.⁵²⁵

491. [...]

E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

492. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweist die WEKO zunächst auf die Beweiswürdigung vor Versand des Antrags, an der sie vollumfänglich festhält. Zu präzisieren ist jedoch, dass der Satz, wonach die Beweislage hier etwas weniger eindeutig sei als bei anderen Projekten, von den Parteien missverstanden worden zu sein scheint. Damit soll keineswegs gesagt werden, dass die WEKO selber bei diesem Fall Zweifel an der Beweislage hätte, dies ist nicht der Fall; vielmehr soll damit bloss zum Ausdruck gebracht werden, dass hier einzig ein nur, aber immerhin, auf den ersten Blick harmlos wirkendes Beweismittel vorliegt, was dessen Beweiskraft freilich keineswegs schmälert. Nachfolgend würdigt die WEKO zunächst die neu erhobenen Beweismittel und geht alsdann auf die Vorbringen der Parteien ein.

493. Die vor Versand des Antrags vorgenommene Beweiswürdigung wird weiter gestärkt durch [...] Beweismittel, wonach bei diesem Fall der Preis das einzige Zuschlagskriterium war. Bei dieser Ausgangslage reicht eben eine (sehr) geringfügige Preisdifferenz aus, um den Zuschlag zu steuern, dürfen doch [von der Beschaffungsstelle] andere Zuschlagskriterien ausser dem Preis bei der Zuschlagserteilung überhaupt nicht berücksichtigt werden. Auch ein um bloss wenige Franken billigeres Angebot bleibt eben das billigere Angebot. Dass [Unternehmung „Be...“] die von ihr eingegebene Angebotssumme gegenüber der handschriftlich notierten Summe noch etwas senkte, gefährdete daher die Zuschlagserteilung an [Unternehmung „A...“] in keiner Weise. Dass ein Submittent wegen Abänderung des Leistungsverzeichnisses ausgeschlossen wurde, spricht ebenfalls nicht gegen eine Absprache. Denn um eine Gesellschaft zu schützen, kann sowohl eine Stützofferte abgegeben werden als auch auf die Eingabe eines Angebots (bid suppression) verzichtet werden. Ebenso sehr kann ein Schutz aber auch durch Einreichung eines auszuschliessenden Angebots (z.B. wegen verspäteter Eingabe oder wegen Abänderung des Leistungsverzeichnisses) gewährt werden; der durch eine solche Vorgehensweise dem schützenden Unternehmen entstehende Zusatzaufwand ist minim und spricht daher nicht gegen eine Absprache. Nicht nachvoll-

⁵²⁵ Act. [...].

ziehbar ist im Übrigen die von [Unternehmung „Be...“] in diesem Zusammenhang vorgebrachte Argumentation, wonach offenbar fünf Unternehmen eingegeben haben sollen. Es haben, wie aus dem Offertöffnungsprotokoll ersichtlich und auch in der Handnotiz festgehalten, vier Gesellschaften eingegeben. Von diesen vier Gesellschaften wurde alsdann eine wegen Abänderung des Leistungsverzeichnisses ausgeschlossen; eine fünfte Submittentin gab es nicht.

494. Zu den Vorbringen der Parteien ist festzuhalten, dass es insbesondere [Unternehmung „Be...“], aber auch [Unternehmung „A...“], mit den von ihr gezeichneten Alternativszenarien einzig darum geht, Zweifel daran zu schüren, dass sich der Sachverhalt tatsächlich so verwirklicht hat, wie dies die WEKO in der Beweiswürdigung vor Versand des Antrags darstellt. Diese Alternativszenarien zeichnen sich jedoch vor allem durch eine Häufung von nicht verifizierbaren angeblichen Begebenheiten sowie einzeln betrachtet ungewöhnlichen, in ihrer Gesamtheit aber erst recht unrealistischen Zufällen und Irrtümern oder Fehlern aus. Diese theoretisch zwar denkbaren, praktisch aber realistischerweise nicht möglichen Alternativszenarien vermögen daher auch nur theoretische Zweifel an der dargestellten Sachverhaltsverwirklichung zu begründen. Gegen das von [Unternehmung „Be...“] und [Unternehmung „A...“] vorgebrachte Alternativszenario, dass die Handnotiz im Rahmen eines Anrufs [bei der Beschaffungsstelle] nach Offertöffnung entstanden ist, anlässlich welchem [die Beschaffungsstelle] [Unternehmung „Be...“] das Ergebnis gemäss Offertöffnungsprotokoll mitgeteilt hat, sprechen nebst den unter Beweiswürdigung vor Versand des Antrags genannten Punkten noch zwei weitere: Erstens hätte der für [Unternehmung „Be...“] Befragte in einem Zeitpunkt nach Offertöffnung bei einem solchen Telefongespräch mit [der Beschaffungsstelle] die von ihm effektiv eingereichte Offerte vor sich gehabt, nicht irgendeine von ihm nicht eingereichte Basiskalkulation, um welche es sich beim vorliegend relevanten Dokument jedoch gerade handelt. Sodann hätte [die Beschaffungsstelle] – der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechend – das Offertöffnungsprotokoll einfach von oben nach unten vorgelesen und der für [Unternehmung „Be...“] Befragte hätte dies auch in dieser Reihenfolge notiert. Die Reihenfolge gemäss Offertöffnungsprotokoll ist nicht nach Eingabebeträgen geordnet, sondern lautet von oben nach unten [Unternehmung „Be...“], [Unternehmung „C...“], [Unternehmung „A...2“] und schliesslich [Unternehmung „A...“]. Die Notiz hingegen entspricht der Reihenfolge der Summen, also [Unternehmung „A...“], [Unternehmung „Be...“], [Unternehmung „A...2“] und schliesslich [Unternehmung „C...“], was weiter dagegen spricht, dass diese Handnotiz anlässlich eines – gemäss [Unternehmung „Be...“] behauptetermassen erst noch rasch vor sich gehenden – Telefonats entstanden ist. Dass das anlässlich des Parteiverhörs vom für [Unternehmung „Be...“] Befragten mit Bestimmtheit geäusserte Sachverhaltsgeschehen und die spätere Erklärung, es handle sich dabei um einen Irrtum, für die Glaubhaftigkeit der nachträglich im Schreiben des Rechtsvertreters von [Unternehmung „Be...“] gemachten Ausführungen sprechen soll, ist nicht nachvollziehbar. Dass sich der für [Unternehmung „Be...“] Befragte nicht vorgängig des Parteiverhörs eine andere Erklärung bezüglich dieses ihm dazumal bereits bekannten Dokuments zurechtgelegt hat, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass dieses Dokument auf den ersten Blick in der Tat wenig verfänglich erscheint und daher bei der Vorbereitung wenig Beachtung erfahren haben dürfte. Wie dem auch sei, gegen die Überzeugungskraft des Beweismittels spricht dies jedenfalls nicht. Gestützt auf die vorgenannten Beweismittel und deren Würdigung steht für die WEKO zweifelsfrei fest, dass es im Fall [...] zu einer Submissionsabsprache gekommen ist.

495. [...]

B.6.3.5.11 Fall [...]

496.–522. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B.6.3.5.12 Fall [...]

523.–550. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B.6.3.5.13 Fall [...]

551.–579. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B.6.3.5.14 Fall [...]

580.–592. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B.6.3.5.15 Fall [...]

593.–611. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B.6.3.5.16 Fall [...]

612.–647. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B.6.3.5.17 Fall [...]

648.–663. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B.6.3.5.18 Fall [...]

664. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B. Beweismittel vor Versand des Antrags

665. Aus der Hausdurchsuchung von [Partei X] stammt eine E-Mail von [Partei Y] an [Partei X] und [Partei Z] vom [Datum].⁵²⁶ Diese E-Mail sei nachfolgend auszugsweise wiedergegeben:

„Habe übers Wochenende das Devis⁵²⁷ für [...] zusammengestellt und gerechnet. Meine Eingabesumme beträgt Pauschal Fr. [<180'000].–

Bitte eingeben:

- [Partei Z]: pauschal Fr. [≥180'000].–
- [Partei X] pauschal Fr. [≥180'000].–

Zusätzlich:

- Per-Preis für Nacharbeiten: mind. [...].–
- Per-Preis für Samstagsarbeiten: mind. [...].–
- Per-Preis für Sonntagsarbeiten: mind. [...].–

Zusätzlich:

Annahme für Anpassungen und Regiearbeit geschätzt: Fr. [...].– (alle gleich)

Bitte nur diese Pauschale mit den Ergänzungen abgeben. Das Leistungsverhältnis könnt Ihr bei Bedarf bei mir anfordern, macht aber keinen Sinn, wenn wir alle das gleiche abgeben. OK?“

⁵²⁶ Act. [...].

⁵²⁷ Auch Eigendevis, Eigenofferte oder Leistungsverzeichnis genannt.

666. Anlässlich des Parteiverhört von [Partei X] führte der Befragte aus, das Dokument sei etwas unglücklich.⁵²⁸ Er habe von der [Beschaffungsstelle A] eine telefonische Anfrage erhalten, um innert kürzester Zeit eine Offerte abzugeben. Innerhalb einer Woche habe die Offerte eingereicht werden müssen, wobei als einzige Grundlage zur Erarbeitung der Offerte die dem Sekretariat anlässlich des Parteiverhört überreichten Pläne bestanden hätten. Er habe den Termin wahrgenommen und habe dort die zwei in der E-Mail aufgeführten Kollegen getroffen. Die seien alle zum gleichen Zeitpunkt vor Ort gewesen. [Partei Y] habe bereits am Projekt [...] gearbeitet, die seien bereits auf Platz gewesen, da sie einen Auftrag von [einer anderen Beschaffungsstelle B] gehabt hätten. Die [Beschaffungsstelle A] hätten das Projekt erweitert. Es hätte in diesem Fall gar nicht noch ein weiterer Unternehmer mit nochmals allen Maschinen [...] Platz gehabt. Die [Beschaffungsstelle A] habe nicht gewusst, ob das Projekt über CHF 300'000.– gehe oder darunter bleibe, weshalb es auch noch die zwei weiteren Unternehmen eingeladen habe. Falls es über CHF 300'000.– gegangen wäre, hätte so innert kürzester Zeit eine offizielle Vergabe gemacht werden können, anders hätte das nicht funktioniert. Letztlich sei es gar nicht über CHF 300'000.– gegangen, weshalb problemlos auch eine freihändige Vergabe hätte erfolgen können. Das heisse, dass sie zwei ([Partei X] und [Partei Z]) gar nicht nötig gewesen wären. Er gebe zu, dass es jetzt komisch aussehe, aber anders wäre es gar nicht ausführbar gewesen. Er habe es kurz überschlagen und er wäre mit den Quadratmeterpreisen [der anderen Beschaffungsstelle B], an die sich [Partei Y] habe anbinden müssen, da die ja bereits den Auftrag [der anderen Beschaffungsstelle B] und damit auch deren Preise gehabt hätten, viel höher gekommen und hätte die Installation auch noch dazu gebraucht. Auf die Frage, ob er am Schluss etwas eingegeben habe, antwortete der Befragte ja, weil er gemusst habe, weil es vom Bauherrn verlangt gewesen sei. Er habe diese in der E-Mail angegebene Summe eingegeben.⁵²⁹ Weil der Bauherr nicht gewusst habe, ob es unter CHF 300'000.– sei, habe er das verlangt und darum hätten sie das gemacht. Jetzt müsse er sagen, sei es ein grosser Fehler von ihm gewesen. Wenn er Bescheid gewusst hätte, hätte er das in den Papierkorb geworfen. Dies müsse er im Nachhinein zugeben, damals habe er sich aber keine Gedanken gemacht. Auf die Frage, wie er sich erkläre, dass die Eingabesumme von [Partei Y] in der E-Mail tiefer sei als diejenige von [Partei Z] und von [Partei X], erklärte der Befragte, man habe vom Bauherrn aus, nicht von ihnen aus, steuern wollen, dass [Partei Y] den Auftrag ausführe. Vor dieser E-Mail sei er ja an der Sitzung gewesen, an welcher alle vier ([Partei Y], [Partei Z], [Partei X] und der Bauherr) gewesen seien.⁵³⁰ Auf die Frage, ob er mit der Eingabe im Prinzip [Partei Y] einen Gefallen gemacht habe, antwortete der Befragte, er habe dem Bauherrn einen Gefallen gemacht. Die geschilderte Situation sei eine absolute Ausnahme, so etwas sei sonst noch gar nie vorgekommen.⁵³¹ An der gemeinsamen Sitzung habe man die Arbeiten angeschaut, um die Offerte zu erstellen. Und eben die Bitte, dass diese Firma ausführen könne, die bereits mit allen Maschinen da gewesen sei. Im Nachhinein hätte er es besser in den Kübel geworfen. Jetzt sitze er hier und müsse aussagen. Also, er habe nichts Schlechtes dabei gedacht. Die Frage, ob eine Vereinbarung mit [Partei Y] bestanden habe, verneinte der Befragte.⁵³²

667. Anlässlich des Parteiverhört überreichte der Befragte dem Sekretariat Pläne zu diesem Projekt sowie eine Aufstellung der Quadratmeterpreise (Preisbasis: Januar 2001) in Abhängigkeit der Belagsstärke.⁵³³

668. [Partei Z] hielt in ihren Antworten auf den Fragebogen⁵³⁴ fest, dies sei gar kein „reales“ Projekt gewesen. Zu vergeben seien hier Folgearbeiten eines Hauptauftrags gewe-

⁵²⁸ Act. [...].

⁵²⁹ Act. [...].

⁵³⁰ Act. [...].

⁵³¹ Act. [...].

⁵³² Act. [...].

⁵³³ Siehe act. [...].

sen. Der Hauptauftrag sei bereits in Ausführung gewesen, daher habe die beauftragte Firma bereits alle notwendigen Maschinen auf dem Platz gehabt. Eine parallele Baustelleninstallation durch einen Konkurrenten sei aufgrund der Platzverhältnisse weder möglich noch sinnvoll gewesen. Für die Bauherrschaft sei es daher völlig klar gewesen, dass diese Folgearbeiten vom gleichen Unternehmen ausgeführt werden müssten wie der Hauptauftrag; faktisch seien die entsprechenden Arbeiten daher bereits mit dem Hauptauftrag vergeben worden. Der verantwortliche Sachbearbeiter hätte aber aufgrund seiner Vorgaben gleichwohl noch Konkurrenzofferten einholen müssen. [Partei Z] bestreite nicht, dem verantwortlichen Sachbearbeiter geholfen zu haben, sein Problem zu lösen, und zu diesem Zweck eine Pseudoofferte eingereicht zu haben. Sie habe dazu Hand geboten, nachdem sie sich anlässlich eines Termins vor Ort überzeugt habe, dass angesichts der Platzverhältnisse eine andere Lösung als die Vergabe an [Partei Y] objektiv weder sinnvoll noch möglich gewesen sei. Man möge diese Hilfestellung kritisieren, um eine Wettbewerbsabrede im Sinne des KG handle es sich hierbei aber nicht.

669. [Partei Y] hielt in ihren Antworten auf den Fragebogen⁵³⁵ fest, [Partei Y] sei von der Bauherrschaft explizit zur Ausarbeitung einer Eigenofferte eingeladen worden, weil sie bereits vor Ort gewesen sei. Es sei vereinbart worden, dass die Kosten für die Offertstellung bei einer Auftragsvergabe nicht in Rechnung gestellt würden. Grundlage der Offerte hätten die bereits vorhandenen Werkvertragspreise gebildet, das heisse, es seien keine neuen Akkordpreise vereinbart worden, welche nota bene viel höher gewesen wären. Ihres Wissens seien auch noch zusätzliche Drittunternehmer seitens der [Beschaffungsstelle A] eingeladen worden und es sei eine gemeinsame Begehung und Offertbesprechung abgehalten worden, damit alle Offerierenden die gleiche Basis gehabt hätten und insbesondere auch Kenntnis um die beengten und verkehrstechnischen Schwierigkeiten und Abhängigkeiten. Es entziehe sich ihrem heutigen Wissensstand, welche Drittunternehmer auch zur Offertstellung eingeladen worden seien.

670. Ferner reichte [Partei Y] diverse handschriftliche Notizen zur Ausarbeitung der Eigenofferte ein.⁵³⁶

671. [Die andere Beschaffungsstelle B] reichte auf Verlangen das Offertöffnungsprotokoll betreffend [...] ein.⁵³⁷ Die Eingabesummen belaufen sich bei diesem Projekt [der anderen Beschaffungsstelle B] zwischen (gerundet) [400'000.– und 500'000.–]. Die Anschlussfrage, ob es bezüglich dem Projekt [...] seitens [dieser anderen Beschaffungsstelle B] zu einem Folgeauftrag gekommen sei, verneinte [sie]. Im Anschluss an [sie] habe aber die [Beschaffungsstelle A] Arbeiten ausgeführt.⁵³⁸ Anlässlich eines Telefonats erläuterte [die andere Beschaffungsstelle B], mit [...] nichts mehr zu tun gehabt zu haben, entsprechend auch keine Unterlagen dazu zu haben.⁵³⁹

672. Die [Beschaffungsstelle A] bestätigte, dass durch sie im Bereich [...] Arbeiten durchgeführt worden seien. Die [bestimmten Arbeiten] seien durch die [Partei Y] mittels Direktvergabe erfolgt.⁵⁴⁰ [Sie] reichte im Anschluss auf Verlangen die noch vorhandenen Unterlagen ein.⁵⁴¹

⁵³⁴ Act. [...].

⁵³⁵ Act. [...].

⁵³⁶ Act. [...].

⁵³⁷ Act. [...].

⁵³⁸ Act. [...].

⁵³⁹ Act. [...].

⁵⁴⁰ Act. [...].

⁵⁴¹ Act. [...].

C. Beweiswürdigung vor Versand des Antrags

673. Aus der E-Mail, welche ein objektives Beweismittel ist⁵⁴², ergibt sich, dass [Partei Y] vor Offerteinreichung [Partei X] und [Partei Z] ihre eigene Eingabesumme bekanntgab und von den zwei anderen Unternehmen einzugebende Eingabesummen nannte. Gleichzeitig bat [Partei Y] darum, nur diese Pauschale mit den Ergänzungen abzugeben.

674. Die Ausführungen von [Partei X] anlässlich des Parteiverhørs bezüglich dieses Projekts sind in sich schlüssig und stimmig. Sie sind spontan und detailliert geschildert und gehen gleichwohl in sich auf. Der Befragte schildert die Komplikationen des Bauherrn, dessen Überlegungen und Probleme bezüglich den vergaberechtlichen Vorschriften. Er gesteht auch zu, dass die ganze Sache unglücklich aussieht und er es im Nachhinein anders handhaben würde. Dass er die von [Partei Y] genannte Eingabesumme übernommen hat, gibt der Befragte unumwunden zu und versucht nicht, dies kleinzureden oder abzustreiten. Die Ausführungen von [Partei X] werden ferner untermauert durch die Angaben der übrigen Parteien, welche nicht deckungsgleich sind,⁵⁴³ sondern jeweils aus der Warte der anderen Parteien erfolgen, aber gleichwohl ein stimmiges Gesamtbild ergeben. Gestärkt werden diese Ausführungen ferner durch die Angaben [der beiden Beschaffungsstellen A und B] und werden letztlich auch noch durch die effektiven Eingabesummen abgerundet.

675. Die Ausführungen von [Partei Z] sind ebenfalls glaubhaft. Auch hier werden detailliert und in sich schlüssig die Komplikationen des Bauherrn und die gesamte Situation geschildert. Der eigene Beitrag wird nicht kleingeredet, sondern ohne Weiteres zugestanden. Diese Ausführungen reihen sich in das stimmige Gesamtbild ein und werden, wie auch die Angaben von [Partei X], durch weitere Beweismittel gestützt.

676. Auch die Ausführungen von [Partei Y] sind in sich stimmig, enthalten allerdings eher weniger Angaben zum eigentlichen Kerngeschehen. [...]

677. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass [Partei Y], [Partei Z] und [Partei X] die eigene Eingabesumme ebenso wie die von diesen einzugebenden Eingabesummen nannte. Es ist auch bewiesen, dass sich [Partei Z] und [Partei X] dementsprechend verhielten und eingaben – ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der drei Parteien ist damit bewiesen. Allerdings ist ebenfalls bewiesen, dass dieses Zusammenwirken aufgrund der äusseren Umstände (v.a. Platzverhältnisse und bereits bestehende Tätigkeit einer Baugesellschaft vor Ort) letztlich durch den Bauherrn orchestriert oder zumindest unmissverständlich nahelegt wurde, damit dieser – sofern dies aufgrund des Auftragsvolumens hätte erforderlich sein sollen – die vergaberechtlichen Vorgaben der äusseren Form nach hätte einhalten können. An wen der Zuschlag erteilt werden sollte, war an sich für alle Beteiligten, insbesondere aber für den Bauherrn, von vornherein klar; es ging nur noch darum, dies äusserlich in eine – sofern aufgrund der Bausumme erforderlich – vergaberechtskonforme Form eines Einladungsverfahrens zu kleiden. Es stellte sich schliesslich heraus, dass dieses Vorgehen gar nicht erforderlich gewesen wäre, da aufgrund des Bauvolumens eine freihändige Vergabe zulässig gewesen war, welche die direkte Vergabe der Arbeiten durch den Bauherrn an eine Baugesellschaft ohne Einladung weiterer Gesellschaften zur Offertstellung erlaubte. Damit ist bewiesen, dass von vornherein nie Wettbewerb bestand (und aufgrund der vergaberechtlichen Vorschriften die Bauherrschaft auch nicht gesetzlich dazu verpflichtet war, Wettbewerb zu schaffen, sondern hierauf verzichten konnte, wie sie es letztlich tat), weshalb das Zusammenwirken der drei Bauunternehmen – obwohl es die Abgabe höherer Offerten durch [Partei Z] und [Partei X] betraf – eine Wettbewerbsbeschränkung weder bezwecken noch bewirken konnte.

⁵⁴² Siehe dazu Rz 149 f.

⁵⁴³ Eine exakte Übereinstimmung, vor allem auch in Details und hinsichtlich Nebensächlichkeiten sowie der Gewichtung der Schilderung, würde eher eine vorgängige Abstimmung der Ausführungen der Parteien nahelegen und damit gegen, nicht für die Glaubhaftigkeit sprechen.

D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel

678.–680. [...]

E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

681. [...]

682. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach dem Gesagten bewiesen ist, dass [Partei Y]), [Partei Z] und [Partei X] hinsichtlich ihrer Offerteingaben bewusst und gewollt zusammenwirkten. Allerdings ist ebenfalls bewiesen, dass damit eine Wettbewerbsbeschränkung weder bezweckt noch bewirkt wurde. Ferner ist bewiesen, dass in diesem Fall auch die vergaberechtlichen Vorschriften vom Bauherrn nicht die Schaffung von Wettbewerb verlangten, sondern eine freihändige Vergabe zuliesse. Bloss ergänzend ist aber festzuhalten, dass es sich hierbei um eine ausgesprochene Ausnahmesituation handelt, vergleichbare Konstellationen sind kaum denkbar; vielmehr bezweckt oder bewirkt ein dergestaltiges Zusammenwirken in den „gewöhnlich“ gelagerten Fällen (und damit allermeisten) auch eine Wettbewerbsbeschränkung. Insbesondere soll an dieser Stelle ausdrücklich offen bleiben, wie es kartellrechtlich zu würdigen wäre, wenn die Bauherrschaft in Verletzung der vergaberechtlichen Vorschriften auf die Schaffung von Wettbewerb verzichten würde, wenn also gemäss Beschaffungsrecht zumindest ein Einladungsverfahren hätte durchgeführt werden müssen. Bei der Sanktionierung ist dieses Projekt nach dem Gesagten nicht zu berücksichtigen.

B.6.3.5.19 Fall [...]

683.–706. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B.6.3.5.20 Fall [...]

707.–718. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B.6.3.5.21 Fall [...]

719.–735. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B.6.3.5.22 Fall [...]

736. Zu Fall [...] ist einleitend anzumerken, dass die WEKO weitere Beweismittel erhoben hat. Dies, weil sich die WEKO in diesem Fall eine andere als die vom Sekretariat vorgenommene wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Auswirkung vorbehielt und diese Beurteilung zusätzliche Sachverhaltsabklärungen erforderte. Aufgrund dieser weiteren Sachverhaltsermittlungen stellte sich unter anderem heraus, dass bei diesem Fall bei der relevanten ersten, abgebrochenen Ausschreibung nebst [Partei R] auch [Partei S] sowie [Partei T] involviert sind. Den betroffenen Parteien wurde Gelegenheit gegeben, sich zu den zusätzlich erhobenen Beweismitteln zu äussern.⁵⁴⁴ Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Auswirkungen erfolgt an späterer Stelle, worauf verwiesen sei.

A. Ausschreibung

737. [Ein öffentlicher Auftraggeber] schrieb [Arbeiten] aus. Es wurde ein Einladungsverfahren durchgeführt und [x] Unternehmen zur Offerteingabe eingeladen. Das Verfahren wurde von der Bauherrschaft allerdings abgebrochen, ein Zuschlag wurde nicht erteilt und das Projekt [1-3 Jahre später] neu ausgeschrieben. [...]

⁵⁴⁴ Siehe Rz 65 ff., insbesondere Rz 67.

[x-1 der x bei der zweiten Ausschreibung] eingeladenen Unternehmen waren auch schon bei der ersten Ausschreibung eingeladen. [...]

B. Beweismittel vor Versand des Antrags

738. [...]

C. Beweiswürdigung vor Versand des Antrags

739. [...] beweist demnach, dass es bei vorliegendem Projekt zwischen den verschiedenen Anbietenden zu einer Vereinbarung bezüglich Schutzgewährung gekommen ist. Bewiesen ist allerdings, dass dieses Ausschreibungsverfahren seitens der Bauherrschaft abgebrochen und das Projekt neu ausgeschrieben wurde. Dies, weil gemäss Angabe [der Partei R] nach Ansicht der Bauherrschaft die eingegebenen Preise zu hoch waren.

D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel

740.–742. [...]

743. [Beschaffungsstelle] führte [...] aus, [...]. [...] Bei [diesem Projekt] sei der Kostenvoranschlag CHF [100%] gewesen. Die günstigste Offerte sei CHF [133%] gewesen, bei der zweiten Ausschreibung desselben Projekts CHF [75%], [...]. [...] Offenbar habe es zu dem Zeitpunkt eine gute Auslastung der Unternehmen gegeben. [...]. [...], dass gewisse Unterschiede normal seien. [...] Dass so grosse Unterschiede bestünden, sei eigentlich nicht üblich. [...] Ob es oft vorkomme, dass Submissionen abgebrochen würden, beantwortete [...] mit nein, [...].⁵⁴⁵

744. [...] Der [...] Vertreter von [der Partei S] führte am Parteiverhör aus, sie würden keine Preisabsprachen machen. [...] Der [...] Vertreter von [Partei S] führte aus, auch die Eingabe von [der Partei T] beim Fall [...] könne als Tiefstpreis bezeichnet werden. Diese allgemein zweite tiefe Eingabe sei sicher auch auf die leeren Auftragsbücher [im Winter] zurückzuführen. Manchmal gebe man ein, damit man im Markt dabei bleibe und der Nachfrager auch für eine folgende Submission einlade. Manchmal könne man aus Kapazitätsgründen einen Auftrag nicht ausführen und gebe aber aus den vorerwähnten Gründen trotzdem ein. [...]

745. [...]

Zu Fall [...] führt [der Rechtsvertreter der Partei T] aus, [...]. Die Submission sei abgebrochen worden, weil die Angebote mindestens ein Drittel höher gelegen seien als der Kostenvoranschlag. Nicht bekannt sei, wie [die Beschaffungsstelle] auf den Kostenvoranschlag gekommen sei. Daher könne nicht überprüft werden, ob es sich dabei um einen realistischen Marktpreis handle. Daraus, dass im [Winter] viel tiefere Angebote eingereicht worden seien, könne man dies nicht ableiten. [...] Auch aus einem anderen Grund sei eine Absprache unwahrscheinlich. Unternehmer hätten immer sehr knapp kalkulieren müssen, um eine Chance auf den Zuschlag zu haben. Es wäre wirklichkeitsfremd, anzunehmen, dass man versucht hätte, mittels Absprachen einen gegenüber dem vermeintlichen Marktpreis um [einen Drittel] höheren Preis zu erzielen. Der Grund, weshalb [Partei T] bei der zweiten Ausschreibung das tiefste Angebot eingereicht habe, habe darin gelegen, dass ihre Auftragslage in diesem Zeitpunkt sehr schlecht gewesen sei. So sei es verständlich, dass man u.U. sogar unter den Kosten anbiete, nur um einen Fixkostenanteil zu decken. [...] Es wäre auch nicht erklärbar, wieso die angeblich geschützte Gesellschaft eine gegenüber dem Zweiten um [5-10%] tiefere Offerte eingegeben und sozuzsagen CHF [...] verschenkt hätte, wenn sie sich schon auf Schutzofferten hätte verlassen dürfen.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ Vgl. act. [...].

⁵⁴⁶ Act. [...].

746. Der Vertreter von [Partei T] führte am Parteiverhör auf die Frage bezüglich Fall [...], ob ein solch massiver Unterschied zwischen erster und zweiter Offerte üblich sei, aus, er rechne im Jahr 300 Offerten. Im [...] sei das Haus wirklich voll gewesen, da habe er einfach durchgerechnet, Preise eingesetzt, ohne die Pläne anzuschauen oder sich weitergehend damit zu beschäftigen. Er habe die Installation etwas angehoben, um zurechtzukommen. [...] hätten sie eine wirklich schlechte Auftragslage gehabt und er habe deswegen die Offerte auseinandergenommen. Da habe er diverse Dinge gefunden, [...]. Sie hätten da durchwegs Preise gemacht, die an die Grenze gegangen seien. Die sechs besonders erörterten Positionen seien offensichtliche Sachen gewesen. Immer ginge das nicht, sonst wären sie Konkurs. Aber im Winter komme dies manchmal vor. [...] Auf dem Markt gebe es Unterschiede von 20–30 %. [...] Es komme darauf an, wie tief man in die Offerte hineingehe. [...] Auf die Frage, früher sei das Baugewerbe für Absprachen bekannt gewesen, ob er solchen begegnet sei, führte der Vertreter von [Partei T] aus, er sei seit [nach 2004] bei [Partei T]. Er wisse, dass so etwas stattgefunden habe, doch sei schon sein Vorgänger dagegen gewesen. Sie seien deshalb auch geschnitten worden. [...] Mit ihnen hätten keine Absprachen stattgefunden. [...]

747. Zu diesen neu erhobenen Beweismitteln führt [Partei S] aus, im Antrag des Sekretariats sei [Partei S] bisher nicht als Teilnehmerin an einer Abrede genannt worden. Nur weil in den mittlerweile beschafften Offertöffnungsprotokollen [sie] als Submittent erscheine, solle [sie] nun der Teilnahme an einer Absprache bezichtigt werden, was nicht angehe. [...] Die verantwortlichen Mitarbeiter seitens [Partei S] hätten klar ausgesagt, dass keine Absprachen getroffen worden seien. [Sie] bestreite, im Fall [...] an einer Absprache beteiligt gewesen zu sein. Gegen eine Absprache spreche auch, dass [Partei S und Partei R] praktisch die gleiche Summe eingegeben haben. Die erste Ausschreibung vom [...] sei abgebrochen worden, weil die eingegangenen Offerten über dem Kostenvoranschlag gelegen seien. Dass eine Abweichung vom Kostenvoranschlag für sich alleine kein Indiz für eine Absprache sei, habe die REKO/WEF bereits klargestellt. Selbst wenn in der ersten Ausschreibung [...] Absprachen getroffen worden wären, wäre nicht einzusehen, wie diese den Wettbewerb beeinträchtigt bzw. beseitigt hätten. Das Verfahren sei abgebrochen und [...] neu ausgeschrieben worden. Mangels Vergabe könne auch keine Wettbewerbsbeeinträchtigung gegeben sein, insbesondere wenn man in Betracht ziehe, dass die zweite Ausschreibung zu wesentlich günstigeren Preisen geführt habe. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass bei der [zweiten Ausschreibung] Absprachen getroffen worden seien. Die bei der ersten Ausschreibung angeblich geschützte Gesellschaft habe nun das [...] Angebot gemacht. Auch der Kreis der Submittentinnen habe sich verändert. Wäre aber die erste Ausschreibung abgesprochen gewesen, hätte man sich auch bei der zweiten abgesprochen. Dies sei aber nicht der Fall gewesen. Die bei der zweiten Ausschreibung billigste Gesellschaft sei bei der ersten Ausschreibung die [...] gewesen. Eine neue Absprache bei der zweiten Ausschreibung hätte jedoch zu einer Eintragung in der „Absprachenliste“ führen müssen, wenn man dieser glauben wolle. Dies sei jedoch nicht geschehen, was einmal mehr die Unglaubwürdigkeit dieser Liste zeige. Hätte bei der ersten Ausschreibung eine Absprache stattgefunden, hätte diese auch bei der zweiten eingehalten werden müssen oder aber es hätte ein neuer Eintrag in der „Absprachenliste“ erfolgen müssen, keines von beidem sei jedoch geschehen. Die Differenz des Angebotsniveaus aller Submittentinnen zwischen erster und zweiter Ausschreibung sei plausibel und übereinstimmend mit der schlechteren Auslastung [im Winter im Vergleich zum Sommer] erklärt worden. [...] Ohne genauen und detaillierten Vergleich sämtlicher Positionen der zwei Ausschreibungen, der jeweiligen Offerten und des ursprünglichen Kostenvoranschlags könne ohnehin nicht auf ein Indiz für eine Absprache geschlossen werden.⁵⁴⁷

748. [...]

E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

⁵⁴⁷ Act. [...].

749. [...] Entgegen der Ansicht von [Partei T] spricht die Differenz zwischen der Offerte des Erst- und des Zweitplatzierten und der damit „verschenkte“ Betrag keineswegs gegen eine Absprache. In der Praxis ist es nicht so, dass zunächst der Betrag der zweitplatzierten (Stütz)Offerte abgesprochen würde und alsdann die Höhe der geschützten Offerte; es läuft umgekehrt. Zunächst (oder zuweilen sogar auch einzig) wird die Höhe der geschützten Offerte vereinbart, die Höhe der Stützofferten dann in einem zweiten Schritt und bloss ungefähr. Mit einer nicht unwesentlichen Differenz zwischen erst- und zweitplatzierte Offerte soll ja gerade sichergestellt werden, dass auch wirklich die geschützte Gesellschaft den Zuschlag erhält. Es ist sogar umgekehrt so, dass gerade eine vergleichsweise höhere Differenz zwischen erst- und zweitplatzierte Offerte als zwischen den verlierenden Offerten untereinander für das Vorliegen einer Absprache spricht. Die Argumentation von [Partei S], wonach eine Absprache in der ersten Ausschreibung zwangsläufig dazu geführt haben müsste, dass auch die zweite, [1-3] Jahre später erfolgte Ausschreibung abgesprochen wurde, ist nicht überzeugend. Die Absprachen wurden in vorliegender Untersuchung situativ, abhängig von den momentanen Bedürfnissen und Interessen getroffen. Dass die Ausgangslage eineinhalb Jahre später eine andere ist, ist evident. Es kann daher ohne Weiteres im einen Fall eine Absprache vorgelegen haben, im anderen nicht. Ebenfalls nicht gegen eine Absprache spricht, dass die Offerte von [Partei R] und [Partei S] nahezu gleich hoch sind. Wesentlich ist vielmehr, dass diese beiden Offerten gegenüber der geschützten Offerte eine Differenz aufweisen, was sie denn auch beide tun.

750.–751. [...]

752. Aufgrund der vorhandenen Beweismittel und deren Würdigung wie hiavor ausgeführt, ist für die WEKO daher bewiesen, dass in vorliegendem Fall [Partei T] und [Partei S] (ebenso wie die weiteren eingebenden Submittenten) an der Absprache beteiligt waren und diese auch einhielten, indem sie eine Stützofferte abgaben. Gegen die dergestaltige Verwirklichung des Sachverhalts sprechen bloss theoretische – und als solche immer mögliche – Zweifel, welche jedoch nicht entscheidend sind und das Beweisergebnis nicht zu erschüttern vermögen. Als weiteres Indiz für das Vorliegen einer Abrede und der Beteiligung daran durch alle eingebenden Submittenten spricht im Übrigen auch die ins Auge stechende Abweichung vom Kostenvoranschlag.

753. [...]

754. Bewiesen ist aufgrund der diesbezüglich eindeutigen Unterlagen der Bauherrschaft [...] sodann, dass das Verfahren wegen den zu hohen Preisen abgebrochen wurde. Einen anderen Grund, wie etwa Budgetrestriktionen, hatte der Verfahrensabbruch nicht. Der fachkundige Zeuge hielt dazu fest, dass [dieser Fall einer der] beiden einzigen ihm bekannten Ausschreibungen [sei], die wegen zu hoher Preise abgebrochen worden sind. Es mag zwar sein, dass der von unten gerechnet nahezu 100 % ausmachende Preisunterschied zwischen der ersten und zweiten Ausschreibung zu einem gewissen Teil auf die unterschiedliche Auslastung [1-3] Jahre später zurückzuführen ist, wie dies insbesondere die mit Beispielen unterlegten Ausführungen von [Partei T] belegen. Ein gewisser Anteil der Preisdifferenz ist aber schlicht und einfach auch auf die in der ersten Ausschreibung erfolgte Absprache zurückzuführen. Die Abredeteilnehmer scheinen es hier letztlich mit der Höhe der einkalkulierten Kartellrente übertrieben und unrealistische Preise eingegeben zu haben. Dafür, dass die Preise deutlich überhöht waren, spricht auch, dass die Bauherrschaft zum letzten Mittel griff und die Vergabe wegen der zu hohen Preise abgebrochen hat, was nur in absoluten Ausnahmefällen geschieht.

755. Dafür, dass in der zweiten Ausschreibung, welche letztlich zu einer Zuschlagserteilung führte, ebenfalls eine Absprache vorlag, bestehen keine Anhaltspunkte. Es braucht daher nicht weiter auf diese zweite Ausschreibung eingegangen zu werden. An späterer Stelle wird noch zu behandeln sein, wie die Wirkungen der Abrede in der ersten, allerdings abgebrochenen Ausschreibung in wettbewerbsrechtlicher Sicht zu würdigen sind.

B.6.3.5.23 Fall [...]

756.–781. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

B.6.3.5.24 Fall [...]

782.–786. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

C. Beweiswürdigung vor Versand des Antrags

787.–789. [...]

790. Soweit die Zuschlagserteilung betreffend liegen hier ausnahmsweise keine objektiven Beweismittel vor. [Partei R] gibt an, [Partei Q] habe den Zuschlag für dieses Projekt erhalten. [Partei Q] beantwortet diese Frage demgegenüber mit „wahrsch. [Partei Q]“. Gemäss Art. 962 Abs. 1 OR sind unter anderem von Aktiengesellschaften (wie [Partei Q] eine ist) die Geschäftsbücher, die Buchungsbelege sowie die Geschäftskorrespondenz während zehn Jahren aufzubewahren. Folgedessen ist es [Partei Q] durch Konsultation der entsprechenden Unterlagen des Jahres [...] (insbesondere durch Betrachtung der erfolgten Zahlungseingänge) ohne Weiteres möglich, mit Gewissheit festzustellen, ob sie bezüglich eines bestimmten Projekts den Zuschlag erhielt und in der Folge das Projekt ausführte oder nicht. Sie kann dies mit Hilfe der entsprechenden Buchhaltungsunterlagen auch gegenüber den Wettbewerbsbehörden dokumentieren. Dahingehende Abklärungen in ihren Buchhaltungsunterlagen hat [Partei Q] allerdings – jedenfalls soweit das Jahr [...] betreffend – nicht vorgenommen. Dies zeigt die vorliegende vage Antwort – hätte [Partei Q] ihre Buchhaltungsunterlagen konsultiert, könnte sie aber mit Sicherheit sagen, ob sie damals den Zuschlag erhalten hatte oder nicht. [Partei Q] ist somit ihren Mitwirkungspflichten (Art. 40 KG; vgl. auch Art. 13 VwVG i.V.m. Art. 39 KG) nicht, jedenfalls nicht vollumfänglich, nachgekommen, obwohl dies notwendig und zumutbar war. Im Rahmen der (freien) Beweiswürdigung kann ein solch ungenügendes Nachkommen ihrer Mitwirkungspflichten durch eine Partei zum Nachteil⁵⁴⁸ ebendieser nicht (oder zumindest in diesem Punkt nicht) kooperativen Partei berücksichtigt werden.⁵⁴⁹ Entsprechend ist hier zum Nachteil der ihren Mitwirkungspflichten nicht (jedenfalls nicht genügend) nachkommenden [Partei Q] als erstellt zu erachten, dass [Partei Q] den Zuschlag für dieses Projekt erhielt. Im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats wird [Partei Q] Gelegenheit haben, ihren Mitwirkungspflichten doch noch nachzukommen, was seitens der WEKO entsprechend zu würdigen wäre und allenfalls zu einem anderen Beweisergebnis führen könnte.

791. Bezüglich des Auftragsvolumens des effektiv erteilten Auftrags gilt Vergleichbares wie bezüglich der Zuschlagserteilung. [Partei Q] hält einzig fest, es seien bei ihr bezüglich der Höhe der von ihr eingegebenen Offerte keine Unterlagen mehr vorhanden. Diese Angabe ist umso erstaunlicher, als [Partei Q] doch gleichzeitig angibt, für vorliegendes Projekt wahrscheinlich den Zuschlag erhalten zu haben. Dies zeigt, dass [Partei Q] diesbezügliche Abklärungen in ihren Buchhaltungsunterlagen⁵⁵⁰ – jedenfalls soweit das Jahr [...] betreffend – nicht vorgenommen hat. Zumindest im Falle des Zuschlags an [Partei Q] wäre es ihr ohne Weiteres möglich, das effektive Auftragsvolumen aus ihrer Buchhaltung zu ermitteln und auch gegenüber den Wettbewerbsbehörden zu dokumentieren. Die Selbstanzeigerin

⁵⁴⁸ Siehe für einen (allerdings das Steuerrecht betreffenden) Überblick über die vertretenen Ansichten bezüglich des Charakters dieses Nachteils das Urteil des BVGer A-1501/2006 vom 6.11.2008, E. 5.2.

⁵⁴⁹ Siehe etwa GILLES BENEDICK, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, AJP 2011, 169–180, 171 m.w.H. in Fn 28 f.; ferner, wenn auch primär bezogen auf das Bankenrecht, MARK-OLIVER BAUMGARTEN/PETER BURCKHARDT/ALEXANDER ROESCH, Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren, AJP 2006, 169–180, 177.

⁵⁵⁰ Siehe dazu die vorangehende Rz.

führt nun glaubhaft aus, die Abweichung zwischen Stützofferten und geschützter Offerte müsse im Regelfall 3 % betragen, damit die geschützte Offerte den Zuschlag erhalte.⁵⁵¹ Dieser Erfahrungswert ist entsprechend auf vorliegendes Projekt anzuwenden. Es ist daher davon auszugehen, dass der Eingabebetrag von [Partei Q] resp. das Auftragsvolumen 3 % tiefer war als die Höhe der Stützofferte der Selbstanzeigerin und sich somit auf (gerundet) CHF [...] belief. Ebenso wie bezüglich der Zuschlagserteilung wird [Partei Q] auch hierzu im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats Gelegenheit haben, ihren Mitwirkungspflichten doch noch nachzukommen, was seitens der WEKO entsprechend zu würdigen wäre und allenfalls zu einem anderen Beweisergebnis führen könnte.

D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel

792. [Partei Q] führt in ihrer Stellungnahme aus, [sie] habe diesen Auftrag nicht erhalten. Hierzu reicht [Partei Q] eine Bestätigung ihrer Revisionsstelle ein. Ob [sie] überhaupt eine Offerte eingegeben habe, könne nicht mehr nachvollzogen werden, da nicht erfolgreiche Offerten nicht aufbewahrt würden. [...].

793.–795. [...]

E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

796. [Partei Q] ist im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag ihrer Mitwirkungspflicht nunmehr nachgekommen. Entgegen ihrer Ansicht tat sie dies bei Beantwortung des Fragebogens noch nicht. Es kann zur Begründung auf die diesbezüglichen Ausführungen bei Fall [...] verwiesen werden.⁵⁵² Wie dem auch sei, wesentlich ist nunmehr einzig, dass aufgrund der neuen Beweismittel fest steht, dass [Partei Q] den Zuschlag bei diesem Projekt nicht erhielt.

797.–800. [...]

B.6.3.5.25 Fall [...]

801. Vorab und teilweise auch schon die nachfolgenden Erwägungen vorwegnehmend sei festgehalten, dass vorliegend die Eingabefrist am [vor Juni 2004] ablief. Die fragliche Abrede wurde wesensgemäss vor Ablauf dieser Frist getroffen und auch umgesetzt, wobei der Fax von [einer Partei] an [eine andere Partei], mit welchem Erstere Zweiterer ihre Offerten zukommen liess, vom [vor Juni 2004] ist. In Anbetracht dieser zeitlichen Gegebenheiten kann der vorliegende Fall nicht mehr sanktioniert werden. Dies aufgrund von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG, wonach eine Sanktionsmöglichkeit entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Untersuchungseröffnung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Zwischen dem Datum der Eingabefrist ([vor Juni 2004]), bis zu welchem faktisch Wettbewerb bestehen kann, und der Untersuchungseröffnung (8. Juni 2009) liegen mehr als fünf Jahre, weshalb gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG eine Sanktionsmöglichkeit für diesen einen Fall entfällt.

802.–817. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

⁵⁵¹ Siehe act. [...].

⁵⁵² Siehe Rz [...]. [Auszug aus der entsprechenden Rz: „Mit ihrer Angabe, keine Unterlagen mehr zu diesem Fall zu haben, hat sie nämlich nicht automatisch auch gesagt, den Zuschlag nicht erhalten zu haben, wie sie dies nun geltend macht.“].

B.6.3.6 Fazit: Das Vorliegen von etlichen Wettbewerbsabreden ist damit bewiesen

818. In all den vorgenannten Fällen – mit Ausnahme der aussergewöhnlichen Konstellation bei Fall [...] ⁵⁵³ – ist nach dem Gesagten das Vorliegen von Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG bewiesen. Mitunter erhielt allerdings eine andere Baugesellschaft als die Geschützte den Zuschlag und mitunter wurde sogar die Submission abgebrochen und neu ausgeschrieben; diese und andere Besonderheiten werden bei der nachfolgenden wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Auswirkungen der Abreden zu berücksichtigen sein – am Vorliegen von Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ändern sie nichts.

B.6.4 Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

B.6.4.1 Eine Beseitigung wird vorliegend gemäss Art. 5 Abs. 3 KG vermutet

819. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Vermutungsfolge) bei folgenden Wettbewerbsabreden (Vermutungsbasis) vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, wie dies vorliegend der Fall ist ⁵⁵⁴:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

820. Gegenstand der zuvor dargestellten Wettbewerbsabreden ist die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung der Aufträge und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination, anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabsprachen. ⁵⁵⁵ Solche Submissionsabsprachen sind gemäss Praxis der WEKO, ⁵⁵⁶ Rechtsprechung ⁵⁵⁷ und Lehre ⁵⁵⁸ sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren. Dementsprechend greift vorliegend die Vermutungsfolge und es ist die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten.

821. Im Folgenden gilt es zu untersuchen, ob sich diese Vermutungsfolge widerlegen oder ob sie sich als zutreffend beweisen lässt. Die Beweisführungslast dafür liegt bei den Wettbewerbsbehörden, da im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt. Immerhin trifft die Parteien eine Mitwirkungspflicht. ⁵⁵⁹ Zu präzisieren bleibt allerdings, dass wenn weder die Nichtbeseitigung wirksamen Wettbewerbs noch dessen Beseitigung bewiesen ist, aufgrund der Vermutung eben von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen ist. Damit wird nur, aber immerhin, die objektive Beweislast geregelt, also die Frage nach den Folgen im Falle der Beweislosigkeit.

⁵⁵³ Siehe Rz 665 ff.

⁵⁵⁴ Siehe dazu Rz 184.

⁵⁵⁵ Statt anderer etwa MACI (Fn 8), 412: „In most cases therefore a bid-rigging cartel concerns price fixing, market sharing or is a combination of elements from both these infringements.“

⁵⁵⁶ RPW 2012/2, 393 Rz 998, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2009/3, 209 Rz 87, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁵⁵⁷ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 380 f. E. 7 und 8, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

⁵⁵⁸ CHRIST (Fn 404), Rz 346. Im Ergebnis vergleichbar auch PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 380 und 428, die allerdings eine Vereinbarung über „die Zuweisung von Bauherren“ unter Bst. b von Art. 5 Abs. 3 KG und nicht wie hier unter Bst. c subsumieren.

⁵⁵⁹ Siehe dazu auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

B.6.4.2 Grösstenteils keine Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

822. Um beurteilen zu können, ob trotz der Abreden der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt wurde, sind zunächst die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich, relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die Abreden auswirken (nachfolgend B.6.4.2.1). In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz dem Vorliegen von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle und potentielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag (nachfolgend B.6.4.2.2). Gegebenenfalls ist bei Widerlegung der Vermutung anschliessend zu prüfen, ob der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist (nachfolgend B.6.5).

B.6.4.2.1 Marktabgrenzung

i) Marktgegenseite

823. Bei der Marktabgrenzung ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind. Die Marktgegenseite der Bauunternehmer sind die Bauherren (in der Regel handelt es sich dabei um öffentliche Auftraggeber, zuweilen sind es aber auch Privatpersonen), welche die jeweiligen Bauleistungen nachfragen.⁵⁶⁰ Welches die konkreten Bauarbeiten sind, die im Einzelfall für die Bestimmung der relevanten Marktgegenseite massgebend sind, hängt insbesondere vom Gegenstand der jeweiligen getroffenen Wettbewerbsabrede(n) ab.

ii) Sachlich relevanter Markt

824. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen⁵⁶¹ ist hier anerkanntermassen⁵⁶² analog anzuwenden).

825. Auf abstrakter Ebene gesehen fragen Bauherren generell das Erstellen von Bauwerken und damit Bauleistungen nach. Je nach Bauwerk bzw. Anforderungen, die dessen Errichtung stellt, sind dabei unterschiedliche Bautätigkeiten resp. ein Bündel hiervon gefragt. Geht es beispielsweise um den Bau eines Schulgebäudes, sind Bauleistungen, die von einem auf Strassenbau spezialisierten und mit entsprechenden Maschinen ausgerüsteten Bauunternehmen erbracht werden können, für den Bauherrn keine valable Option. Auf dieser abstrakten Stufe lassen sich dementsprechend verschiedene Sparten von Bauleistungen, z.B. Hoch-, Tief- und Strassenbau, unterscheiden, welche sich auch noch feiner unterteilen liessen, was hier – wie sich sogleich zeigen wird – jedoch offen bleiben kann.

826. Bei der Marktabgrenzung ist naturgemäss der konkrete Sachverhalt zu berücksichtigen.⁵⁶³ So gilt es vorliegend etwa den Rahmen, der durch das öffentliche Beschaffungswesen.

⁵⁶⁰ So etwa bereits Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Implemia (Ticino) SA/WEKO*; ferner etwa RPW 2009/4, 342 Rz 24 Bst. a, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

⁵⁶¹ VKU; SR 251.4.

⁵⁶² Exemplarisch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Implemia (Ticino) SA/WEKO*.

⁵⁶³ Dahingehend bereits Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 554, Ziff. 231.

sen geschaffen wird,⁵⁶⁴ nicht ausser Acht zu lassen. Die öffentlichen Auftraggeber, um welche es bei den untersuchten Projekten weit überwiegend geht, sind an die vergaberechtlichen Vorschriften gebunden. Hat eine Ausschreibung erst einmal begonnen, kann sie von der öffentlichen Hand nur unter sehr restriktiven Bedingungen ohne Zuschlagserteilung beendet, also abgebrochen, werden. Die Zuschlagserteilung begründet zwar keinen eigentlichen Kontrahierungszwang für das Gemeinwesen, den Vertrag alsdann auch abzuschliessen, sie zwingt das Gemeinwesen aber dazu, den Vertrag wenn, dann mit der Zuschlagsempfängerin (und nicht mit jemand anderem) abzuschliessen.⁵⁶⁵ Da Ausschreibungen nicht ihrer selbst Willen gemacht werden, sondern erfolgen, um Bedürfnisse des Gemeinwesens zu befriedigen, ist das Gemeinwesen regelmässig auch an einem Vertragsschluss interessiert. Ist erst einmal eine Ausschreibung lanciert, kommt es also grundsätzlich auch zu einer Zuschlagserteilung. Es erfolgt regelmässig auch ein Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Ein Ausweichen auf Bauleistungen weiterer, an der Submission nicht teilnehmender resp. hierzu nicht eingeladenen Bauunternehmen (oder solcher, die den Zuschlag nicht erhalten haben) ist dem Gemeinwesen nicht gestattet.

827. Kommt hinzu, dass Bauwerke nahezu immer Einzelanfertigungen sind. Dies gilt auch für Tiefbauarbeiten, da sich diese durch die lokale Topographie, die Grössenordnung, den Ausbaustandard, die damit verbundenen Aushub- und Rohrverlegungsarbeiten etc. unterscheiden. Die Submissionsgüter im Tiefbau sind demnach singuläre Güter, sodass ihr Wert nicht allgemein bekannt ist.⁵⁶⁶ Der Ausschreiber respektive potentielle Auftraggeber fragt eine seinen Wünschen entsprechende und mittels der Ausschreibungsunterlagen konkretisierte Arbeit im Bereich Tiefbau nach, womit er Art und Umfang der Nachfrage bestimmt.⁵⁶⁷ Ein Ausschreiber verhält sich anders als ein Konsument, der sich in einem bereits bestehenden Markt informiert und sich dann entscheidet.⁵⁶⁸ Vielmehr definiert der Ausschreiber seine Bedürfnisse in den Ausschreibungsunterlagen, und nur Offerten, die diese von ihm vorgegebenen Charakteristika erfüllen (inklusive allfälliger vom Ausschreiber als zulässig bezeichneter Varianten), sind für ihn austauschbar.

828. Dass Submissionsgüter im Tiefbau singuläre Güter sein sollen, deren Wert nicht allgemein bekannt ist, bezeichnen vier Parteien als unzutreffend, jedenfalls in dieser Allgemeinheit. Dem widerspreche die an späterer Stelle getroffene Feststellung, dass bei gewöhnlichen Tiefbauprojekten der Preis die überragende Rolle spiele. Es sei nicht untersucht worden, ob es sich bei den beurteilten Fällen um gewöhnliche Tiefbauprojekte mit standardisierten Gütern gehandelt habe, deren Wert eben doch allgemein bekannt ist. Tatsächlich sei es so, dass normale Strassen- und v.a. Belagsarbeiten standardisierte Leistungen mit einem allgemein bekannten Wert seien. So habe beispielsweise die Stadt Zürich einen offiziellen Katalog der Einheitspreise für Tief- bzw. Strassenbauleistungen und auch gewisse Bauunternehmen gäben den öffentlichen Auftraggebern eine Preisliste ab. Die Gemeinwesen hätten deshalb eine sehr gute Kenntnis der Preise einzelner Leistungen und das Einsetzen überhöhter Preise sei gar nicht möglich. Nehme man diese Sichtweise ein, könne man sich die Frage stellen, weshalb dann Preisabsprachen getroffen würden. Es gehe dabei um die Auslastung der Unternehmen, Mitarbeiter und Maschinen müssten beschäftigt werden. Der Arbeitsanfall sei saisonal zum Teil sehr unterschiedlich: Es gebe Phasen mit voller Auslastung, in welchen trotzdem v.a. in Einladungsverfahren Offerten abgegeben würden, um in Erinnerung zu bleiben. Wenn der Arbeitsvorrat aber knapp sei, werde die Kalkulation verschärft und dies führe zum Teil zu Angeboten unter den Vollkosten. Dann könne es auch zu Absprachen kommen, um sich Arbeiten tatsächlich zu sichern, was man als „Zuteilungs-

⁵⁶⁴ Siehe ausführlicher dazu Rz 142 ff.

⁵⁶⁵ Vgl. etwa BGE 129 I 410 E. 3.4.

⁵⁶⁶ CHRIST (Fn 404), Rz 40.

⁵⁶⁷ RPW 2009/3, 206 Rz 66 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁵⁶⁸ CHRIST (Fn 404), Rz 43, ferner Rz 298 ff.

absprachen“ bezeichnen könne. Es gehe also sicher nie darum, gegenüber dem Marktpreis einen überhöhten Preis verlangen zu können, wie dies Aussagen verschiedener Vertreter der Unternehmen auch direkt oder indirekt bestätigen würden.⁵⁶⁹

829. In der Tat trifft es zu, dass es sich bei „ganz gewöhnlichen“ Strassen- und v.a. Belagsarbeiten eher um Standardleistungen handelt, so lange keine projektspezifischen Besonderheiten vorliegen (wie beispielsweise bei gleichzeitiger Betroffenheit von Tramschienen und den erforderlichen Koordinationsarbeiten). Dass der Wert resp. die Preise der Arbeiten deshalb allgemein bekannt wären, trifft jedoch nicht zu, auch wenn die Gemeinwesen eine gute Vorstellung von den Einheitspreisen haben mögen. Zum einen sind etliche Positionen nicht in den Preislisten enthalten, wie etwa die Baustelleninstallation. Zum anderen hängt – wie die vier Parteien selber ausführen – der Preis wesentlich vom Interesse der Bauunternehmen an den Arbeiten ab, welches wiederum mit der momentanen Auslastung korreliert. So können die einzelnen Positionen mehr oder weniger scharf gerechnet werden, wie dies Fall [...] deutlich illustriert. Es ist demnach nicht so, dass für ein spezifisches Projekt ein im Voraus feststellbarer, allgemein bekannter Wert bestünde, vielmehr kann dieser nur, aber immerhin, innerhalb einer gewissen Bandbreite erwartet werden. Wäre der Wert resp. der Preis einheitlich und allgemein bekannt, liesse sich auch nicht erklären, weshalb die Preise der eingereichten Offerten jeweils differieren. Die WEKO hält daher an ihrer Feststellung fest, wonach der Wert der Arbeiten bei einzelnen Projekten, auch bei Strassen- und Belagsarbeiten, nicht allgemein bekannt ist.

830. Bei der Bestimmung des vorliegend wesentlichen sachlich relevanten Marktes spielt nun – insbesondere auch aufgrund der vorgenannten Besonderheiten – die in concreto betroffene Marktgegenseite eine entscheidende Rolle. Wer diese Marktgegenseite ist, hängt wiederum massgebend vom Gegenstand der getroffenen Wettbewerbsabrede(n) ab. In casu ist das Vorliegen von Wettbewerbsabreden bezüglich etlicher Submissionen bewiesen.⁵⁷⁰ Gegenstand dieser Abreden ist jeweils ein spezifisches Projekt. Die Substituierbarkeit ist entsprechend aus Sicht des jeweiligen Nachfragers des betroffenen Projekts zu prüfen. Dieser ist nach dem Gesagten die relevante Marktgegenseite. Für den jeweiligen Bauherrn ist das einzelne Bauwerk resp. das einzelne Ausschreibungsverfahren oder – noch genauer – sind die bezüglich eines konkreten Bauprojekts offerierten, die in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Charakteristika erfüllenden Bauleistungen nicht mit anderen Projekten resp. Bauleistungen substituierbar, da der Bauherr eben nicht ausweichen kann.⁵⁷¹

831. Daraus folgt, dass in casu jedes hiervor aufgeführte Projekt resp. die dazu offerierten, die vorgegebenen Charakteristika erfüllenden Bauleistungen, bezüglich welchem resp. welcher das Vorliegen einer Abrede bewiesen ist,⁵⁷² im Einklang mit der bisherigen, ebenfalls Einzelsubmissionsabreden betreffenden Praxis der WEKO⁵⁷³ und von Lehrmeinungen⁵⁷⁴ einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellt. Dass trotz Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Vorschriften die Marktabgrenzung bei einem anders gelagerten Sachverhalt, namentlich wenn sich das Bestehen einer umfassenderen Abrede beweisen liesse, anders ausfallen würde⁵⁷⁵ (insbesondere aufgrund der anderen, namentlich breiteren Marktge-

⁵⁶⁹ Siehe act.[...].

⁵⁷⁰ Siehe zusammenfassend Rz 818.

⁵⁷¹ Siehe dazu auch die beiden vorangehenden Rz.

⁵⁷² Siehe Rz 223 ff.

⁵⁷³ RPW 2012/2, 392 Rz 986, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2009/3, 206 Rz 69, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2009/4, 342 Rz 24, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*. Anders gelagert, namentlich eine umfassende Abrede betreffend, der Sachverhalt, welcher dem Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Implenja (Ticino) SA/ WEKO*, zu Grunde liegt.

⁵⁷⁴ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 558), Art. 5 KG N 128 m.w.H.

⁵⁷⁵ Illustrativ RPW 2008/1, 110 Rz 188 ff., *Strassenbeläge Tessin*.

genseite), wurde bereits in früheren Sanktionsfällen angetönt,⁵⁷⁶ braucht aber mangels Relevanz für diese Untersuchung nicht im Einzelnen ausgeführt zu werden.

832. Während eine Partei festhält, die Marktabgrenzung entspreche der bisherigen Praxis der WEKO und der Rechtsprechung der REKO/WEF,⁵⁷⁷ ist eine andere der Ansicht, es sei zumindest zweifelhaft, ob der Markt in sachlicher Hinsicht auf die einzelnen Ausschreibungen abgegrenzt werden könne. Bauherren schrieben oft mehrere gleichartige Projekte gleichzeitig resp. in mehr oder weniger kurzen Abständen aus. Zudem existierten auf Nachfrageseite eine Vielzahl von Ausschreibern, welche parallel diverse Bauleistungen nachfragen würden. Diese Vielzahl von parallelen Ausschreibungen führe dazu, dass letztlich nicht jede Ausschreibung einzeln und separat betrachtet werden könne. Dies hätten die Wettbewerbsbehörden in einem anderen Verfahren denn auch festgehalten. Es sei nicht angezeigt, wenn Beschaffungsmärkte einmal eng und einmal breit abgegrenzt würden. Der sachlich relevante Markt umfasse sämtliche Tiefbauarbeiten, ungeachtet der einzelnen Ausschreibung.⁵⁷⁸

833. Die WEKO ist sich durchaus bewusst, dass häufig eine Vielzahl mehrerer paralleler Ausschreibungen besteht. Dies ändert jedoch am Ergebnis in vorliegender Untersuchung nichts, denn mit dieser Argumentation wird der Blickwinkel geändert. Anstatt auf die Substituierbarkeit aus Sicht der massgeblichen Marktgegenseite, der Bauherrschaft, zu fokussieren, wird nun die Substituierbarkeit aus Sicht der Bauunternehmen in den Mittelpunkt gerückt. Es mag sein, dass es für ein Bauunternehmen einerlei ist, ob es dieses oder aber jenes Projekt ausführt. Für die in casu relevante Marktgegenseite, die beschaffende Stelle, ist aber das eine Projekt nicht mit dem anderen austauschbar. Die WEKO hält daher an der von ihr vorgenommenen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes in dieser Untersuchung fest. Dass in anderen Fällen – je nach konkreter Sach- und Ausgangslage – jedoch eine andere, namentlich eine weitere Marktabgrenzung angezeigt und angebracht ist, soll damit aber keineswegs ausgeschlossen werden.

iii) Räumlich relevanter Markt

834. Räumlich umfasst der relevante Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog). Ausgangspunkt sind vorliegend – entsprechend den vorangegangenen Ausführungen, die hier mutatis mutandis ebenfalls zutreffen – wiederum die konkreten, von den hier bewiesenen Einzelsubmissionsabreden betroffenen Projekte resp. als massgebliche Marktgegenseite deren jeweilige Nachfrager.

835. Die Bauherren schreiben die Ausführung konkreter Bauprojekte aus. Bauwerke sind naturgemäss ortsgebunden und stationär; der Bauherr verlangt deren Errichtung an einem bestimmten Ort. Wo die Anbietenden herkommen, ist für den Bauherrn – auf den ersten Blick – eigentlich irrelevant. Doch besteht im Tiefbau, wie in der Baubranche allgemein, aufgrund der hohen Transportkosten ein gewisser Distanzschutz; die zunehmende Distanz einer Unternehmung vom Ausführungsort führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags. Hinzu kommt die generelle Tendenz der Auftraggeber, ihnen bekannte, demnach meist ortsansässige respektive ortskundige, und damit in der Regel regional tätige Unternehmen zu favorisieren.⁵⁷⁹

⁵⁷⁶ Ausdrücklich RPW 2009/3, 206 Rz 66, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; implizit RPW 2012/2, 389 Rz 960 und 964 sowie 392 Rz 992, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁵⁷⁷ Act. [...].

⁵⁷⁸ Act. [...].

⁵⁷⁹ RPW 2009/3, 206 Rz 70 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

836. Die Grösse des Einzugsgebietes hängt auch vom konkreten von der Einzelsubmissionsabrede betroffenen Projekt, dessen Grösse und der betroffenen Arbeiten ab. Dies würde an sich heissen, dass bezüglich eines jeden Projekts ein Radius um den Standort des Projekts auszuloten wäre, innerhalb dessen eine Leistungserbringung wirtschaftlich noch möglich ist. Aus Praktikabilitätsgründen, aber auch, weil die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes vorliegend im Ergebnis ohnehin nicht ausschlaggebend ist, rechtfertigt sich allerdings eine schematischere Beurteilung des örtlich relevanten Marktes.

837. In Bezug auf die zuvor aufgeführten Projekte ist davon auszugehen, dass sich der räumlich relevante Markt jeweils über die Fläche mehrerer Gemeinden erstreckt, maximal aber in etwa die Fläche des Kantons Zürich ausmacht. Zu beachten ist dabei, dass das Einzugsgebiet bei Auftraggebern, die die Errichtung von Bauwerken in der Nähe zu anderen Kantonen nachfragen, nicht etwa an den Kantonsgrenzen Halt macht, sondern diese überschreiten kann. Das massgebliche Einzugsgebiet wird dadurch aber insgesamt nicht grösser, sondern verschiebt sich bloss auch über die Kantonsgrenzen hinweg.

838. Anzumerken bleibt, dass bei Aufträgen der öffentlichen Hand das Beschaffungsrecht weitgehend den Vergabeprozess bestimmt und damit auch den Markt räumlich bis zu einem gewissen Grad festlegt⁵⁸⁰ und begrenzt⁵⁸¹. Vor allem die Vorschriften bezüglich Einladungsverfahren führen zu einer Beschränkung der potentiell Anbietenden, die unabhängig vom durch die hohen Transportkosten bewirkten Distanzschutz und damit losgelöst vom Einzugsgebiet besteht.

839. Zusammenfassend entspricht vorliegend der räumlich relevante Markt hinsichtlich einem jeden von einer Einzelsubmissionsabrede betroffenen Projekt demnach maximal in etwa der Fläche des Kantons Zürich.

840. Eine Partei bringt vor, es erscheine fraglich, wenn der Markt lokal abgegrenzt werde anstatt überregional oder national, zumal sich Ausschreibungen auch an überregional resp. ausserkantonale tätige Unternehmen richten würden.⁵⁸² Bei dieser Argumentation unterstellt die Partei die von ihr vorgenommene Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes. Da die WEKO aber an der von ihr vorgenommenen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes festhält,⁵⁸³ erübrigt sich eine Vertiefung der Folgefrage, wie der räumlich relevante Markt bei einer anderen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes vorzunehmen wäre.

iv) Zeitlich relevanter Markt

841. Eine Marktabgrenzung in zeitlicher Hinsicht spielt insbesondere dann eine Rolle, wenn bestimmte Märkte nur für eine befristete Dauer bestehen. Dies ist bei Submissionsmärkten der Fall, wenn – wie hier – Einzelsubmissionsabreden bewiesen sind, nicht aber eine umfassendere Abrede.⁵⁸⁴

842. Der Wettbewerb beginnt bezüglich einem einzelnen Projekt mit der Ausschreibung und endet formell mit dem Vertragsschluss. Der tatsächliche Wettbewerb spielt sich aber lediglich bis zum spätestmöglichen Zeitpunkt der Eingabe der Offerten ab, also bis zum Ablauf der Eingabefrist. Unternehmen, die sich daran nicht beteiligen, also nicht vor Ab-

⁵⁸⁰ Vgl. die detaillierte Regelung in BöB, VöB sowie im kantonalen Recht (Fn 3). Gemäss CHRIST (Fn 404), Rz 306, hat beispielsweise bereits die Wahl des Publikationsmediums über dessen Streubereich, Sprache etc. eine Auswirkung auf die zu erwartenden Offerten.

⁵⁸¹ RPW 2009/3, 207 Rz 71 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁵⁸² Act. [...].

⁵⁸³ Siehe dazu Rz 832 f. hiervor.

⁵⁸⁴ Etwa JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 5 KG N 16; ferner BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 558), Art. 5 KG N 146.

lauf der Eingabefrist eine Offerte einreichen, werden daher auch nicht (jedenfalls nicht als aktuelle Konkurrenten) in den Markt einbezogen. Angebot und Nachfrage können sich nur in dieser kurzen Zeit treffen.⁵⁸⁵

B.6.4.2.2 Verbleibender Aussen- sowie Innen- und Restwettbewerb

843. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer – aktueller und potentieller⁵⁸⁶ – Aussen⁵⁸⁷ oder Innenwettbewerb⁵⁸⁸ auf dem zuvor abgegrenzten relevanten Markt besteht.

i) Aussenwettbewerb

844. Für die Prüfung der Intensität allfällig bestehenden Aussenwettbewerbs kann vorab auf die Marktabgrenzung unter B.6.4.2.1 verwiesen werden. Es gilt im Folgenden zu prüfen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuelle oder potentielle Wettbewerber diszipliniert wurden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen und damit volkswirtschaftliche Schäden zu verursachen.⁵⁸⁹

845. Bezüglich des Aussenwettbewerbs spielen bei einer Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand die vergaberechtlichen Vorschriften eine gewichtige Rolle.⁵⁹⁰ Bei *freihändigen* Verfahren ist der Bauherr nicht verpflichtet, überhaupt Wettbewerb spielen zu lassen, vielmehr kann er den Auftrag direkt an eine einzelne Baugesellschaft erteilen. Es steht dem Bauherrn allerdings frei, gleichwohl von mehreren Baugesellschaften Offerten einzuholen und erst gestützt darauf über die Auftragsvergabe an einen bestimmten Bauunternehmer zu befinden. Diesfalls kommt es auch in freihändigen Verfahren zu Wettbewerb, den zu schützen das Kartellgesetz berufen ist.⁵⁹¹ Der potentielle Auftraggeber begrenzt dabei mit der Zustellung einer Offertanfrage nur an bestimmte Baugesellschaften den Markt in persönlicher Hinsicht, schliesst mithin alle von ihm nicht angefragten Baugesellschaften von diesem Markt, dieser Submission, aus. Aussenwettbewerb (sei es aktueller, sei es potentieller) kann deshalb einzig durch um eine Offertstellung angefragte, nicht aber an der Abrede teilnehmende Bauunternehmen ausgehen, während nicht angefragte Baugesellschaften weder aktuelle noch potentielle Konkurrenten auf diesem einen Markt sind. Bei Auftragsvergaben durch *private Auftraggeber* verhält es sich übrigens vergleichbar. Bei Vergaben in *Einladungsverfahren* hat der öffentliche Bauherr von Gesetzes wegen mehrere Offerten einzuholen, also mehrere Baugesellschaften zur Offertabgabe einzuladen. Eine Änderung der einmal vom Bauherrn zur Offertabgabe eingeladenen Bauunternehmen, insbesondere eine Ausweitung des Kreises der Anbietenden, ist – ausser im Ausnahmefall des Abbruchs und der Wiederholung des Verfahrens – ausgeschlossen. Aussenwettbewerb, und zwar sowohl aktueller als auch potentieller, beschränkt sich demnach auf den Kreis der vom Bauherrn zur Offertabgabe eingeladenen Bauunternehmen und nicht eingeladene Baugesellschaften sind weder aktuelle noch potentielle Konkurrenten. Nur gerade bei Vergaben in *offenen Verfahren*

⁵⁸⁵ RPW 2009/4, 342 Rz 26, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

⁵⁸⁶ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 558), Art. 5 KG N 458.

⁵⁸⁷ Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen.

⁵⁸⁸ Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen.

⁵⁸⁹ RPW 2009/3, 209 Rz 89, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁵⁹⁰ Siehe für einen Überblick zu diesen Rz 143 ff.

⁵⁹¹ Siehe ausführlicher dazu Rz 146 ff.

erfolgt nicht schon im Vorherein durch persönliche Einladung bzw. Anfrage eine Begrenzung der aktuellen und potentiellen Wettbewerber durch den Bauherrn.⁵⁹²

846. Von den zuvor dargestellten Vergaben [...] gerade mal [...] in einem offenen Verfahren [...] und damit ohne Einschränkung in persönlicher Hinsicht ausgeschrieben. In den meisten der übrigen Fälle kam das Einladungsverfahren zum Zuge, in einigen handelte es sich um freihändige Verfahren und in [...] Fällen war es eine private Bauherrschaft, die die Arbeiten vergab. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potentieller) konnte damit (ausser bei [...]) in allen zuvor dargestellten Fällen nur durch zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten, entstehen.

847. Zu dieser in Einladungs- und freihändigen Verfahren ohnehin immanenten Begrenzung in persönlicher Hinsicht tritt hinzu, dass die Bauunternehmen aufgrund des während des untersuchten Zeitraums bestehenden Meldesystems des SBV⁵⁹³ noch während der laufenden Ausschreibung – unabhängig der zur Anwendung gelangenden Verfahrensart – ein recht zuverlässiges Bild über die Situation des allfälligen Aussenwettbewerbs hatten.

848. In der überwiegenden Anzahl der zuvor dargestellten Fälle (Fälle [...]) bestand nun überhaupt kein Aussenwettbewerb, da alle eingeladenen bzw. angefragten Bauunternehmen zugleich auch an der Abrede beteiligt waren. Eine Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung aufgrund der disziplinierenden Wirkung von Aussenwettbewerb kommt in diesen Fällen nicht in Betracht.

849. Hüppi bringt vor, in einigen der vorgenannten Fälle ([...]) sei nicht bewiesen, dass überhaupt kein Aussenwettbewerb mehr bestanden habe. Es kann auf die Ausführungen zu den jeweiligen Fällen verwiesen werden, dass dem aber so ist.

850. In einigen weiteren Fällen (Fälle [...]) – vor allem bei freihändigen Verfahren und bei privaten Vergaben – ist bewiesen, dass alle Baugesellschaften, deren Teilnahme an der jeweiligen Submission bewiesen ist, auch an der Abrede beteiligt waren. Es lässt sich aber (v.a. mangels Existenz von Offertöffnungsprotokollen in solchen Verfahren) nicht mit Sicherheit ausschliessen, dass in diesen Fällen nicht noch weitere Baugesellschaften zur Offertabgabe eingeladen bzw. angefragt worden waren (potentieller Aussenwettbewerb) und allenfalls auch Offerten einreichten (aktueller Aussenwettbewerb). Bei den Fällen [...] war die Abrede erfolgreich und das geschützte Unternehmen erhielt den Zuschlag. In all diesen Fällen, in welchen es zu einem Zuschlag kam, war die Abrede also erfolgreich. Bei Submissionen gilt der Grundsatz: „The winner takes it all“. Erhält der geschützte Abredeteilnehmer – hier allenfalls trotz Angeboten durch „abrededefreie“ Dritte resp. der Möglichkeit solch Dritter zur Angebotsabgabe – den Zuschlag, hält er 100 % des abgesprochenen relevanten Marktes. Es liesse sich nun argumentieren, die allfällige Möglichkeit „abrededefreier“ Dritter, ebenfalls Angebote einzureichen, resp. deren effektive Angebotsabgabe wirke sich disziplinierend auf die in den abgesprochenen Offerten angebotenen Preise aus, insbesondere auf denjenigen der geschützten Offerte. Das mag bis zu einem gewissen Grad so sein, doch entscheidend ist dies vorliegend letztlich nicht. Denn wie das Ergebnis dieser Fälle beweist, war dieser allfällige (aktuelle resp. potentielle) Aussenwettbewerb jedenfalls nicht ausreichend stark, um die von den Abredeteilnehmern vereinbarte Zuteilung des betroffenen Geschäftspartners unterlaufen zu können; der geschützte Abredeteilnehmer hält eben trotz dem allfälligen Aussenwettbewerb am Schluss 100 % des Marktes. Ausreichender Aussenwettbewerb, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegen würde, liegt in diesen Fällen daher nicht vor.

851. Hüppi ist der Ansicht, dass in den vorgenannten Fällen eine Beurteilung, ob genügend starker Aussenwettbewerb bestanden habe, gar nicht möglich sei. Zutreffend ist,

⁵⁹² Zum Ganzen auch RPW 2009/3, 209 f. Rz 90, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁵⁹³ Siehe dazu Rz 8 ff.

dass in diesen Fällen nicht en detail festgestellt werden kann, ob überhaupt Aussenwettbewerb bestand und gegebenenfalls durch wie viele Unternehmen. Jedoch kann aufgrund des Ergebnisses der jeweiligen Submission und der Tatsache, dass die Abrede erfolgreich war und die Zuteilung abredegemäss geklappt hat, gleichwohl festgestellt werden, dass dieser allfällige Aussenwettbewerb jedenfalls nicht ausreichend war, um eine disziplinierende Wirkung zu entfalten. Soweit Hüppi der Ansicht ist, bei Einladungsverfahren dürften Bauunternehmen aufgrund der vergaberechtlichen Vorschriften so lange Absprachen treffen als am Ende noch drei unabhängige Angebote übrig blieben, verkennt sie das Zusammenspiel der vergabe- und kartellrechtlichen Vorschriften. Zu vertiefen ist dies hier aber nicht, es kann auf die diesbezüglich anderswo bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden.⁵⁹⁴

852. In [...] weiteren Fällen (Fälle [...]) ist bewiesen, dass einige der Bauunternehmen, die eine Offerte einreichten, an der Abrede beteiligt waren. Fest steht in diesen Fällen ferner, dass weitere Bauunternehmen ebenfalls Offerten einreichten (aktueller Aussenwettbewerb) oder zumindest zur Offertabgabe eingeladen waren (potentieller Aussenwettbewerb), allerdings ist bezüglich dieser Gesellschaften nicht bewiesen, dass sie sich an der Abrede beteiligt haben (es ist aber auch nicht umgekehrt bewiesen, dass sie sich nicht an der Abrede beteiligt hätten). Die Abreden waren in diesen Fällen jeweils erfolgreich und das geschützte Unternehmen erhielt den Zuschlag. Bei Submissionen gilt der Grundsatz: „The winner takes it all“. Erhält der geschützte Abredeteilnehmer – hier allenfalls trotz Angeboten durch „abrededefreie“ Dritte resp. der Möglichkeit dieser zur Angebotsabgabe – den Zuschlag, hält er 100 % des abgesprochenen relevanten Marktes. Es liesse sich nun argumentieren, die allfällige Möglichkeit „abrededefreier“ Dritter, ebenfalls Angebote einzureichen, resp. deren effektive Angebotsabgabe wirke sich disziplinierend auf die in den abgesprochenen Offerten angebotenen Preise aus, insbesondere auf denjenigen der geschützten Offerte. Dem mag bis zu einem gewissen Grad so sein, doch entscheidend ist dies vorliegend letztlich nicht. Denn wie das Ergebnis dieser Fälle beweist, war dieser allfällige (aktuelle resp. potentielle) Aussenwettbewerb jedenfalls nicht ausreichend stark, um die von den Abredeteilnehmern vereinbarte Zuteilung des betroffenen Geschäftspartners unterlaufen zu können; der geschützte Abredeteilnehmer hält eben trotz dem allfälligen Aussenwettbewerb am Schluss 100 % des Marktes. Ausreichender Aussenwettbewerb, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegen würde, liegt in diesen Fällen daher nicht vor.

853. Bei Fall [...] war die Abrede nicht erfolgreich. Es ist bezüglich dieses Falles daher so oder so zu prüfen, ob hier eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt oder nicht.⁵⁹⁵ Die Frage nach dem Aussenwettbewerb kann deshalb offen bleiben.

854. In [...] weiteren Fällen ([...]) ist bewiesen, dass aktueller Aussenwettbewerb bestand und dieser zur Folge hatte, dass nicht das jeweils gemäss Abrede geschützte Unternehmen den Zuschlag erhielt. Bezeichnenderweise handelt es sich bei Fall [...] um [ein] offene[s] Vergabeverfahren [...]. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung ist in diesen Fällen aufgrund des aktuellen Aussenwettbewerbs widerlegt und es wird zu prüfen sein, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorlag.⁵⁹⁶

855. In den [...] verbleibenden Fällen ([...]) waren bei der hier einzig betrachteten ersten Ausschreibung jeweils alle eingehenden Submittenten an der Absprache beteiligt. Die geschützte Gesellschaft reichte denn auch jeweils das preislich günstigste Angebot ein. Sie erhielt den Zuschlag jedoch nicht, da diese Ausschreibungen von der Bauherrschaft wegen

⁵⁹⁴ Siehe Rz 146 ff.

⁵⁹⁵ Nachfolgend Rz 879 ff.

⁵⁹⁶ Nachfolgend Rz 879 ff.

der hohen Preise abgebrochen wurden. Auf diese besonders gelagerte Situation ist noch vertieft einzugehen.⁵⁹⁷

856. Zu ergänzen bleibt, dass die Sachkenntnis der Bauherrschaft, v.a. der öffentlichen, eine gewisse (selbst)disziplinierende Wirkung auf die sich absprechenden Unternehmen haben und dazu führen dürfte, dass diese trotz Abrede nicht völlig überhöhte, sondern aus ihrer Sicht angemessene und realistische Preise verlangen.⁵⁹⁸ Allerdings ist diese disziplinierende Wirkung – entgegen der Ansicht mehrerer Parteien⁵⁹⁹ – beschränkt: Die Einzigartigkeit eines jeden Projekts, vor allem aber die Abhängigkeit des Preises vom Interesse der Submittenten an der jeweiligen Arbeit, die wiederum mit ihrer momentanen, dem Bauherrn nicht im Einzelnen bekannten Auslastung zusammenhängt, erschwert es selbst fachkundigen Bauherren, überhöhte – und zwar sogar wesentlich überhöhte – Preise ohne Weiteres zu erkennen. Dies erst recht, wenn man bedenkt, dass gerade auch die Submission dem Bauherrn Informationen bezüglich des Marktpreises liefern soll, dieses Bild aber durch die Abrede verfälscht und verzerrt wird. Zum anderen sind die Möglichkeiten der öffentlichen Bauherren zur Reaktion eingeschränkt, was auch die Bauunternehmen wissen. Öffentliche Bauherren können nur das Verfahren abbrechen und erneut durchführen. Dies ist allerdings mit einem seitens der Bauherrschaft in ihre Überlegungen ebenfalls einzubeziehenden Zusatzaufwand sowie einem Zeitverlust verbunden und setzt das Vorliegen wichtiger Gründe voraus. Dazu kommt es nur in seltenen Ausnahmefällen, namentlich wenn die offerierten Preise offensichtlich überhöht sind. Die von einer Partei angesprochene Möglichkeit, Offerten im Verdachtsfall durch Drittunternehmen begutachten zu lassen,⁶⁰⁰ bringt ebenfalls keine weitergehende Disziplinierung mit sich, ändert dies doch nichts daran, dass letztlich bloss ein Verfahrensabbruch zur Wahl steht. Die Sachkunde der Marktgegenseite vermag demzufolge nicht zu verhindern, dass Abreden zu überhöhten Preisen führen, sondern nur, aber immerhin, das Ausmass der abredebedingten Überhöhung in einem gewissen Rahmen zu halten. Noch weniger disziplinierend (nämlich gar nicht) wirkt sich die Sachkenntnis der Bauherrschaft auf die Steuerung der Zuschlagserteilung durch die sich absprechenden Abredeteilnehmer aus. Folgedessen führt die Sachkunde der Marktgegenseite nicht zu einer derartigen Disziplinierung der Abredeteilnehmer, die die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen vermöchte. Im Übrigen zeigen die paar Fälle, in welchen der Marktpreis aufgrund besonderer Umstände ausnahmsweise relativ genau feststellbar ist, dass die abredebedingte Überhöhung der Preise durchaus gravierend ist. So beträgt die Differenz zwischen der ernsthaften Offerte von [einer Partei] im Fall [...] und ihrer Stützofferte rund CHF [500'000-1'000'000], die Offerte der geschützten Gesellschaft lag rund CHF [500'000-1'000'000] über der ernsthaften Offerte [der schützenden Partei]. Bei Fall [...] belief sich die erfolgreich geschützte Offerte auf knapp CHF [500'000-1'000'000], während sich der vom Bauherrn bei einer dritten Stelle eingeholte Kostenvoranschlag auf knapp CHF [0-500'000] belief – zu einem Verfahrensabbruch kam es gleichwohl nicht.

857. Ebenso wenig wie die Sachkenntnis der Bauherrschaft, namentlich der öffentlichen Hand bei Beschaffungen, vermag deren Verhandlungsmacht⁶⁰¹ die Abredeteilnehmer ausreichend zu disziplinieren, um dadurch die Vermutung zu widerlegen. Bei offenen und selektiven Verfahren ebenso wie bei Einladungsverfahren wird die Verhandlungsmacht der öffentlichen Hand bereits durch das Beschaffungsrecht und damit von Gesetzes wegen gebro-

⁵⁹⁷ Nachfolgend Rz 867 f.

⁵⁹⁸ In dem Sinn act. [...].

⁵⁹⁹ Act. [...].

⁶⁰⁰ Siehe act. [...].

⁶⁰¹ Zur Berücksichtigung dieser statt anderer etwa BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 558), Art. 5 KG N 241.

chen, da bei diesen Vergabeverfahren Abgebotsverhandlungen untersagt werden.⁶⁰² Eine disziplinierende Wirkung aufgrund von Verhandlungsmacht entfällt damit von vornherein. Aber auch bei freihändigen Vergaben, bei welchen Abgebotsverhandlungen zulässig sind, erweist sich die Verhandlungsmacht der Marktgegenseite faktisch als eingeschränkt. Dies hängt mit der bereits zuvor erwähnten Einzigartigkeit eines jeden Projekts zusammen, die es selbst fachkundigen Bauherren erschwert, überhöhte Preise ohne Weiteres zu erkennen, gerade auch weil die Submission selbst dem Bauherrn Informationen bezüglich des Marktpreises liefern soll, dieses Bild jedoch durch die Abrede verfälscht und verzerrt wird. Sind nun für die öffentliche Hand als Bauherrin keine Hinweise darauf ersichtlich, dass ein überhöhter Preis vorliegen könnte, wird sie schon nur aus Ressourcengründen auf Abgebotsverhandlungen verzichten. Kommt hinzu, dass sich die allenfalls dennoch verbleibende Verhandlungsmacht nur, aber immerhin, auf den Preis auswirkt, nicht aber auf die Steuerung des Zuschlags. Folgedessen wirkt die allfällige Verhandlungsmacht der öffentlichen Hand als Bauherrin selbst bei freihändigen Vergaben nicht genügend disziplinierend, um dadurch die Vermutung zu widerlegen.

858. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf den relevanten Märkten, d.h., bei den zuvor dargestellten Fällen, mit Ausnahme der Fälle [...], weder genügend aktueller noch potentieller Aussenwettbewerb bestand. Die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG wird auf diesem Weg demnach für diese Fälle nicht umgestossen. Anders verhält es sich bezüglich der Fälle [...]. Ebenfalls zurückzukommen sein wird auf die besonders gelagerten Fälle [...], in welchen die Bauherrschaft das Verfahren abbrach.

ii) Innen- und Restwettbewerb

859. Zu prüfen bleibt (ausser in den Fällen [...]), 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 besteht (Rest- oder Teilwettbewerb).

860. Bei keinem der zuvor dargestellten Fälle kam es vor, dass sich ein an der Abrede beteiligtes Bauunternehmen nicht an die Abrede gehalten hätte. Hüppi erachtet dies als falsch, zumindest unbewiesen, und führt an, Hüppi habe bei den Fällen [...] den Zuschlag nicht erhalten, was zeige, dass sich nicht alle an die Absprache gehalten hätten. Bei diesen Fällen ist Hüppi erst im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag ihrer Mitwirkungspflicht nachgekommen, was eine andere Beurteilung dieser [...] Fälle gestützt auf die neuen Beweismittel nach sich zieht.⁶⁰³ Bei allen übrigen Fällen bleibt es dabei, dass sich jeweils alle an der Abrede beteiligten Bauunternehmen an diese gehalten haben, wie sich schon nur daran zeigt, dass die jeweils zu schützende Gesellschaft in allen diesen Fällen die preislich günstigste Offerte einreichte und jeweils auch den Zuschlag erhielt. Wirksamer Innenwettbewerb bestand demnach nicht. Eine Widerlegung der Vermutung aus diesem Grund kommt daher nicht in Betracht. Gemeint ist damit, dass eine Widerlegung der *gesetzlichen* Vermutung *der Wettbewerbsbeseitigung* aus diesem Grund nicht gelingt. Hüppi scheint dies missverstanden zu haben, wenn sie ausführt, die Wettbewerbsbehörden würden vermuten, dass kein genügender Innenwettbewerb bestanden habe; dies ist nicht der Fall, vielmehr steht fest, dass kein solcher bestand.

⁶⁰² Dazu sowie zum Zusammenspiel von Beschaffungsrecht und Kartellrecht bereits Rz 142 ff., insbesondere Rz 143.

⁶⁰³ Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung dieser [...] Fälle bleibt im Übrigen dieselbe, ob nun davon ausgegangen wird, die Zuschlagsempfängerin sei eine Dritte gewesen oder aber sie sei eine Abredeteilnehmerin gewesen, die sich nicht an die Abrede gehalten hat.

861. Soweit den Restwettbewerb angehend, ist zunächst festzustellen, dass das Bundesgericht diesbezüglich (allerdings spezifisch in Bezug auf Dienstleistungsmärkte) festgehalten hat, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf einem Markt durch den Nachweis widerlegt werden kann, dass der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter ist und aufgrund anderer Parameter ein wirksamer Rest- oder Teilwettbewerb fortbesteht.⁶⁰⁴ Allerdings wiegt eine Beseitigung des Preiswettbewerbs aufgrund der regelmässig grossen Bedeutung des Wettbewerbsparameters „Preis“ schwer und die daran anknüpfende Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung wird nicht durch Wettbewerb bezüglich jedweder untergeordneter Parameter umgestossen.⁶⁰⁵

862. Im Bereich der Beschaffung von Strassenbelagsarbeiten stellte das BVGer fest, dass der Preis der entscheidende Faktor sei. Ein allenfalls verbleibender Rest- oder Teilwettbewerb bezüglich anderer Parameter erachtete es als nicht ausreichend, um die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umzustossen.⁶⁰⁶ Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, bestätigt sich die Richtigkeit dieses Befunds auch in vorliegender Untersuchung.

863. Zunächst lässt sich feststellen, dass in allen zuvor dargestellten Fällen die jeweils preislich günstigste Offerte auch effektiv jeweils den Zuschlag erhalten hat. Allein dieser Befund belegt eindrücklich die Bedeutung des Wettbewerbsparameters „Preis“ in diesen Fällen. Hinzu kommt, dass mittels der Abreden über die Preise auch die Zuschlagserteilung durch die Bauherrschaft gesteuert werden sollte, was – wie sich zeigte – denn auch funktionierte. Wären nun für die Auftragsvergabe andere Parameter (ebenso) zentral gewesen wie der Preis, hätten folglich zur Erreichung dieses Ziels Abreden bloss über den Preis nicht ausgereicht, sondern hätten stattdessen auch noch weitere Parameter abgesprochen werden müssen. Dies war aber nicht der Fall, was wiederum belegt, dass in dieser Branche, jedenfalls aber bezüglich der zuvor dargestellten Fälle, andere Wettbewerbsparameter, die den abredegemäss ausgeschalteten Preiswettbewerb aufzuwiegen vermöchten, nicht bestehen.

864. Ferner sind die vergaberechtlichen Vorschriften auch diesbezüglich von Relevanz: Bei Beschaffungen der öffentlichen Hand, die in offenen Verfahren oder in Einladungsverfahren erfolgen, sind die Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung oder Rangfolge spätestens in den Ausschreibungsunterlagen bekanntzugeben. Hierbei handelt es sich um die bei einem konkreten Projekt für die Zuschlagserteilung massgebenden Wettbewerbsparameter. Der Preis spielt dabei, jedenfalls bei „gewöhnlichen“ Tiefbauprojekten, die überragende Rolle.⁶⁰⁷ Sodann führt die Offenlegung der Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung oder Rangfolge gegenüber den Anbietenden dazu, dass es den Abredeteilnehmern aufgrund dieses Wissens sowie der Abschätzbarkeit der Bewertung allfälliger übriger Zuschlagskriterien bezüglich der einzelnen Abredeteilnehmer möglich ist, die übrigen gegebenenfalls bestehenden Zuschlagskriterien bzw. diesbezügliche Differenzen in der Bewertung über den Parameter „Preis“ zu kompensieren. Eine solche Kompensation anderer Zuschlagskriterien über den Parameter „Preis“ dürfte praktisch einzig dann nur noch schwer möglich sein und entsprechend das Treffen von Submissionsabreden erschweren, wenn in einem Einzelfall die übrigen Zuschlagskriterien sehr hoch gewichtet würden und sich die ver-

⁶⁰⁴ BGE 129 II 18, 37 E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747 E. 8.3.4), *Buchpreisbindung*. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass der kompensierende Wettbewerbsparameter mindestens so bedeutsam sein müsse, wie jener bezüglich dessen der Wettbewerb beseitigt ist (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER [Fn 558], Art. 5 KG N 471).

⁶⁰⁵ RPW 2009/3, 210 Rz 95 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁶⁰⁶ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 384 f. E. 9.2.2.2, *Implenia (Ticino)*.

⁶⁰⁷ So war beispielsweise bei Fall [...] der Preis sogar das einzige Zuschlagskriterium. Weitere Beispiele bezüglich anderer Ausschreibungen finden sich etwa in act. [...] (Gewichtung des Preises bei einer Ausschreibung mit 90%, bei einer anderen mit 68%) und act. [...] (Gewichtung des Preises bei einer Ausschreibung mit 89%).

schiedenen Baugesellschaften bezüglich dieser Kriterien auch noch stark unterscheiden würden. Eine solche Ausnahmesituation, welche allenfalls bei komplizierten und komplexen Grossprojekten in spezialisierten Bereichen vorstellbar ist (z.B. Neubau einer Brücke auf einer stark von Autos und öffentlichen Verkehrsmitteln befahrenen und auch während den Bauarbeiten offenzuhaltenden Strecke), lag allerdings in keinem der zuvor dargestellten Fälle vor.

865. Dass der Restwettbewerb kein genügender sein kann, folgt im Übrigen auch daraus, dass mit den getroffenen Abreden die Zuschlagserteilung durch die Bauherrschaft an die geschützte Baugesellschaft gesteuert, also eine Aufteilung nach Geschäftspartnern vereinbart wird. Damit die Zuschlagserteilung planmässig erfolgt, verzichten die schützenden Baugesellschaften neben der preislichen Koordinierung demzufolge darauf, sich bezüglich allfälliger auf die abgesprochene Submission bezogener und bei dieser – allerdings im Vergleich zum Preis regelmässig bloss untergeordnet – mitentscheidender Wettbewerbsparameter wie etwa der Bauzeit gegenüber dem geschützten Unternehmen abzuheben.

866. Aus dem Vorangehenden ergibt sich, dass genügender Rest- oder Teilwettbewerb, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen vermöchte, in den zuvor dargestellten Fällen nicht besteht.

B.6.4.2.3 Beurteilung bei Abbruch der Ausschreibung (Fälle [...])

867. Bei den Fällen [...] wurde das jeweils erste, hier interessierende Ausschreibungsverfahren durch die Bauherrschaft abgebrochen. Das Sekretariat ging in seinem Antrag davon aus, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung lasse sich folgedessen umstossen. Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung verneinte es, obwohl es die Abreden als in qualitativer und quantitativer Hinsicht schwerwiegend bewertete. Dies mit der Begründung, dass sich diese Beeinträchtigungswirkung – einzig aufgrund dessen, dass die Bauherrschaft trotz des engen vergaberechtlichen Korsetts diese Verfahren abbrach – letztlich doch nicht resp. nicht in der abredegemäss geplanten Art hätten entfalten können. Die jeweiligen abgesprochenen Märkte, auf denen sich diese Abreden ausgewirkt hätten, seien verschwunden, ohne dass auf diesen von irgendjemandem ein Umsatz erzielt worden wäre. Es hielt aber gleichzeitig fest, dass diese Abreden gleichwohl einen Schaden verursacht hätten, nämlich den dem Gemeinwesen für den Verfahrensabbruch und die erneute Ausschreibung dieser Projekte entstandenen Aufwand sowie die eingetretene Verzögerung bei der Realisierung dieser Projekte. Dass bei diesen Fällen keine kartellrechtsrelevante Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, ist auch die Ansicht von [...], die sich ausdrücklich dazu äussert.⁶⁰⁸

868. Die WEKO beurteilt diese [...] Fälle hingegen wie folgt: In [diesen] Fällen steht fest, dass die Parteien eine Submissionsabsprache getroffen haben und diese auch in die Tat umsetzten. Das jeweils geschützte Unternehmen hat in [diesen] Fällen – der Abrede entsprechend – die jeweils günstigste Offerte eingereicht, die anderen Submittenten haben allesamt höher offeriert. Die Abredeteilnehmer haben damit alles getan, was sie für die Umsetzung der Abrede auf dem Markt tun müssen und können. Fest steht auch, dass das ausschreibende Gemeinwesen die Verfahren aufgrund der zu hohen Preisen abgebrochen hat. Nur wegen diesem Verfahrensabbruch durch die Bauherrschaft hat die jeweils geschützte Gesellschaft den Zuschlag letztlich nicht erhalten. Ursache dafür, dass diese Verfahren abgebrochen und dadurch diese Märkte verschwunden sind, waren die zu hohen Preise. Dass die getroffenen Abreden zur Eingabe höherer Preise führten, wurde bei der Betrachtung dieser [...] Fälle bereits besprochen, worauf verwiesen sei.⁶⁰⁹ Es waren hier also die unter anderem abredebedingt überhöhten Preise, die zum Verschwinden der Märkte führten. Wird ein Markt durch eine Abrede regelrecht in seiner Existenz vernichtet, so ist die Auswirkung der

⁶⁰⁸ Vgl. act. [...].

⁶⁰⁹ Siehe Rz [...].

Abrede als markt- und damit auch wettbewerbsbeseitigend zu qualifizieren. Dass diese [...] Abreden trotz fehlender Zuschlagserteilung einen Schaden verursacht haben, hat im Übrigen bereits das Sekretariat in seinem Antrag dargelegt. Folgedessen lässt sich aus Sicht der WEKO auch bei den Fällen [...] die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht widerlegen, sondern erweist sich als zutreffend.

B.6.4.2.4 Stellungnahme der Parteien

869. Mehrere Parteien machen mit unterschiedlichen Argumenten geltend, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung könne generell widerlegt werden resp. die Abreden hätten allgemein keine schädlichen Auswirkungen gezeitigt, seien demnach auch nicht als erheblich beeinträchtigend zu qualifizieren. Nachfolgend ist auf diese einzelnen Vorbringen einzugehen:

870. Flexbelag, Hagedorn, Kern und Toller führen an, die Marktgegenseite wirke aufgrund ihrer Sachkenntnis disziplinierend, da gerade bei Standardleistungen kein Spielraum mehr für spekulative Preise bestehe. Ausserdem wolle kein Bauunternehmen dem anderen mehr zugestehen als unbedingt nötig. Derjenige, der an einer Arbeit unbedingt interessiert sei, müsse, wenn er eine Absprache treffen wolle, einen knallharten Wettbewerbspreis kalkulieren. Es sei nie darum gegangen, einen gegenüber dem Marktpreis überhöhten Preis zu verlangen. Vielmehr gehe es darum, sich die betreffenden Arbeiten abzusichern, was man als Zuteilungsabsprachen bezeichnen könnte. Es könne nicht Zielsetzung der Submissionsvorschriften sein, die Unternehmer dazu zu zwingen, zu nicht kostendeckenden Preisen Arbeiten zu erbringen. Es hätte geprüft werden müssen, ob die bei einer Ausschreibung angebotenen Preise als wettbewerbsgerecht bezeichnet werden könnten.⁶¹⁰

871. Diese Vorbringen verfangen nicht. Dass die Sachkenntnis der Marktgegenseite durchaus dazu führen kann, dass die Preise von den Abredeteilnehmern nicht allzu sehr erhöht werden, nicht aber verhindern kann, dass eine gewisse Erhöhung vorgenommen wird, wurde bereits ausgeführt.⁶¹¹ Sodann ist festzuhalten, dass gerade auch die von Flexbelag, Hagedorn, Kern und Toller anerkannte Zuteilungsfunktion solcher Abreden wettbewerbsbeseitigende resp. -beeinträchtigende Wirkung hat. Sie hat insbesondere eine strukturerhaltende Wirkung, wodurch ein wesentliches Element des freien Wettbewerbs eliminiert wird. Es mag denn auch sein, dass bei schlechter Auslastung getroffene Abreden aus Sicht der Unternehmen primär der Auftragsabsicherung dienen und sogar trotz Abreden Angebote unter Vollkosten gemacht werden, weshalb Unternehmen nachvollziehbarerweise der Meinung sind, marktgerechte Preise gemacht zu haben. Aus ökonomischer Sicht trifft dies jedoch nicht zu. Das Baugewerbe ist saisonal starken Schwankungen ausgesetzt, mit grösserer Auslastung und entsprechend höheren Preisen im Sommer und geringerer Auslastung und entsprechend tieferen Preisen im Winter. Anders gewendet muss im Sommer genügend erwirtschaftet werden, um damit auch in den eher kargen Wintermonaten durchzuhalten. Dass in gewissen Wintermonaten zuweilen unter den Vollkosten offeriert wird, nur um immerhin einen Deckungsbeitrag an die Fixkosten zu erhalten, liegt daher in der Natur der Sache. Abgesprochene, unter den Vollkosten liegende Preise entsprechen aber gleichwohl nicht den Wettbewerbspreisen. Vielmehr würde ohne Absprache noch tiefer angeboten und ein noch geringerer Deckungsbeitrag in Kauf genommen, denn auch ein geringer Deckungsbeitrag ist besser als gar keiner – die Abrede wirkt damit strukturerhaltend. Für die kartellrechtliche Beurteilung der Auswirkungen nicht erforderlich ist schliesslich, dass im Einzelnen ermittelt würde, wie der hypothetische abredefreie Preis bei jedem einzelnen Projekt gewesen wäre. Für diese Beurteilung ist vielmehr auf den verbleibenden Aussen- und Innenwettbewerb ab-

⁶¹⁰ Act. [...].

⁶¹¹ Siehe Rz 856.

zustellen resp. auf eine Bewertung der Auswirkungen nach qualitativen und quantitativen Gesichtspunkten.

872. Walo bringt vor, Art. 5 KG setze eine tatsächliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs voraus, eine blossе Eignung dazu reiche nicht aus. Diese tatsächliche Beeinträchtigungswirkung müsse im Einzelfall nachgewiesen werden. Sie geht alsdann auf die Beurteilung der Fälle [...] ein, während sie sich zur Beurteilung in den übrigen Fällen nicht äussert.

873. Anders als beim Begriff der Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG setzt Art. 5 KG in der Tat eine Beeinträchtigung voraus und lässt eine blossе Eignung hierzu nicht genügen. Insofern ist Walo zuzustimmen. Auf die spezifischen Vorbringen von Walo ist im Rahmen der Behandlung der Fälle [...] einzugehen, worauf verwiesen sei.

874. Keller-Frei macht ausgehend von der von ihr vorgenommenen weiteren Marktabgrenzung geltend, der Wettbewerb sei nicht beseitigt und auch nicht erheblich beeinträchtigt worden, selbst wenn man in den einzelnen vorgenannten Fällen vom Vorliegen von Abreden ausgehen wollte (was Keller-Frei bestreitet). Offen sei letztlich auch, ob die angeblichen Abreden überhaupt preistreibende Wirkung gehabt hätten, jedenfalls sei dies im Antrag nicht nachgewiesen worden.

875. Auf die Argumentation von Keller-Frei braucht nicht eingegangen zu werden, soweit sie von einer anderen Marktabgrenzung als der hier vorgenommenen und in casu als richtig erachteten ausgeht. Was den Nachweis der preiserhöhenden Wirkung angeht, kann auf die Ausführungen zu den in gleicher Richtung zielenden Vorbringen von Flexbelag, Hagedorn, Kern und Toller verwiesen werden.⁶¹²

B.6.4.2.5 Zwischenergebnis

876. Mit Ausnahme der Fälle [...] lässt sich in den zuvor dargestellten Fällen die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht widerlegen, vielmehr bestätigt sich diese Vermutungsfolge als materiell zutreffend und richtig. Diese wettbewerbsbeseitigenden Abreden sind gestützt auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG unzulässig, einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nicht zugänglich (vgl. Art. 5 Abs. 1 in fine sowie 2 Bst. b KG) und gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren.

877. Zu prüfen bleibt nachfolgend, wie es sich bezüglich der [...] verbleibenden Fälle verhält.

878. Die folgenden Ausführungen führen im Übrigen mit aller Deutlichkeit vor Augen, dass in denjenigen Fällen, in welchen nach Ansicht der WEKO der Wettbewerb beseitigt ist (Fälle [...]), zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, wenn man von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen wollte.

B.6.5 Erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs in [...] der verbleibenden [...] Fälle

879. Ob eine Beeinträchtigung erheblich im Sinne des KG ist oder nicht, beurteilt sich anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte zu berücksichtigen sind.⁶¹³ Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konk-

⁶¹² Hiervor Rz 871.

⁶¹³ RPW 2000/2, 177 Rz 50, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)* bezüglich horizontaler Abreden; ferner RPW 2009/2, 150 Rz 64, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 302, *Gaba* bezüglich vertikaler Abreden.

ret betroffenen Markt⁶¹⁴ – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter⁶¹⁵ zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht“ die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).⁶¹⁶

880. Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist alsdann zu prüfen, ob die Abrede gleichwohl zu rechtfertigen ist. Dies ist möglich, wenn durch sie die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gesteigert wird. 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).

B.6.5.1 Qualitatives Element

881. Die vorliegende Untersuchung betrifft Fälle von horizontalen Preisabreden und Abreden über die Aufteilung von Märkten bzw. Geschäftspartnern.

882. Zunächst ist auf die gesetzgeberische Wertung bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung des Parameters Preis wie auch der Aufteilung von Geschäftspartnern hinzuweisen. Indem der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über diese beiden Punkte gar in Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung statuiert, drückt er das qualitative Gewicht aus, das er diesen beiden Punkten zumisst. Auch wenn in einem Fall die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, bleibt der Gegenstand der Abrede, der überhaupt erst zum Greifen der Vermutung führte, qualitativ gravierender Natur.⁶¹⁷

883. Dass insbesondere horizontale Preisabsprachen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, ist in der Lehre und Rechtsprechung unbestritten.⁶¹⁸ Im Einklang damit illustriert sowohl die Praxis der WEKO wie auch diejenige der Europäischen Kommission, dass im horizontalen Kontext der Wettbewerbsparameter Preis als besonders wichtig zu betrachten ist.⁶¹⁹ Schliesslich kann auf die vorangehenden Ausführungen zur Bedeutung des Wettbewerbsparameters Preis in der Tiefbaubranche, jedenfalls aber bezüglich der zuvor dargestellten Fälle, verwiesen werden.⁶²⁰ Die dortigen Feststellungen bestätigen, dass es sich hierbei in diesen Fällen um den zentralen Wettbewerbsparameter handelt.

884. Aber nicht nur der horizontalen Preisabrede, sondern auch der ebenfalls vereinbarten horizontalen Aufteilung nach Geschäftspartnern wohnt ein besonderes volkswirtschaftliches Schädigungspotential inne. Solche Aufteilungen erlauben es, unrentable Kapazi-

⁶¹⁴ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 558), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

⁶¹⁵ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

⁶¹⁶ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 558), Art. 5 KG N 230.

⁶¹⁷ Siehe etwa RPW 2009/2, 151 Rz 69, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/4 751 Rz 316, *Baubeschläge für Fenster und Türen*.

⁶¹⁸ Vgl. RPW 2010/4 751 Rz 315 m.w.H., *Baubeschläge für Fenster und Türen*.

⁶¹⁹ Vgl. zum Ganzen RPW 2010/4 751 Rz 315 m.w.H., *Baubeschläge für Fenster und Türen*.

⁶²⁰ Rz 861 ff.

täten zu erhalten und führen so – jedenfalls mittel- bis langfristig – zu ineffizienten Branchenstrukturen.⁶²¹

885. Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die Abreden in den Fällen [...] in qualitativer Hinsicht als ausgesprochen schwerwiegende Einschränkungen zu qualifizieren sind. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass dasselbe freilich auch für die Abreden in all denjenigen Fällen gilt, in welchen die WEKO gar eine Wettbewerbsbeseitigung als gegeben erachtet.

B.6.5.2 Quantitatives Element

886. Das quantitative Element setzt sich auch hier aus zwei Teilen zusammen, einerseits dem Aussenwettbewerb, andererseits dem Innenwettbewerb.

887. Zunächst zum Aussenwettbewerb, der vorliegend einiger einleitender Bemerkungen bedarf: Bei den einzelnen zuvor dargestellten Fällen handelt es sich entsprechend der Marktabgrenzung jeweils um einzelne Märkte.⁶²² In solchen Märkten ist eine Prüfung des quantitativen Elements der Wettbewerbswirkungen einer Abrede unter dem Aspekt der Marktanteile der Anbietenden wenig sachgerecht. Denn es gilt bei solchen Märkten der Grundsatz: „The winner takes it all“. Entsprechend verfügt die Baugesellschaft, die den Zuschlag erhält, über 100 % Marktanteil, wogegen alle übrigen Anbietenden je 0 % Marktanteil haben. Das führt zwar dazu, dass, sofern der Zuschlag der gemäss Abrede zu schützenden Gesellschaft erteilt wird, der Aussenwettbewerb als ungenügend zu qualifizieren ist⁶²³ oder – anders ausgedrückt – die Abrede in quantitativer Hinsicht als schwerwiegend zu qualifizieren ist; dies betrifft all diejenigen Fälle, in welchen die WEKO die Beseitigungsvermutung als nicht widerlegt erachtet. Im umgekehrten Fall – also wenn der Zuschlag einem nicht an der Abrede beteiligten Anbietenden erteilt wird und der Marktanteil aller Abredeteilnehmer folgedessen 0 % ist – folgt daraus aber nicht automatisch, dass die Abrede von quantitativ geringem Gewicht gewesen wäre.

888. Hinter der Durchführung von Submissionen steht die Idee, Wettbewerb zwischen den offerierenden Unternehmen zu erzeugen und so das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Sprechen sich nun einige Anbietende ab, führt dies dazu, dass die schützenden Gesellschaften bewusst überhöhte Angebote einreichen. Auch die geschützte Gesellschaft rechnet – wohlwissend um den ihr gewährten Schutz – nicht derart „scharf“, wie sie es ohne Abrede tun würde. Oder anders gesagt reicht auch sie aufgrund der Abrede ein (aus Sicht des Bauherrn) schlechteres, sprich preislich teureres, Angebot ein. Dabei lässt sich regelmässig nicht rekonstruieren, in welcher exakten Höhe die Abredeteilnehmer ohne Abrede Angebote eingereicht hätten, handelt es sich hierbei doch um hypothetische Vorkommnisse. Es lässt sich nur, aber immerhin, allgemeingültig feststellen, dass die Angebote aller Abredeteilnehmenden preislich teurer sind als sie es ohne Abrede wären.⁶²⁴ Das Angebot des Aussenwettbewerbers, welches letztlich den Zuschlag erhält, wäre daher bei einer „abrededefreien“ Durchführung der Submission womöglich nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot gewesen.

889. In quantitativer Hinsicht bewirkt die Abrede also, dass die Anzahl der effektiven Teilnehmer an einer Submission verfälscht und gegenüber dem Bauherrn verzerrt dar-

⁶²¹ Statt anderer etwa DAVID PASEWALDT, Zehn Jahre Strafbarkeit wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen gemäss § 298 StGB, ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2008, 84–91, 90.

⁶²² Siehe zur Marktabgrenzung Rz 824 ff.

⁶²³ Rz 850 f.

⁶²⁴ CHRIST (Fn 404), Rz 859, nennt eine durchschnittliche Erhöhung um 11 %, wobei sie bei offenen Verfahren tiefer (rund 10 %) sein soll als bei begrenzten (14.5 %) wie dem Einladungsverfahren.

gestellt wird. Entsprechend ist betreffend den Aussenwettbewerb – sofern nicht ausnahmsweise die Differenz zwischen der Höhe der Angebote der Abredeteilnehmer mit und ohne Abrede beweisbar ist – zur Beurteilung der quantitativen Auswirkungen einer Abrede hilfsweise auf die Anzahl der Teilnehmer an der Submission bzw. an der Absprache abzustellen (was durchaus vergleichbare Effekte wie eine Marktanteilsberechnung haben kann). Als Faustregel ist davon auszugehen, dass die Abrede jedenfalls dann in quantitativer Hinsicht (soweit den Aussenwettbewerb betreffend) schwer wiegt, wenn mindestens die Hälfte der an einer Submission teilnehmenden Unternehmen an der Absprache beteiligt sind.⁶²⁵

890. Im Einzelnen heisst dies vorliegend bezüglich des Aussenwettbewerbs Folgendes: Bei Fall [...] ist nicht eruierbar, wie viele weitere Bauunternehmen nebst den [...] sich absprechenden Baugesellschaften zur Offertabgabe angefragt wurden. Eine Beurteilung in quantitativer Hinsicht ist daher nicht möglich und es muss zu Gunsten der Parteien davon ausgegangen werden, dass die Abrede in Fall [...] in quantitativer Hinsicht als nicht schwerwiegend einzustufen ist. Eine Beurteilung des Innenwettbewerbs ist bei diesem Fall, wie sich nachfolgend noch zeigen wird, ebenfalls nicht abschliessend möglich. Bei Fall [...] ist zwar ausnahmsweise die Eingabesumme eines Abredeteilnehmers bekannt, die er ohne Abrede eingegeben hätte. Nicht bekannt ist allerdings, wie hoch die Eingabesumme des [...] Abredeteilnehmers gewesen wäre, weshalb auch hier auf das Hilfskriterium der Anzahl der Teilnehmer an der Submission bzw. an der Absprache abzustellen ist. Es haben sich bei Fall [...] [...] Anbietenden abgesprochen, also 66,7 %. Bei den Fällen [...] haben sich jeweils [...] Anbietenden abgesprochen, also 50 %. Bei Fall [...] lässt sich nicht mehr rekonstruieren, wie viele weitere Bauunternehmen nebst den [...] sich absprechenden Baugesellschaften zur Offertabgabe angefragt wurden und wie viele von ihnen Offerten einreichten. Eine Beurteilung in quantitativer Hinsicht ist daher nicht möglich und es muss zu Gunsten der Parteien davon ausgegangen werden, dass die Abrede in Fall [...] in quantitativer Hinsicht als nicht schwerwiegend einzustufen ist. Auf den Innenwettbewerb braucht entsprechend bei Fall [...] nicht mehr näher eingegangen zu werden.

891. Zum Innenwettbewerb bezüglich Fall [...] ist festzustellen, dass dieser in einer ersten Runde, namentlich bei der Einreichung der ursprünglichen Angebote, inexistent war. In einer zweiten Runde kam der Innenwettbewerb allerdings vollumfänglich zum Zuge, da sich die eine Abredeteilnehmende aufgrund eines Personalwechsels und daher in Unkenntnis der Existenz einer Abrede nicht an diese Abrede hielt. Nicht auszuschliessen ist allerdings, dass die initiale Eingabe eines überhöhten, abgesprochenen Preises auch in den Abgebotsrunden noch nachwirkt. Der Ausgangspreis bleibt ja als Verhandlungsbasis bestehen und führt so letztlich trotz ernsthaft und abredefrei geführten Verhandlungen zu einem höheren Preis als ohne ursprüngliche Abrede. [Eine Partei] bestreitet, dass eine in der abgesprochenen initialen Angebotsrunde erfolgte Absprache in die nicht abgesprochenen Abgebotsrunden nachwirken könne. Darauf braucht hier mangels Relevanz für das Ergebnis nicht im Einzelnen eingegangen zu werden. Es sei hier bloss festgehalten, dass die WEKO überzeugt davon ist, dass eine solche Nachwirkung bestehen kann und in der Regel auch bestehen wird. Dafür spricht schon nur der anerkanntermassen bestehende Ankereffekt (anchoring) des ersten Angebots bei Vergleichsverhandlungen.⁶²⁶ Bei Angeboten, die von Abgebotsrunden gefolgt werden, besteht eine vergleichbare Situation. In vorliegendem Fall lässt sich dies nicht abschliessend beurteilen, [...]. Insgesamt ist daher festzuhalten, dass sich die Abrede bei Fall [...] aufgrund der besonders gelagerten Konstellation in quantitativer Hinsicht als nicht schwerwiegend erweist.

⁶²⁵ Ebenso RPW 2012/2, 399 Rz 1050, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁶²⁶ Siehe dazu etwa MARC DANIEL SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen vor Gericht, eine empirische Studie, 2005, abrufbar unter <www.decisions.ch/dissertation.html> (24.5.2013), S. 77 ff., insbesondere S. 88 f.

892. Zum Innenwettbewerb kann bezüglich der Fälle [...] auf bereits Gesagtes verwiesen werden:⁶²⁷ Wiedergegeben sei hier bloss das Fazit, namentlich dass dieser geradezu inexistent ist. Die Abreden in den Fällen [...] sind daher zusammenfassend in Anbetracht des Vorgehenden als quantitativ schwerwiegend zu qualifizieren.

B.6.5.3 Gesamtwürdigung

893. Die vorangehenden Ausführungen zeigen das qualitative und quantitative Gewicht der Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Abreden in den Fällen [...]. Es gilt diese beiden Elemente nun in einer Gesamtwürdigung gemeinsam und im Verhältnis zueinander zu betrachten, um festzustellen, ob die Abreden den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen oder nicht.

894. Diese Gesamtwürdigung fällt in den Fällen [...] leicht, ist doch die Beeinträchtigung sowohl in qualitativer wie auch in quantitativer Hinsicht als schwerwiegend zu betrachten. Dementsprechend ist ohne Weiteres auch die Beeinträchtigung insgesamt als erheblich einzustufen.

895. Vergleichbares gilt für all diejenigen Fälle, in welchen die WEKO gar eine Wettbewerbsbeseitigung als gegeben erachtet; die Beeinträchtigung durch diese Abreden ist sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht schwerwiegend. Selbst wenn man also in diesen Fällen entgegen der Ansicht der WEKO von der Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen möchte, läge diesfalls ohne Weiteres eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor.

896. [Eine Partei] ist der Ansicht, bei Fall [...] läge keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, selbst wenn man von einer Abrede ausgehen möchte (was sie bestreitet). [...] Es könne ausgeschlossen werden, dass [die geschützte Gesellschaft] tiefer kalkuliert hätte als CHF [...], da ihre Kalkulation CHF [...] ergeben habe. Dass sich [die Partei] an die Abrede gehalten und eine Stützofferte eingereicht hat, wurde bereits bei der Fallanalyse ausgeführt, worauf verwiesen sei.⁶²⁸ Dass [die Partei] auf ihre Eingabe zurückgekommen ist, nachdem sich gezeigt hatte, dass die Abrede nicht funktionierte, ändert nichts daran, dass sie die Abrede zunächst im Rahmen ihrer ursprünglichen Eingabe einhielt. Entgegen der Ansicht von [dieser Partei] steht keineswegs fest, dass [die geschützte Gesellschaft] ohne Absprache denselben Betrag eingegeben hätte wie mit der Absprache, wovon [diese Partei] jedoch ausgeht. Dies erscheint vielmehr ausgeschlossen. Gesagt werden kann nur, aber immerhin, dass nicht bekannt ist, wie hoch [die geschützte Gesellschaft] ohne Abrede eingegeben hätte. Diesfalls ist – wie zuvor ausgeführt – auf die Faustregel zurückzugreifen, dass eine in quantitativer Hinsicht schwerwiegende Beeinträchtigung vorliegt, wenn mindestens die Hälfte der an einer Submission teilnehmenden Unternehmen an der Absprache beteiligt sind.⁶²⁹ Da dies hier der Fall ist und zudem die Abrede auch in qualitativer Hinsicht als schwerwiegend zu beurteilen ist, ist gesamthaft von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen.

897. Bezüglich Fall [...] fällt die Gesamtwürdigung schwerer, liegt doch eine in qualitativer Hinsicht schwerwiegende Beeinträchtigung vor, die jedoch in quantitativer Hinsicht als nicht schwerwiegend einzustufen ist. Eine Gewichtung der beiden Elemente kann aber – gerade weil eine Rekonstruktion des Falls in quantitativer Hinsicht nicht möglich ist – nicht vorgenommen werden. Zu Gunsten der Parteien muss daher von einer insgesamt nicht erheblichen Beeinträchtigung ausgegangen werden. Da [eine Partei] im Ergebnis mit diesem Befund einig geht, brauchen ihre Argumente nicht näher betrachtet zu werden.

⁶²⁷ unter Rz 859 ff.

⁶²⁸ Siehe [...].

⁶²⁹ Dazu Rz 889 f.

898. Bezüglich Fall [...] verhält es sich ähnlich wie bei Fall [...]. Es liegt zwar eine in qualitativer Hinsicht schwerwiegende Beeinträchtigung vor, die jedoch in quantitativer Hinsicht als nicht schwerwiegend einzustufen ist. Eine Gewichtung der beiden Elemente kann aber – gerade weil eine Rekonstruktion des Falls in quantitativer Hinsicht nicht möglich ist – nicht vorgenommen werden. Zu Gunsten der Parteien muss daher von einer insgesamt nicht erheblichen Beeinträchtigung ausgegangen werden.

899. Für alle [...] vorgenannten Fälle trifft zu, dass auf diesen jeweiligen abgesprochenen Märkten durch die Abredeteilnehmer kein Umsatz erzielt wurde resp. dieser nicht auf die Abrede zurückzuführen ist. Während dies in den Fällen [...] (Zuschlag an Aussenwettbewerber) evident ist, bedarf es bezüglich Fall [...] noch einer Präzisierung. Hier erhielt zwar letztlich ein Abredeteilnehmer den Zuschlag, jedoch nicht aufgrund des abrededemäss eingeleiteten Preises, sondern aufgrund einer erneuten Eingabe, diesmal der ernsthaft gerechneten Offerte. Die Abrede resp. der aufgrund dieser in die Offerte „eingebaute Fehler“ führte demnach in diesem Fall zwar dazu, dass diesem Abredeteilnehmer eine Umgehung der vergaberechtlichen Vorgaben – namentlich der Konzeption der Ausschreibung als ein one-shot-game – möglich war, nicht aber dazu, dass er den Zuschlag aufgrund der abgesprochenen Preise erhielt (den Zuschlag sollte abrededemäss ein anderer Abredeteilnehmer erhalten, und zwar zu einem weitaus höheren Preis als zu dem der Zuschlag letztlich erteilt wurde).

B.6.5.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

900. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden 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 beruflichen Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

901. Anzufügen ist jedoch, 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.⁶³⁰

902. Für die zuvor dargestellten Abreden in den Fällen [...] sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Gleiches gilt im Übrigen für all diejenigen Fälle, in welchen die WEKO eine Wettbewerbsbeseitigung als gegeben erachten, wollte man bei diesen von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen. Auch das Verhalten der Parteien illustriert, dass sie die Abreden ebenfalls nicht als aus Effizienzgründen notwendig erachten, würden sie doch andernfalls nicht den Abschluss dieser – aus ihrer Sicht effizienten – Abreden derart vehement bestreiten. Ferner entfällt vorliegend die Rechtfertigungsmöglichkeit aus dem in Bst. b von Abs. 2 des Art. 5 KG genannten Grund: Wie zuvor gesehen, greift bei Submissionsabsprachen die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung und diese erweist sich für den Regelfall, namentlich wenn der Zuschlag planungsgemäss erteilt wird, auch als zutreffend. Solche Submissionsabsprachen eröffnen demnach den Abredeteilnehmern grundsätzlich die Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit für diejenigen „Ausreisser“, in welchen der Zuschlag nicht vereinbarungsgemäss erteilt wurde, entfällt daher.

⁶³⁰ RPW 2005/2, 276 Rz 46, *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz*.

B.6.6 Ergebnis

903. In den Fällen [...] liegen unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG fallende Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vor, die den wirksamen Wettbewerb beseitigten. Selbst wenn man in diesen Fällen – entgegen der Auffassung der WEKO – von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen würde, wären diese Abreden als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend zu qualifizieren, wobei eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen nicht gelingt. Bei Fall [...] ist zu berücksichtigen, dass dieser mehr als fünf Jahre vor der Untersuchungseröffnung zurückliegt. In den Fällen [...] liegen ebenfalls unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG fallende Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vor. Allerdings konnte in diesen Fällen die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden. Bei den Fällen [...] beeinträchtigen diese Abreden den wirksamen Wettbewerb ohne Rechtfertigung aus Effizienzgründen erheblich, während dies bei den Fällen [...] und [...] nicht der Fall ist. Bei Fall [...] handelt es sich nicht um eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG. Die vorgenannten Abreden sind, soweit sie wettbewerbsbeseitigend oder zumindest erheblich beeinträchtigend wirken, unzulässig und mit Ausnahme von Fall [...] (wegen Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG) gemäss Art. 49a KG zu sanktionieren.

904. Bezüglich der einzelnen Parteien ergibt dies folgendes Gesamtbild (Reihenfolge in erster Linie nach Anzahl erfolgreicher Schutznahmen, in zweiter Linie nach Anzahl erfolgreicher Stützofferten), [...].

Unternehmen	Erfolgreiche Schutznahmen	Anteil kartellrechtswidriger Beteiligungen
Hüppi	[1-10]	[11-20]
Toller	[1-10]	[3-10]
Birchmeier	[1-10]	[11-20]
Walo	[1-10]	[3-10]
Keller-Frei	[1-10]	[11-20]
Tibau	[1-10]	[3-10]
Flexbelag	[1-10]	[3-10]
Hagedorn	[1-10]	[3-10]
Müller	[1-10]	[3-10]
Kern	[1-10]	[3-10]
Brunner	[1-10]	[3-10]
Egli	[1-10]	-
Schiess	-	[3-10]
Strabag	-	-
Kibag	-	-
Marti	-	-

Übersicht über die Abredetätigkeiten der einzelnen Parteien.

Die Fälle [...] und [...] sind in dieser Übersicht nicht aufgeführt: Fall [...] nicht, weil es sich dort nicht um eine Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG handelt, und Fall [...] nicht, weil dieser Fall mehr als fünf Jahre vor der Untersuchungseröffnung zurückliegt und daher gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht mehr sanktioniert werden kann.

905. Die vorangehende Aufstellung zeigt, dass bezüglich Kibag wie auch Marti die vorliegende Untersuchung keine Erkenntnisse hervorbrachte, aufgrund derer die Beteiligung dieser zwei Baugesellschaften an unzulässigen Abreden bewiesen werden könnte. Das Verfahren gegen Kibag sowie dasjenige gegen Marti wird daher eingestellt. Weiter ist zwar bewiesen, dass Strabag in einem Fall an einer Abrede teilnahm und eine Stützofferte abgab. Diese war allerdings nicht erfolgreich und die Abrede erwies sich aus diversen Gründen als letztlich den wirksamen Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigend und damit (trotz allgemein anerkannter Schädlichkeit von Submissionsabsprachen und deshalb störenderweise) als zulässig. Entsprechend wird auch das Verfahren gegen Strabag eingestellt.

B.7 Sanktionierung und Sanktionsbemessung

B.7.1 Sanktionierung

B.7.1.1 Allgemeines

906. 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.⁶³¹ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.⁶³²

B.7.1.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

907. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben.

B.7.1.2.1 Unternehmen

908. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.⁶³³ Zur Qualifizierung der Parteien als Unternehmen siehe die Ausführungen unter Rz 75 ff., worauf verwiesen sei.

B.7.1.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

909. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.⁶³⁴

910. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Art. 49a Abs. 1 KG sieht nun nicht vor, dass sich für eine Sanktionierbarkeit die Unzulässigkeit einer Abrede aus einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung ergeben müsste. Anders gewendet besteht die Sanktionierbarkeit von unzulässigen, unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallenden Abreden unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbewerb beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird. Die Entstehungsgeschichte

⁶³¹ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; PATRIK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Vorbem. zu Art. 50–57 KG N 1; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

⁶³² BBl 2002 2022, 2034.

⁶³³ Statt vieler: BORER (Fn 584), Art. 49a KG N 6.

⁶³⁴ 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.

dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzeswortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht.⁶³⁵ Die bisherige Praxis der WEKO geht denn auch von einer Sanktionierbarkeit solcher Abreden aus.⁶³⁶

911. Bezüglich dieser zwei Voraussetzungen sei im Einzelnen zur Vermeidung von Redundanzen auf die vorangehenden Ausführungen betreffend die einzelnen Projekte und deren Würdigung verwiesen. Zusammenfassend sei hier festgehalten, dass diese Voraussetzungen in den Fällen [...] erfüllt sind, wobei bei Fall [...] eine Sanktionierung aufgrund des Zeitablaufs nicht mehr in Betracht kommt.

B.7.1.3 Vorwerfbarkeit

912. In der Botschaft zum KG 2003 vom 7. Dezember 2001 wurde in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG ausgeführt, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungssanktionen handle, die kein Verschulden voraussetzten.⁶³⁷ Ungefähr zur gleichen Zeit, namentlich in ihrem Entscheid vom 7. März 2002, tendierte die REKO/WEF allerdings in eine andere Richtung. Sie hielt – ohne Bezugnahme auf die vorerwähnte Botschaft – bezüglich Art. 51 KG fest, die Idee, dass eine (Verwaltungs-) Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, werde aufgrund ihrer vorangegangenen Ausführungen bekräftigt.⁶³⁸ Welche Rolle dem Element „faute“ (Verschulden) hinsichtlich der Sanktionierung zukomme, bräuchte allerdings nur beantwortet zu werden, wenn kein oder nur ein vermindertes Verschulden vorliegen würde, was hier aber nicht der Fall sei.⁶³⁹ In diesem Zusammenhang zitierte die REKO/WEF eine Lehrmeinung, wonach Verschulden vorliege, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die eine vernünftige, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestattete Person in einer entsprechenden Situation hätte vornehmen können oder müssen.⁶⁴⁰

913. Die WEKO behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoss gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur Vorwerfbarkeit. Dabei hielt die WEKO fest, dass mindestens eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen müsse.⁶⁴¹ Das BVGer bestätigte in der Folge die Rechtmässigkeit dieses Entscheids.⁶⁴²

914. Die WEKO hat seither bei jedem Sanktionsentscheid gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit geprüft.⁶⁴³ Diese Praxis der WEKO wurde durch das BVGer im Fall „Publigroupe“ bestätigt. Die WEKO stellte in der diesbezüglichen Verfügung fest, es liege seitens der Untersuchungsadressatinnen ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vor-

⁶³⁵ BBI 2002 2022, 2037.

⁶³⁶ Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 108 Rz 332, *Gaba*; RPW 2012/2, 401 Rz 1069, Fn 236, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung i.S. Nikon, Rz 534, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Nikon: Verfügung (11.06.2013).

⁶³⁷ Publiziert im Bundesblatt vom 12. März 2002, BBI 2002 2034.

⁶³⁸ Im Original: „Cela [das Vorangehende] conforte l'idée que l'on ne puisse infliger la sanction prévue à l'article 51 alinéa 1 LCart en se fondant uniquement sur des critères objectifs.“ (Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, *Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO*).

⁶³⁹ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, *Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO*.

⁶⁴⁰ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 399 E. 3.3.2, *Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO*.

⁶⁴¹ RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁶⁴² Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*.

⁶⁴³ Siehe die Nachweise in RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

werfbarkeit vor, nämlich zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung oder ein Organisationsverschulden. Dementsprechend sei das subjektive Element der Vorwerfbarkeit gegeben.⁶⁴⁴ Das BVGer beanstandete diese Sichtweise nicht. Es kam zum Schluss, dass, da die dortige Beschwerdeführerin 1 nicht alles Notwendige vorgekehrt habe, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten innerhalb der Übergangsfrist gemäss Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 beendeten, sie einen Kartellrechtsverstoss zumindest in Kauf genommen und damit eventualvorsätzlich gehandelt habe.⁶⁴⁵ Das BGer hält im Fall „Publigroupe“ fest, erforderlich sei eine Vorwerfbarkeit, wobei ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens massgeblich sei.⁶⁴⁶ An anderer Stelle in diesem Urteil hält das BGer sodann treffend fest, dass es an sich zutrefte, dass eine strafrechtliche Vorwerfbarkeit die genaue Identifikation der zu bestrafenden Person erfordere. Allerdings gehe es hier um die Sanktionierung juristischer Personen, was typischerweise dem Gehalt von Art. 49a KG entspreche. Das Gesetz verlange keine Zurechenbarkeit an eine natürliche Person, sondern eine solche an ein Unternehmen bzw. an dessen Organe. Die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, dürften nicht überzogen werden, denn sonst liefe die Bestimmung von Art. 49a KG, die vom Normzweck und -charakter her typischerweise auf juristische Personen anwendbar ist, ins Leere.⁶⁴⁷

915. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch die objektive Sorgfaltspflichtverletzung gegeben. Nur in seltenen Fällen wird kein Verschulden des Unternehmens vorliegen; so möglicherweise wenn die durch einen Mitarbeitenden ohne rechtliche oder faktische Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätten bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, um den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.⁶⁴⁸

916. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit ist demnach gegeben, wenn dem Unternehmen ein Verstoss gemäss Art. 49a Abs. 1 KG als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Eine solche liegt insbesondere vor, wenn die natürlichen Personen die relevanten Handlungen, welche sie für das an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen vornahmen⁶⁴⁹, vorsätzlich oder fahrlässig begingen oder für das Unternehmen agierende natürliche Personen pflichtwidrig das Einschreiten gegen solche Handlungen unterliessen oder das Unternehmen ein Organisationsverschulden trifft, welches darin besteht, dass es nicht alle möglichen und zumutbaren Vorkehrungen getroffen hat, um die Begehung eines Kartellrechtsverstosses innerhalb des Unternehmens zu verhindern.

⁶⁴⁴ RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insbesondere Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁶⁴⁵ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁶⁴⁶ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012 (zur Publikation vorgesehen), E. 12.2.1.

⁶⁴⁷ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012 (zur Publikation vorgesehen), E. 3.2 und 3.4.

⁶⁴⁸ RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁶⁴⁹ In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass nicht nur Organe (so schon nur aufgrund von Art. 55 des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]) die Unternehmen in kartellverwaltungsrechtlich relevantem Sinne zu verpflichten vermögen, sondern vielmehr zumindest alle Mitarbeitenden mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen in ihrem Tätigkeitsbereich (in diesem Sinne Art. 29 Bst. c des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB; SR 311.0]). Ob noch weitere Personen eine derartige Verpflichtung des Unternehmens herbeiführen, braucht hier mangels Relevanz für vorliegende Untersuchung nicht beantwortet zu werden.

917. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrigen Submissionsabsprachen trafen, taten dies vorsätzlich. Sie schlossen wissentlich und willentlich mit Unternehmen der gleichen Marktstufe wie dem „Ih-rigen“ Vereinbarungen über die Preisfestsetzung sowie die Aufteilung von Geschäftspartnern. Es ist bei Vereinbarungen wie den vorliegenden, vorbehaltlich ganz aussergewöhnlich gelagerter Ausnahmefälle (wie sie aber von keiner Partei auch nur ansatzweise geltend gemacht würden), gar nicht erst denkbar, dass diese von der handelnden natürlichen Person „unabsichtlich“, ohne ihr Wissen und Wollen dazu, abgeschlossen werden. Ob sich die Abredeteilnehmer bewusst waren, dass sich diese Abreden wettbewerbsbeseitigend oder zumindest wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigend auswirkten, ist irrelevant. Es handelt sich bei diesen Elementen – in Übernahme der strafrechtlichen Terminologie – um objektive Strafbarkeitsbedingungen. Selbst wenn man dies anders sehen möchte, wäre auch diesbezüglich zumindest Eventualvorsatz gegeben. Die Abredeteilnehmer wollten mit den Abreden doch gerade wissentlich und willentlich – freilich aufgrund einer Parallelwertung in der Laiensphäre und nicht mit juristisch exakter Erfassung der gesetzlichen Begriffe bzw. Terminologie – wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkungen herbeiführen. Sie nahmen dabei billigend in Kauf, dass diese zumindest erheblich, wenn nicht gar wettbewerbsbeseitigend sind. Sodann ist festzustellen, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt waren und jeweils dem mittleren oder oberen Kader, wenn nicht gar der Geschäftsleitung, angehörten. Und selbst wenn in einem Fall ausnahmsweise keine förmliche Zeichnungsberechtigung vorliegen sollte (was, soweit ersichtlich, nirgends der Fall war)⁶⁵⁰, läge jedenfalls eine entsprechende faktische Ermächtigung dazu vor. Denn eine Umsetzung der Vereinbarung setzt immer voraus, dass die betreffende Person bei der Kalkulation über eine weitreichende Entscheidungsmacht verfügt, die sie – zumindest faktisch – zu einer mit einer förmlich zeichnungsberechtigten Person vergleichbaren Entscheidungsträgerin macht. Der Vorsatz der handelnden natürlichen Personen bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

918. Anderweitige Gründe, welche dagegen sprechen würden, dass den Unternehmen die fraglichen Verhaltensweisen vorgeworfen werden können, sind nicht ersichtlich. So darf das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen für Unternehmen (als dessen Adressaten) allgemein als „bekannt“ vorausgesetzt werden.⁶⁵¹ Verschiedene Tatsachen beweisen, dass den Unternehmen wie auch den für sie handelnden natürlichen Personen, insbesondere denjenigen, welche in den hier geprüften Fällen Offerten kalkulieren, die zentralen Regeln des Kartellgesetzes effektiv bekannt waren: Die Parteien sind Mitglieder des Schweizerischen Baumeisterverbandes, dessen Wettbewerbsreglement in Art. 11 jegliche wettbewerbswidrigen Abreden untersagt und ferner die Möglichkeit vorsieht, dass ein dagegen verstossendes Mitglied aus dem SBV ausgeschlossen werden kann. Weiter wies der SBV seit Inkrafttreten der direkten Sanktionen im KG in mehreren Infoblättern (SBV-Flash) auf die kartellrechtlichen Regeln hin. Prägnant formulierte der SBV: „Sprich nie mit deinen Mitbewerbern über Preise, Mengen oder Gebiete!“⁶⁵² Ferner sehen die vergaberechtlichen Vorschriften die Möglichkeit eines Submissionsabbruchs für den Fall vor, dass die eingereichten Angebote wirksamen Wettbewerb nicht zu garantieren vermögen, was den Parteien ebenfalls bekannt ist. Schliesslich fanden sich bei mehreren Unternehmen auch Dokumente,

⁶⁵⁰ Es kann nur, aber immerhin, nicht in jedem einzelnen Fall bewiesen werden, welche natürliche Person für eine bestimmte Gesellschaft gehandelt hat; beweismässig festgestellt werden kann aber, dass eine bestimmte Gesellschaft an einer Vereinbarung beteiligt war und es ergibt sich aus der Natur der Sache, dass sie dies durch natürliche, für sie handelnde Personen tat.

⁶⁵¹ Siehe statt anderer etwa 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. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512).

⁶⁵² SBV-Flash vom März 2004, abrufbar unter <www.baumeister.ch/fileadmin/media/4_About_FAQ/Wir_ueber_uns/Publikation_Flash/flash09.pdf> (11.06.2013).

in welchen das Kartellrecht angesprochen und thematisiert wurde: So fand sich etwa eine gesellschaftsinterne E-Mail von Mitte 2004, in welcher ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass das neue KG per sofort ohne Ausnahme zu befolgen sei und insbesondere nicht zwischen öffentlichen und eingeladenen Submissionen unterschieden werde.⁶⁵³ Ferner liessen die potentiellen Vertragsparteien eines als „ARGE-Vorvertrag“ bezeichneten Vertrags⁶⁵⁴ diesen in allgemeiner Hinsicht durch zwei Anwaltskanzleien vorprüfen, wobei eine dieser Kanzleien – im Übrigen völlig zu Recht – zum Schluss kam, dieser Vertrag sei kartellrechtlich unhaltbar.⁶⁵⁵ Es fand sich diesbezüglich sodann eine (interne) Aktennotiz, in welcher festgehalten wurde, dass von der Bildung der entsprechenden „Arbeitsgemeinschaft“ aufgrund deren Einstufung als kartellrechtlich problematisch Abstand genommen worden sei und die diesbezüglichen Aktivitäten eingestellt worden seien.⁶⁵⁶ Das Vorliegen von Verbotsirrtümern kann daher ebenso ausgeschlossen werden wie das Vorhandensein anderer eine Vorwerfbarkeit ausschliessender oder einschränkender Gründe.

919. [...] , [...] und [...] machen geltend, eine Vorwerfbarkeit sei bezüglich ihnen nicht gegeben, zumindest aber läge kein vorsätzliches Handeln vor. Dazu im Einzelnen:

920. [...] bringt vor, sie treffe kein Verschulden, da sie Ende 2004 ein Compliance Programm eingeführt habe. Seitens der Unternehmensleitung sei verschiedentlich mit Nachdruck gefordert worden, dass das Kartellgesetz unbedingt einzuhalten sei. Entsprechend habe jeder Profit-Center-Leiter eine Weisung unterschreiben müssen, wonach er das KG ausnahmslos einhalte. Die Weisung sei durch Schulungen ergänzt worden. Zudem treffe es nicht zu, dass ein vorwerfbarer objektiver Sorgfaltsmangel bei juristischen Personen ausreiche; es müsse ein subjektiv-individueller Massstab zu Grunde gelegt werden. Das individuelle Verschulden sei nicht dargetan.⁶⁵⁷

921. Es mag sein, dass [...] die Profit-Center-Leiter eine Weisung unterschreiben liess, wonach sich diese verpflichteten, das Kartellgesetz einzuhalten, und dies noch mit Schulungen ergänzte. Die WEKO erkennt solche Vorkehren als grundsätzlich positiv an. Doch sind sie zu rudimentär, als dass sie etwas an der Vorwerfbarkeit des [...] angelasteten Verhaltens ändern könnten. Wie bereits in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ festgestellt, sind die Compliance-Anstrengungen von [...] als nicht ausreichend zu qualifizieren, um eine Vorwerfbarkeit in Frage stellen zu können. Kommt hinzu, dass in mindestens [...] der [...] vorgeworfenen Fällen beweismässig erstellt ist, dass ein Direktor von [...] – und zwar derjenige, der in einer internen E-Mail an diverse Empfänger zur Einhaltung des Kartellgesetzes aufrief – zumindest über die Vereinbarung informiert war, wenn er sie nicht sogar selber abgeschlossen hat. Von einer effektiv gelebten, nicht primär auf dem Papier bestehenden Compliance-Kultur kann daher nicht ausgegangen werden. Dass bei Kartellrechtsverstössen ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens zur Begründung der Vorwerfbarkeit ausreicht, hat das BGer in seiner jüngsten Rechtsprechung bestätigt.⁶⁵⁸ Es erübrigt sich daher, auf dieses Vorbringen weiter einzugehen.

922. [...] bringt vor, dass die Lehrmeinung von NIGGLI/RIEDO den von den Wettbewerbsbehörden gemachten Ausführungen bezüglich Vorwerfbarkeit zum Teil diametral wi-

⁶⁵³ Act. [...] der Hausdurchsuchungsakten [...].

⁶⁵⁴ Act. [...] der Hausdurchsuchungsakten [...].

⁶⁵⁵ Act. [...] der Hausdurchsuchungsakten [...]. Aus Sicht des Sekretariats ausgesprochen bedenklich ist aber, dass der zweiten mit der Vorprüfung befassten Anwaltskanzlei die kartellrechtliche Problematik des beabsichtigten Vertrags offenbar nicht einmal auffiel, jedenfalls bleibt dieser Punkt gänzlich unerwähnt (siehe act. [...] der Hausdurchsuchungsakten [...]).

⁶⁵⁶ Act. [...] der Hausdurchsuchungsakten [...].

⁶⁵⁷ Act. [...].

⁶⁵⁸ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012 (zur Publikation vorgesehen), E. 12.2.1.

dersprache. Aufgrund des materiell strafrechtlichen Charakters von Art. 49a KG müsse auch ein Verschulden (Vorsatz/Fahrlässigkeit) vorliegen und nachgewiesen werden. Einen solchen Nachweis habe die WEKO zumindest gegenüber [...] nicht ansatzweise zu erbringen versucht. [...] habe sehr wohl Vorkehrungen getroffen, um die Einhaltung des Kartellgesetzes sicherzustellen. So habe sie verschiedentlich Mitarbeiter an externe Weiterbildungsveranstaltungen entsandt, an denen das Kartellrecht thematisiert worden sei. Auch in internen Weiterbildungen sei das Thema behandelt worden. Sodann habe die Geschäftsleitung entsprechende Weisungen erlassen und die entsprechenden Vorschriften und Hinweise des SBV zirkulieren lassen. Beispielhaft sei das Schreiben der Geschäftsleitung vom April 2006 an alle Filialleiter zitiert, in welchem festgehalten werde „*Wir möchten Sie auf den beiliegenden SBV-Flash aufmerksam machen und teilen Ihnen mit, dass seitens der Geschäftsleitung Preisabsprachen nicht toleriert werden*“. Für [...] sei es nicht möglich, zur Vorwerfbarkeit konkret im Einzelfall Stellung zu nehmen. Es sei ihr nach wie vor nicht bekannt und weder dem Antrag noch den Akten des Verfahrens zu entnehmen, welcher Mitarbeiter wann und mit wem eine Absprache getroffen haben soll.⁶⁵⁹

923. Dass bei Kartellrechtsverstössen ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens zur Begründung der Vorwerfbarkeit ausreicht, hat das BGer in seiner jüngsten Rechtsprechung bestätigt.⁶⁶⁰ Es erübrigt sich daher, auf dieses Vorbringen oder die Lehrmeinung von NIGGLI/RIEDO weiter einzugehen. Wenn [...] geltend macht, es werde in den einzelnen Fällen die für [...] jeweils handelnde natürliche Person nicht näher bezeichnet, verkennt sie, dass es hier nicht um Kernstrafrecht gegen natürliche Personen, sondern – wenn schon – um Unternehmensstrafrecht geht und dass sich das Kartellgesetz nicht an natürliche Personen, sondern an Unternehmen (i.S. des KG) richtet. Wie das BGer festhielt, verlangt das KG keine Zurechenbarkeit an eine spezifische natürliche Person, sondern an ein Unternehmen. Dass eine Zurechenbarkeit gegenüber dem Unternehmen [...] gegeben ist, wurde bereits erläutert. Auch auf dieses Vorbringen ist daher nicht näher einzugehen. Was die Compliance-Anstrengungen von [...] angeht, so erkennt die WEKO solche Vorkehrungen als grundsätzlich positiv an. Doch sind sie zu rudimentär, als dass sie etwas an der Vorwerfbarkeit des der [...] angelasteten Verhaltens ändern könnten. Ein Compliance-Programm, das diesen Namen verdient, kann sich nicht darin erschöpfen, Weisungen zu erlassen, die Vorschriften und Hinweise des SBV zirkulieren zu lassen und das Kartellgesetz an externen und internen Weiterbildungen – im Übrigen in nicht näher konkretisierter Form – thematisiert zu haben. In einer Branche, in der bis zum Inkrafttreten der direkten Sanktionen im KG das Treffen von kartellrechtswidrigen Submissionsabsprachen an der Tagesordnung war,⁶⁶¹ wäre ein grundsätzliches Umdenken – ein Wandel der Unternehmenskultur hin zum Wettbewerbsgedanken – erforderlich. Dies aber setzt seitens der Unternehmen rigorose Vorkehrungen zur Einhaltung der kartellrechtlichen Vorschriften und vor allem auch deren strenge Überwachung und ausnahmslose interne Durchsetzung voraus. Dass [...] Vorkehrungen zur Überwachung und Durchsetzung getroffen hätte, bringt sie selber nicht vor, und auch ihre Vorkehrungen zur Bewusstseinsbildung scheinen halbherzig und eher zufällig als planmässig zu erfolgen. Illustrativ dafür mag sein, was in dem Schreiben von [...] nach dem von ihr zitierten Satz folgt: „*Die Konsequenzen daraus entnehmen Sie bitte ebenfalls dem SBV-Flash. Solange die Auseinandersetzungen zwischen dem SBV zur Revision des Kartellgesetzes nicht umgesetzt sind, leben wir mit der Unsicherheit, was tatsächlich gilt. Das kann nur anhand einer effektiven rechtlichen Auseinandersetzung irgendeiner Unternehmung mit den Kartellbehörden geklärt werden*“. Eine bedingungslose, überzeugte Aufforderung zur Einhaltung des Kartellgesetzes klingt anders. Kommt hinzu, dass sich der SBV-Flash mit keinem Wort zu den Konsequenzen äussert, die bei einem Kartellrechtsverstoss blühen. Was die Filialleiter dem SBV-Flash diesbezüglich entnehmen sollen, ist daher

⁶⁵⁹ Act. [...].

⁶⁶⁰ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012 (zur Publikation vorgesehen), E. 12.2.1.

⁶⁶¹ Siehe nur etwa RPW 2008/1, 96 ff. Rz 88 ff., *Strassenbeläge Tessin*.

schleierhaft und dürfte bei ihnen eher zum unzutreffenden Umkehrschluss führen, dass keine Konsequenzen drohen. Weiter fällt auf, dass der beigelegte SBV-Flash den Titel „Kartellgesetz – vom Umgang mit erlaubten Wettbewerbsabreden“ trägt, primär die KMU-Bekanntmachung beschlägt und sich der SBV darin dafür ausspricht, dass alle Wettbewerbsabreden von KMU, auch solche über Preise und Gebietsaufteilungen, gerechtfertigt sein sollten, sofern sie eine beschränkte Marktwirkung haben. Der SBV zeigt sich weiter darüber enttäuscht, dass dies gemäss der KMU-Bekanntmachung nicht der Fall ist. Immerhin hält er in dem vierseitigen SBV-Flash in einem Satz fest, dass er auch seine KMU-Mitglieder auffordere, auf die genannten Abreden untereinander zu verzichten. Während andere SBV-Flashes deutlich für die Einhaltung des Kartellgesetzes sprechen, z.B. „Sprich nie mit deinen Mitbewerbern über Preise, Mengen oder Gebiete!“⁶⁶², erscheint dieser SBV-Flash, dessen Zirkulation von [...] als exemplarisches Beispiel ihrer Compliance-Bemühungen genannt wird, äusserst ambivalent und eher Misstrauen gegen das Kartellgesetz und die WEKO schürend, als für die bedingungslose Einhaltung des Kartellgesetzes votierend. Die Compliance-Anstrengungen von [...] vermögen demnach die Vorwerfbarkeit der ihr angelasteten Verhaltensweisen nicht in Frage zu stellen.

924. [...] bringt vor, in Anlehnung an das gemeine Strafrecht seien Sachverhalts- und Verbotsirrtümer auch in Kartellrechtverfahren zu berücksichtigen. Für die Beurteilung der Vorwerfbarkeit sei primär die Vorstellung des Unternehmens vom Sachverhalt massgeblich, auch wenn diese von der Wirklichkeit abweichen sollte. [...] resp. deren Vertreter, die angeblich an Vereinbarungen beteiligt gewesen sein sollen, sei jedenfalls nicht bewusst gewesen, mit diesem angeblichen Verhalten gegen das Kartellgesetz zu verstossen. Selbst wenn das Kartellgesetz grundsätzlich auch bei KMU als bekannt vorausgesetzt werden könne, dürfe der Massstab für KMU in dieser Beziehung nicht all zu hoch angesetzt werden. Es könne nicht erwartet werden, dass KMU hier gleich bewandert seien wie Grossunternehmen, auch mangels eines internen Rechtsdienstes. Das Verschulden von [...] sei daher, wenn überhaupt, als gering einzustufen. Jedenfalls habe kein Vorsatz bestanden, sondern höchstens Fahrlässigkeit.⁶⁶³

925. [...] greift bei dieser Argumentation auf im StGB verankerte strafrechtliche Prinzipien zurück und überträgt diese auf das Kartellverwaltungsrecht. Ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass dies in grundsätzlicher Hinsicht überzeugt, kann hier offen bleiben, da die vorgebrachte Argumentation jedenfalls inhaltlich nicht überzeugt. Inwiefern sich [...] resp. die für sie handelnden Personen beim Treffen der Vereinbarungen und deren Umsetzung über den Sachverhalt geirrt haben sollen, legt [...] nicht ansatzweise dar und ein irgendwie gearteter Sachverhaltsirrtum ist auch nicht ersichtlich.⁶⁶⁴ Wenn sie ausführt, sich nicht bewusst gewesen zu sein, mit solchen Vereinbarungen gegen das Kartellrecht zu verstossen, so beruft sie sich nicht auf einen Sachverhalts-, sondern auf einen Verbotsirrtum, welcher an der Vorsätzlichkeit des Handelns nichts ändert. Das Kernstrafrecht stellt an schuldausschliessende Verbotsirrtümer zu Recht hohe Anforderungen. Vorliegend geht es um Vereinbarungen über Preise und die Aufteilung von Geschäftspartnern zwischen direkten Konkurrenten (Art. 5 Abs. 3 KG). Dabei handelt es sich geradezu um den Archetyp eines Kartellrechtsverstosses, nämlich um ein Kartell. Das Vorliegen eines Verbotsirrtums kann hier – interner Rechtsdienst hin oder her – ausgeschlossen werden. Nebst dem, dass das Kartellgesetz und insbesondere das Verbot harter horizontaler Abreden als „allgemein“ bekannt vorausgesetzt werden darf, kann zudem auf die vorangehenden Ausführungen betreffend der diesbezüglichen branchenspezifischen „Aufklärung“ durch den SBV sowie dessen

⁶⁶² SBV-Flash vom März 2004, abrufbar unter <www.baumeister.ch/fileadmin/media/4_About_FAQ/Wir_ueber_uns/Publikation_Flash/flash09.pdf> (11.06.2013).

⁶⁶³ Act. [...].

⁶⁶⁴ Siehe dazu auch vorangehend Rz 917, wo erörtert wird, worauf sich der subjektive Tatbestand beziehen muss.

einschlägigem Wettbewerbsreglement verwiesen werden.⁶⁶⁵ Vor diesem Hintergrund überrascht, wenn ein Unternehmen aus der Baubranche heute noch geltend macht, sich der kartellrechtlichen Unzulässigkeit von Submissionsabsprachen nicht bewusst gewesen zu sein; damit legt es zumindest eine Gleichgültigkeit gegenüber den geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen an den Tag, die erstaunt.

B.7.2 Sanktionsbemessung

B.7.2.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen

926. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt als Maximalsanktion die Obergrenze des Bussenrahmens dar. Der konkrete Sanktionsbetrag bemisst sich nach der Dauer sowie der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 49a Abs. 1 KG).

927. 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 Verhältnismässigkeit⁶⁶⁶ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁶⁶⁷ 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.⁶⁶⁸

B.7.2.2 Maximalsanktion

928. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10 % des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung.⁶⁶⁹ Der Unternehmensumsatz bestimmt sich entsprechend auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen sind.⁶⁷⁰ Die für die Berechnung der Maximalsanktion massgeblichen letzten drei Geschäftsjahre sind die drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre.⁶⁷¹ In casu dürften dies die Geschäftsjahre 2010, 2011 und 2012⁶⁷² sein.

⁶⁶⁵ Siehe Rz 918.

⁶⁶⁶ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

⁶⁶⁷ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁶⁶⁸ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁶⁶⁹ RPW 2007/2, 235 Rz 321, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁶⁷⁰ RPW 2009/3, 213, Rz 113, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁶⁷¹ Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (11.06.2013).

929. In vorliegendem Fall erübrigt sich eine Ermittlung des jeweiligen Unternehmensumsatzes der Parteien und es kann – auch im Interesse der Parteien – auf die Erhebung der entsprechenden Daten verzichtet werden. Dies aus folgendem Grund: Gemäss SVKG ist für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst ein Basisbetrag zu bestimmen, der maximal 10 % des Umsatzes der Unternehmen auf dem resp. den relevanten Märkten beträgt (Art. 3 SVKG). Vorliegend handelt es sich bei jedem Projekt um einen einzelnen Markt. Es ist evident, dass der für die Bestimmung der Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wesentliche Umsatz, nämlich der gesamte Umsatz des Unternehmens in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz, bei allen Parteien unzweifelhaft ein Vielfaches der Volumina der von ihnen abgesprochenen Projekte, und damit der jeweils relevanten Märkte, beträgt. Die auszusprechenden Sanktionen belaufen sich daher nicht annähernd in der Höhe der Maximalsanktion, weshalb deren genaue Bestimmung überflüssig ist.

930. Hervorzuheben ist an dieser Stelle aber, dass keine Partei geltend macht, in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz keinen Umsatz erzielt zu haben. Solches wäre auch nicht ersichtlich. Damit ist bereits hier festzuhalten, dass die Sanktionsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt sind.

B.7.2.3 Konkrete Sanktionsberechnung

931. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens von CHF 1.- bis 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn.

932. Die konkrete Sanktionsbemessung regelt die SVKG näher. Sie erfolgt gemäss SVKG in drei Schritten: Zunächst ist der sogenannte, vorangehend bereits erwähnte Basisbetrag zu bestimmen. Dieser ist in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann (vgl. Art. 3–6 SVKG).⁶⁷³

B.7.2.3.1 Basisbetrag

933. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem resp. den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). In Anbetracht der zeitlich befristeten relevanten Märkte⁶⁷⁴ bleibt die Einschränkung auf die letzten drei Geschäftsjahre ohne praktische Bedeutung. Hierbei ist klarzustellen, dass sich die Verjährung/Verwirkung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG richtet und Art. 3 SVKG hierzu nichts besagt.

934. Entsprechend der in casu vorgenommenen Marktabgrenzung⁶⁷⁵ handelt es sich bei den einzelnen Ausschreibungen um je eigene Märkte. Daher bemisst sich auch der

⁶⁷² Davon ausgehend, dass die Geschäftsjahre den Kalenderjahren entsprechen und ein Abschluss vorliegt. Sollte dies bei einem Unternehmen nicht der Fall sein, wären – je nach Ende Geschäftsjahr und Abschluss sowie ohne in eine genauere Berechnung einzusteigen – die Jahre 2009/10, 2010/11 und 2011/12 (bei Ende des Geschäftsjahres und Abschluss in der zweiten Jahreshälfte) resp. 2010/11, 2011/12 und 2012/13 (bei Ende des Geschäftsjahres und Abschluss in der ersten Jahreshälfte) massgeblich. Da vorliegend die Maximalsanktion insgesamt offen bleiben kann, kann auch die exakte zeitliche Bestimmung offen bleiben.

⁶⁷³ RPW 2011/1, 191 Rz 574, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁶⁷⁴ Dazu Rz 841 f.

⁶⁷⁵ Siehe Rz 823 ff.

Basisbetrag anhand des Umsatzes, der auf diesen einzelnen relevanten Märkten erzielt wurde. Wie es sich verhalten würde, wenn die Sachlage eine andere wäre, insbesondere wenn eine umfassendere Abrede bewiesen und aufgrund dessen eine weitere Marktabgrenzung angezeigt wäre, kann hier offen bleiben.

935. Hüppi bringt hiergegen vor, die drei letzten Geschäftsjahre seien in casu 2010, 2011 und 2012. Es verstosse gegen das Legalitätsprinzip, wenn behauptet werde, die Einschränkung auf die drei letzten Geschäftsjahre sei vorliegend ohne praktische Bedeutung. Es verstosse auch gegen den Grundsatz, dass einer Verfügung die tatsächlichen Verhältnisse im Entscheidungszeitpunkt zu Grunde zu legen seien. Der Grundsatz von „nulla poena sine lege certa“ gelte gemäss BVGer auch im Rahmen von Art. 49a KG. Art. 7 EMRK statuiere den Grundsatz, wonach Straftaten und auch Strafsanktionen auf einer Rechtsgrundlage beruhen müssten. Nach schweizerischem Recht bedürfe dies grundsätzlich einer formellen Gesetzesgrundlage, wobei eine Konkretisierung in einer gesetzesvertretenden Rechtsverordnung zulässig sei, sofern die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation erfüllt seien. Art. 49a Abs. 1 KG als Gesetz im formellen Sinn regle die Grundzüge der Sanktionsbemessung und Art. 60 KG ermächtige den Bundesrat, in Bezug auf das KG Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Die SVKG, welche die Sanktionsbemessung nach Art. 49a KG konkretisiere, sei daher anerkanntermassen gültig erlassen worden. Sowohl die Verwaltung als auch die Gerichte hätten sich entsprechend an den Inhalt der SVKG zu halten. Eine allfällige Sanktion gegen Hüppi dürfe daher ausschliesslich auf Basis des Umsatzes, den sie *„in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat“* (Art. 3 SVKG) berechnet werden. Das Abstellen auf andere Berechnungsgrundlagen verstosse gegen das Legalitätsprinzip und sei unzulässig. Es sei daher unzulässig, die in Art. 3 SVKG klar vorgegebene zeitliche Bemessungsgrundlage auf Basis der letzten drei Geschäftsjahre nicht zu beachten. Ebenfalls nicht zulässig wäre es, die in Art. 3 SVKG enthaltene zeitliche Bemessung ab einem anderen als nach Lehre und Praxis massgeblichen Zeitpunkt vorzunehmen. Zwar sei Art. 3 SVKG insofern unbestimmt, als aus dem Wortlaut nicht hervorgehe, ab welchem Zeitpunkt die letzten drei Geschäftsjahre berechnet werden sollten. Dies sei jedoch mit dem Legalitätsprinzip nur zu vereinbaren, sofern die Strafbemessung durch wettbewerbsrechtliche Fallpraxis und richterliche Rechtsfortbildung trotzdem voraussehbar werde. Nach einhelliger Lehre und ununterbrochener Praxis der WEKO würden die letzten drei Geschäftsjahre auf Basis der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre vor Erlass der Verfügung berechnet. Auch die Botschaft des Bundesrates sei diesbezüglich eindeutig. Diese Praxis ergebe sich auch aus dem Grundsatz, dass die tatsächlichen Verhältnisse im Entscheidungszeitpunkt massgeblich seien. Massgeblicher Referenzpunkt könne nur der Zeitpunkt des Verfügungserlasses sein. Ein Abstellen auf eine andere Sanktionsbasis als die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre vor Verfügungserlass entbehre daher einer genügenden gesetzlichen Grundlage. Selbst wenn diese gesetzliche Grundlage gegeben wäre, wäre das Abstellen auf vier bis sieben Jahre zurückliegende Umsätze, wie hier geschehen, unzulässig. Würde die WEKO plötzlich auf eine andere Bemessungsgrundlage als auf die letzten drei Geschäftsjahre vor Erlass der Verfügung abstellen, wäre die Bemessungsgrundlage für die Sanktion nicht voraussehbar. Es würde eine unzulässige Praxisänderung darstellen und das Bestimmtheitsgebot wäre in diesem Fall verletzt. Dessen sei sich offenbar auch das Sekretariat bewusst gewesen, wolle es doch gemäss Antrag nicht auf einen anderen Zeitpunkt abstellen, sondern tue die zeitliche Einschränkung einfach als ohne praktische Bedeutung ab und wolle sie deshalb nicht anwenden. Vor dem aufgezeigten Hintergrund wären bei einem Verfügungserlass im Sommer 2013 für die drei letzten Geschäftsjahre die Jahre 2010, 2011 und 2012 massgeblich. In diesem Zeitraum bestehe kein relevanter Markt, weil keine Bauprojekte in diesem Zeitraum untersucht worden seien. Somit seien auch keine Umsätze auf dem relevanten Markt getätigt worden und der Basisbetrag müsse Null betragen.

936. Schiess ist ebenfalls der Ansicht, dass einzig auf den in den Jahren 2010, 2011 und 2012 auf den relevanten Märkten erzielten Umsatz abgestellt werden könne.⁶⁷⁶

937. Zu diesem Vorbringen von Hüppi nimmt die WEKO nachfolgend Stellung. Von zentraler Bedeutung ist, zwischen der Sanktionsnorm von Art. 49a KG und der konkreten Sanktionsbemessung anhand der SVKG zu unterscheiden.

938. Art. 49a KG ist – wie Hüppi zutreffend festhält – in einem Gesetz in formellem Sinn enthalten. Dieser Artikel normiert einerseits (i.V.m. Art. 5 Abs. 3 und 4 resp. 7 KG) die Straftat (die Tatbestandsseite) und hält andererseits die Strafsanktion⁶⁷⁷ (die Rechtsfolge) fest, womit eine genügende rechtliche Grundlage für die Sanktionierung besteht. Ferner regelt sie die Bemessungskriterien (Abs. 1) und statuiert die Gründe für einen teilweisen (Abs. 2) oder vollständigen (Abs. 2 und 3) Sanktionserlass. Die maximale Höhe der Strafsanktion beträgt 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Damit wird auf der Rechtsfolgenseite die Erzielung eines Umsatzes in der Schweiz in den letzten drei Geschäftsjahren zu einer Voraussetzung für die Sanktionierung gemacht. Gemeint sind damit die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre vor Erlass der Verfügung, wie Hüppi zu Recht geltend macht. Dies ergibt sich unter anderem aus der Botschaft des Bundesrates.⁶⁷⁸ Denn eine gezielte „Aushöhlung“ des Umsatzes – der gemäss Botschaft ein Abstellen auf die Umsätze der letzten drei (und nicht bloss des letzten) Geschäftsjahres begründet – ist in der Tat erst nach Verfahrenseröffnung denkbar. Dies entspricht denn auch der bisherigen Praxis der WEKO⁶⁷⁹ und den Lehrmeinungen⁶⁸⁰. Dass alle Parteien in den so bestimmten letzten drei Geschäftsjahren einen Umsatz in der Schweiz erzielt haben, ist unbestritten; auch Hüppi macht nicht geltend, in den Jahren 2010, 2011 und 2012 keinen Umsatz in der Schweiz erzielt zu haben. Als Zwischenfazit ist deshalb festzuhalten, dass die Voraussetzungen für eine Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG somit sowohl auf Tatbestands- wie auch auf Rechtsfolgenseite erfüllt sind. Art. 49a Abs. 1 KG eröffnet der WEKO kein Entschliessungsermessen hinsichtlich der Rechtsfolge, ist mithin keine „Kann-Vorschrift“.⁶⁸¹ Sind – wie vorliegend – die Voraussetzungen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt (und liegt kein Sanktionserlassgrund gemäss Abs. 2 oder 3 vor), muss – jedenfalls wenn dies faktisch nicht unmöglich ist⁶⁸² – eine Sanktion ausgesprochen werden.

939. Von der Strafnorm als solcher ist nun die konkrete Sanktionsbemessung zu unterscheiden. Nach welchen Kriterien diese zu erfolgen hat, legt ebenfalls Art. 49a Abs. 1 KG – und damit ein Gesetz im formellen Sinn – fest. Massgeblich ist die Dauer und die Schwere des unzulässigen Verhaltens. Ferner ist der durch dieses Verhalten mutmasslich erzielte Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Die Sanktionsbemessung wird in der

⁶⁷⁶ Siehe act. [...].

⁶⁷⁷ An dieser Stelle sei daran erinnert, dass auch im Kernstrafrecht die Sanktionsrahmen ausgesprochen weit sind (beispielsweise bei schwerer Körperverletzung gemäss Art. 122 StGB mit einer Freiheitsstrafe zwischen einem Tag und zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen), damit bei der Sanktionsbemessung dem konkreten Einzelfall ausreichend Rechnung getragen werden kann; eine genügende gesetzliche Grundlage liegt aber auch diesfalls vor.

⁶⁷⁸ Vgl. BBI 2002 2022, 2037.

⁶⁷⁹ Statt anderer etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (11.06.2013).

⁶⁸⁰ Etwa BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 48 m.w.H.

⁶⁸¹ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 17.

⁶⁸² Einzig die singuläre Ausgangslage, welche faktisch eine Sanktionierung aller Abredeteilnehmer, gegen die die Untersuchung eröffnet wurde, verunmöglichte, führte in RPW 2010/4, 699 Rz 382 ff., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*, dazu, dass von der Sanktionierung einer bestimmten Gruppe von Abredeteilnehmern Umgang genommen werden musste. Eine solch singuläre Ausgangslage liegt hier nicht vor.

SVKG näher konkretisiert. Art. 3 SVKG dient dabei (nebst Art. 5 und 6 SVKG) der Ermittlung der Schwere des unzulässigen Verhaltens und sieht vor, dass zunächst ein Basisbetrag zu bestimmen ist. Dieser richtet sich nach dem in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz *auf den relevanten Märkten* erzielten Umsatz. Aufgrund dieser Einschränkung ist der für den Basisbetrag wesentliche Umsatz meist kleiner als der Gesamtumsatz, der für die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG massgeblich ist. Zweck dieser Einschränkung auf den Umsatz, der auf den relevanten Märkten erzielt wurde, ist es, denjenigen Umsatz zu erfassen, der durch die unrechtmässige Kartell- oder Monopolrente vergrössert wurde,⁶⁸³ widerspiegelt sich darin doch die Schwere des unzulässigen Verhaltens. Zudem wird mit dieser Einschränkung der gewinnabschöpfenden Komponente der Kartellrechtssanktion besonders Rechnung getragen (im Gegensatz zu deren pönaler Komponente). Die Abstützung auf den Umsatz dient demnach bei Art. 3 SVKG einer anderen Funktion als bei der Bestimmung der Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG. Diese unterschiedliche Funktion gilt es insbesondere auch bei der hier interessierenden Auslegung zu berücksichtigen, wenn es darum geht, zu ermitteln, von welchem Zeitpunkt aus die letzten drei Geschäftsjahre bei Art. 3 SVKG zu messen sind. Wie Hüppi dies zutreffend festhält, lässt der Wortlaut dies offen. Materialien, welche sich ausdrücklich dazu äussern würden, bestehen nicht. Welchem Zweck der Umsatz bei Art. 3 SVKG dient, wurde zuvor, unter anderem mit Abstützung auf die Erläuterungen zur SVKG, dargestellt. In den häufigsten Fällen wird nun eine Gesellschaft ihr unzulässiges Verhalten spätestens im Zeitpunkt einer Verfahrens- resp. Untersuchungseröffnung durch die Wettbewerbsbehörden einstellen.⁶⁸⁴ Würde für die Bestimmung des Basisbetrags auf den in den letzten drei Geschäftsjahren ab Verfügungserlass auf den relevanten Märkten erzielten Umsatz abgestellt, würde dies dem von Art. 3 SVKG verfolgten Zweck – insbesondere der gewinnabschöpfenden Komponente – zuwiderlaufen. Der Zweck von Art. 3 SVKG wird hingegen verwirklicht, wenn auf den Umsatz abgestellt wird, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.

940. Dass die Lehre einhellig anderer Meinung ist, wie Hüppi dies ausführt, trifft bei genauerer Betrachtung nicht zu. Vielmehr ist festzustellen, dass die Lehre (ebenso wie Hüppi) diesbezüglich nicht zwischen Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG und deren unterschiedlichem Regelungszweck differenziert (soweit sie sich überhaupt dazu äussert) und sich insbesondere auch im Zusammenhang mit Art. 3 SVKG auf die Ausführung in der Botschaft bezieht, welche sich jedoch einzig auf Art. 49a KG bezieht. M.a.W. fehlt es in der Lehre an einer vertieften Auseinandersetzung mit diesem Thema. Im Einzelnen: REINERT äussert sich nur zu Art. 49a Abs. 1 KG ausdrücklich, während er bezüglich Art. 3 SVKG nicht weiter ausführt, welcher Zeitpunkt massgeblich sein soll.⁶⁸⁵ TAGMANN/ZIRLICK berufen sich ebenso wie WEBER/RIZVI auf REINERT und übertragen dessen bezüglich Art. 49a Abs. 1 KG geäusserte Ansicht ohne weitere Begründung auf Art. 3 SVKG.⁶⁸⁶ Von einer ununterbrochenen anderslautenden Praxis der WEKO, wie Hüppi es behauptet, kann ebenfalls nicht die Rede sein. Exemplarisch zu erwähnen ist an dieser Stelle die Verfügung in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, in welcher bei der Maximalsanktion gemäss Art. 49a KG auf die Umsätze der Jahre 2007–2009 abgestellt wird, bei der Bestimmung des Basisbetrags aber auf die Umsätze auf den relevanten Märkten in einem Zeitraum von Juni

⁶⁸³ In dem Sinn Vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, abrufbar unter: <www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de> (11.06.2013), ad Art. 3 Bst. b (nachfolgend: Erläuterungen SVKG). Ebenfalls dahingehend ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl., 2013, Art. 49a KG N 25.

⁶⁸⁴ Insofern anders gelagert der Sachverhalt im bereits mehrfach erwähnten Publigruppe-Fall.

⁶⁸⁵ SHK-REINERT (Fn 667), Art. 49a KG N 10 (ad Art. 49a KG) einerseits und N 15 (ad Art. 3 SVKG) andererseits.

⁶⁸⁶ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 48; ROLF H. WEBER/SALIM RIZVI, in: Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Art. 3 SVKG N 3.

2006 bis Juni 2009.⁶⁸⁷ In der Verfügung i.S. Altimum wird bei der Maximalsanktion gemäss Art. 49a KG auf die Umsätze der Jahre 2009–2011 abgestellt, während bei der Bestimmung des Basisbetrags unter ausdrücklichem Hinweis auf die gewinnabschöpfende Komponente der Sanktion die Umsätze auf den relevanten Märkten in den Jahren 2008–2010 als massgeblich betrachtet werden.⁶⁸⁸

941. Dass die Auslegung des massgeblichen Zeitpunkts bei Art. 3 SVKG, wie sie Hüppi vertritt, zu unsachgemässen Ergebnissen führt, sei an folgendem Beispiel illustriert: Die Gesellschaft A stellt Produkte her und fährt dabei eine Mehrproduktstrategie.⁶⁸⁹ Die Preise für das Produkt P hat sie mit ihren Konkurrenten abgesprochen. Unmittelbar nach Untersuchungseröffnung im Zeitpunkt Z geben die Kartellanten das unzulässige Verhalten auf. Kurz darauf stellt A die Produktion des Produkts P ein. Im Gegensatz zu ihren effizienter produzierenden Konkurrenten gelingt es ihr nämlich ohne abredebedingt hochgehaltene Preise nicht, dieses Produkt gewinnbringend zu produzieren. Die Preisabsprache war also, jedenfalls soweit A betreffend, strukturerhaltend. Die WEKO erlässt ihre Verfügung vier Jahre nach Untersuchungseröffnung (somit im Zeitpunkt Z+4). Bei Art. 49a KG sind die Umsätze der abgeschlossenen Geschäftsjahre Z+1, Z+2 und Z+3 massgeblich, wobei A aufgrund der übrigen von ihr produzierten Produkte in dieser Zeit unstreitig Umsätze in der Schweiz erzielt hat. Wären nun bei Art. 3 SVKG ebenfalls diese drei Jahre massgeblich, betrüge der Umsatz von A in dieser Zeitspanne auf den relevanten Märkten CHF 0. In Anbetracht dessen, dass A Art. 49a Abs. 1 KG verwirklicht hat, alle dort genannten Sanktionsvoraussetzungen erfüllt sind und sie über Jahre hinweg von den kartellistisch hochgehaltenen Preisen profitierte, kann dieses Auslegungsergebnis nicht richtig sein. Auch bei den Konkurrenten von A würde dies zu unbefriedigenden, insbesondere die gewinnabschöpfende Komponente der Sanktion missachtenden Ergebnissen führen, da für sie nicht der Umsatz aus der kartellistischen Periode massgeblich wäre, sondern aus der Periode nach Zusammenbruch der Preisabsprache. Ist bei Art. 3 SVKG hingegen, wie zuvor ausgeführt, der Zeitpunkt der Aufgabe der unzulässigen Verhaltensweise massgeblich, ergibt sich ein stimmiges Resultat. Damit wird nämlich für die Bestimmung des Basisbetrags auf die Umsätze aus den kartellistischen Jahren Z-3, Z-2 und Z-1 abgestellt.

942. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass bei Art. 49a Abs. 1 KG die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre vor Verfügungserlass gemeint sind, während es bei Art. 3 SVKG die letzten drei Geschäftsjahre vor Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens auf dem jeweiligen relevanten Markt sind. Infolge der in casu vorgenommenen Marktabgrenzung, die zu einer Vielzahl von relevanten Märkten führt, namentlich einem pro abgesprochener Submission, sind bei jedem relevanten Markt jeweils die Umsätze der letzten drei Geschäftsjahre vor Aufgabe des unzulässigen Verhaltens massgebend. Da der Umsatz auf dem relevanten Markt jeweils dem Umsatz bei der fraglichen Submission entspricht, ergibt dieser den Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG. Die Einschränkung des Umsatzes „auf die letzten drei Geschäftsjahre“ bei der Bestimmung des Basisbetrags gemäss Art. 3 SVKG ist daher bei Einzelsubmissionsabreden und entsprechender, wie hier vorgenommener Einzelsubmissionsmarktabgrenzung – wie bereits im Antrag festgehalten – im Ergebnis ohne praktische Bedeutung.

⁶⁸⁷ RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*

⁶⁸⁸ Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (11.06.2013).

⁶⁸⁹ Fährt sie hingegen eine Einproduktstrategie, dürfte sie bei der nachfolgend geschilderten Sachlage in Konkurs fallen, wodurch sich die Frage einer Sanktionierung erübrigt.

i) Grundsätzliches zum Einbezug von Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen in den Basisbetrag

943. Einzelsubmissionsmärkte weisen bezüglich des Umsatzes, der auf dem resp. den relevanten Märkten erzielt wurde, im Vergleich zu anderen Märkten eine Besonderheit aus: Es gilt bei ihnen der Grundsatz, „the winner takes it all“. D.h., diejenige Baugesellschaft (oder gegebenenfalls ARGE), die den Zuschlag erhält, hat einen Marktanteil von 100 % und vorbehaltlich der Untervergabe von einzelnen spezifischen Arbeiten an Subunternehmer erzielt denn auch nur sie einen Umsatz auf diesem Markt. Da nur ein Anbietender bei einer Submission den Zuschlag erhalten kann, kann eben auch nur ein Abredeteilnehmer (der geschützte) einen Umsatz auf dem entsprechenden relevanten Markt erzielen; die übrigen Abredeteilnehmer (die schützenden) der kartellrechtswidrigen Vereinbarung haben zwangsläufig keinen Umsatz auf diesem Markt. Geht es um die Behandlung der bei einer Submission geschützten Baugesellschaft, die den Zuschlag erhalten hat, zeitigt diese Besonderheit von Einzelsubmissionsmärkten keine Folgen und es kann wie üblich vorgegangen werden. Wie aber sind die übrigen Abredeteilnehmer, namentlich die bei einer Submission schützenden Baugesellschaften, zu behandeln, die sich ebenfalls an der kartellrechtswidrigen Vereinbarung beteiligt und diese umgesetzt haben? Ist dieses gegen Art. 5 Abs. 3 KG verstossende Verhalten einer Sanktionierung etwa gänzlich entzogen, und falls nicht, wie fliesst es in die Sanktionsberechnung ein? Die gleiche Frage stellt sich auch bezüglich der geschützten Baugesellschaft bei Submissionsabsprachen, die zwar den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, durch welche aber von den Abredeteilnehmern kein resp. kein auf die Abrede zurückführbarer Umsatz generiert wurde.

944. Im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“, dem ersten Fall im Bereich Submissionsabsprachen, der direkt sanktioniert wurde, wurde diese Besonderheit von Einzelsubmissionsmärkten, soweit ersichtlich, nicht berücksichtigt.⁶⁹⁰ Dies dürfte wohl auf den dortigen Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit allen Parteien und die damit einhergehende Zurückhaltung bezüglich Auslotung der möglichen Sanktionsgrenzen zurückzuführen sein, wurde wegen der einvernehmlichen Regelung doch auch etwa auf den Nachweis eines Rotationskartells verzichtet.⁶⁹¹ Im Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ wurde in grundsätzlicher Hinsicht entschieden, dass auch solche nicht umsatzgenerierenden, jedoch kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen im Rahmen von Einzelsubmissionsabsprachen bei der Sanktionierung zu berücksichtigen sind.⁶⁹² In welcher Form dies geschehen soll, wurde danach differenziert, ob eine Baugesellschaft durch bewiesene Einzelsubmissionsabsprachen selber einen Umsatz erzielte oder nicht. Im ersten Fall wurden nicht umsatzgenerierende, kartellrechtswidrige Verhaltensweisen als erschwerende Umstände berücksichtigt. Im zweiten Fall wurde in der Verfügung eine Pauschalsanktion ausgesprochen, während hierfür im Antrag das Abstellen auf einen hypothetischen eigenen Umsatz aufgrund der Höhe der Stützofferten vorgesehen war.⁶⁹³ Keine der drei Baugesellschaften, welchen eine Pauschalsanktion auferlegt wurde, hat dagegen Beschwerde erhoben.

945. Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, ist sich eine Praxis, wie bei Einzelsubmissionsabsprachen mit solch nicht umsatzgenerierenden, aber kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen umzugehen ist, erst am herausbilden und oberinstanzliche Rechtsprechung hierzu gibt es derzeit noch nicht. Es gilt vorliegend entsprechend, diese Rechtsprechung fort- und weiterzuentwickeln. Dabei ist soweit möglich – gerade auch im Hinblick auf die Behandlung künftiger Fälle von Einzelsubmissionsabsprachen – eine allgemeingültige

⁶⁹⁰ RPW 2009/3, 212 ff. Rz 110 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁶⁹¹ RPW 2009/3, 215 Rz 128, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁶⁹² Siehe RPW 2012/2, 406 ff. Rz 1093 ff. sowie 1108 und 1110, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁶⁹³ Siehe RPW 2012/2, 406 ff. Rz 1090 ff. sowie 1108 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

ge und vorhersehbare, Rechtssicherheit und Gleichbehandlung gewährleistende Lösung zu entwickeln.

946. In grundsätzlicher Hinsicht ist zunächst festzustellen, dass eine „unmittelbare“ Sanktionierung solcher Verhaltensweisen zulässig ist⁶⁹⁴ und sie nicht nur, aber immerhin, „bloss“ als erschwerender Umstand berücksichtigt werden können. Dies ergibt sich aus Art. 49a KG, der gesetzlichen Norm, welche die Sanktionierung regelt. Diese Bestimmung setzt für eine Sanktionierung, soweit vorliegend interessierend, auf der Tatbestandsseite die Beteiligung an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG sowie auf der Rechtsfolgenseite einen in der Schweiz auf irgendeinem Markt erzielten Umsatz voraus; die Erzielung eines Umsatzes auf dem resp. den relevanten Märkten setzt Art. 49a KG nicht voraus. Diese beiden Voraussetzungen sind hier gegeben – insbesondere macht keine Partei geltend, in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vor Verfügungserlass keinen Umsatz in der Schweiz erzielt zu haben. Weiter statuiert Art. 49a KG in Abs. 2 und 3 abschliessend die Gründe für einen vollständigen Erlass der Sanktion. Sind die in Art. 49a KG statuierten Voraussetzungen erfüllt, muss die WEKO auch eine Sanktion aussprechen, da ihr Art. 49a KG kein Entschliessungsermessen einräumt, mithin nicht als „Kann-Vorschrift“ ausgestaltet ist.⁶⁹⁵

947. Die SVKG kann folgedessen keine über die in Art. 49a Abs. 2 und 3 KG vorgesehenen Möglichkeiten hinausgehende Sanktionsbefreiungen für von Art. 49a KG erfasste Verhaltensweisen statuieren; auch nicht über die genauere Regelung der Sanktionsbemessung. Denn die Statuierung einer im Gesetz nicht vorgesehenen Sanktionsbefreiung in der Verordnung würde ausserhalb des Rahmens der an den Ordnungsgeber delegierten Kompetenz liegen. Dass gemäss Art. 3 SVKG für die Bestimmung des Basisbetrags grundsätzlich auf den auf dem resp. den relevanten Märkten erzielten Umsatz abzustellen ist, kann und darf demnach nicht zu einer Sanktionsbefreiung führen, würde dies doch dem gesetzes-technisch höherrangigen Art. 49a KG zuwiderlaufen. Im Übrigen war es auch keineswegs die Meinung des Ordnungsgebers, mit der Statuierung eines auf dem Umsatz auf dem resp. den relevanten Märkten basierenden Basisbetrags in Art. 3 SVKG eine Sanktionierung von einigen Teilnehmern an gegen Art. 5 Abs. 3 KG verstossenden Abreden auszuschliessen, wenn diese aufgrund der Besonderheit des resp. der relevanten Märkte keinen Umsatz auf diesem resp. diesen erzielten. Auf diesen Sonderfall ist Art. 3 SVKG nicht zugeschnitten. Eine solche gegen Art. 5 Abs. 3 KG verstossende Abredeteilnahme vollständig unsanktioniert zu lassen, würde im Übrigen auch im Widerspruch zu der mit der Einführung direkter Sanktionen im KG beabsichtigten⁶⁹⁶ abschreckenden Wirkung stehen, was weiter bekräftigt, dass solches vom Ordnungsgeber nicht intendiert gewesen war.

948. Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass auch ausländische Rechtsordnungen, etwa die deutsche⁶⁹⁷ und die amerikanische, eine Sanktionierung von nicht umsatzgenerierendem Verhalten im Rahmen von Submissionsabsprachen vorsehen, um dem Unrechtsgehalt und dem Schädigungspotential solcher Verhaltensweisen angemessen zu begegnen. Auszugsweise wiedergegeben sei hier eine diesbezügliche Passage aus dem amerikanischen 2010 Federal Sentencing Guidelines Manual: *„If, for example, the defendant participated in an agreement not to submit a bid, or to submit an unreasonably high bid, on one occasion, in exchange for his being allowed to win a subsequent bid that he did not in*

⁶⁹⁴ Im Ergebnis ebenso RPW 2012/2, 406 ff. Rz 1093 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁶⁹⁵ Siehe dazu bereits Rz 938.

⁶⁹⁶ Vgl. die parlamentarische Debatte, in welcher zum Ausdruck kommt, dass der Gesetzgeber mit der Einführung von Art. 49a KG eine abschreckende Wirkung erzielen wollte (AB 2002 N 1449 ff. sowie AB 2003 S 336 ff.).

⁶⁹⁷ Siehe Rz 5 der Bekanntmachung Nr. 38/2006 über die Festsetzung von Geldbussen nach § 81 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen – Bussgeldrichtlinien – vom 15. September 2006.

*fact win, his volume of commerce would be zero, although he would have contributed to harm that possibly was quite substantial. The court should consider sentences near the top of the guideline range in such cases.*⁶⁹⁸

949. Die grundsätzliche Möglichkeit der „unmittelbaren“ Sanktionierung geklärt, bleibt zu beantworten, wie diesfalls die Sanktionsbemessung zu erfolgen hat, fehlt es doch wie gesagt an einem eigenen Umsatz auf diesem resp. diesen relevanten Märkten. Gleichwohl ist es – schon nur aus Gründen der Nachvollziehbarkeit und der Rechtssicherheit – angezeigt, für die Sanktionsbemessung grundsätzlich die SVKG heranzuziehen. Dabei ist eine Orientierung am Regelungsgehalt von Art. 3 SVKG möglich, während sich die Art. 4 ff. SVKG ohne Einschränkungen anwenden lassen, da diese Bestimmungen nicht auf den auf dem resp. den relevanten Märkten erzielten Umsatz Bezug nehmen. Es ist daher in Analogie zu Art. 3 SVKG ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits die am Umsatz gemessene Grösse des resp. der relevanten Märkte – freilich angepasst an die hiervor mehrfach erwähnte Besonderheit der Einzelsubmissionsmärkte, dass bei einer Submission bloss ein Anbieter den Zuschlag erhalten und damit einen Umsatz auf diesem Markt erzielen kann – berücksichtigt, andererseits die Schwere und Art des Verstosses. Dies ist im Folgenden vorzunehmen, wobei aufgrund der angezeigten unterschiedlichen Festsetzung des Basisbetrags zu differenzieren ist zwischen Submissionen, in welchen eine Baugesellschaft einen eigenen Umsatz erzielte, und solchen, in welchen sie nicht umsatzgenerierende, jedoch gegen Art. 5 Abs. 3 KG verstossende Verhaltensweisen an den Tag legte. Diese der Anschaulichkeit halber separat ausgewiesenen Basisbeträge sind alsdann zu einem Gesamtbasisbetrag zu addieren, bevor mit der weiteren, einheitlich vorzunehmenden Sanktionsbemessung nach Art. 4 ff. SVKG fortgeschritten wird.

950. Nahezu alle Parteien kritisieren die vorangehenden Ausführungen mit weitgehend ähnlichen Argumenten als unzutreffend, weshalb eine gemeinsame Behandlung angezeigt erscheint. Zusammengefasst wird Folgendes vorgebracht:

- Zunächst wird festgehalten, dass mit Stützofferten oder erfolglosen Schutznahmen eben gerade kein Umsatz bei der fraglichen Submission – und damit auf diesem relevanten Markt – erzielt wird.⁶⁹⁹

- Weiter führen sie aus, es gelte das Legalitätsprinzip, die Wettbewerbsbehörden müssten sich also bei ihrem Handeln an die Schranken des Gesetzes halten. Für eine Sanktionierung von nicht umsatzgenerierendem unzulässigem Verhalten und damit für die Anrechnung eines fiktiven Umsatzes fehle es – wie sich aus Art. 49a KG resp. Art. 3 SVKG ergebe – an einer gesetzlichen Grundlage.⁷⁰⁰ Mit einem Einbezug auch von Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen und damit von fiktiven Umsätzen werde daher gegen das Legalitätsprinzip und gegen Art. 3 SVKG verstossen.⁷⁰¹ Auch gegen Art. 49a KG werde damit verstossen, da hier nicht auf Umsätze Dritter oder fiktive Umsätze abgestellt werden dürfe.⁷⁰² Weiter wird ausgeführt, die hiervor aufgeführten Argumente möchten zwar möglicherweise für eine Gesetzesänderung sprechen, könnten aber die derzeit fehlende gesetzliche Grundlage nicht ersetzen.⁷⁰³ Es werde daher der Grundsatz *nulla poena sine lege* verletzt.⁷⁰⁴

⁶⁹⁸ Application Note 6 zu Chapter Two Sections R1.1 der 2010 Federal Sentencing Guidelines, abrufbar unter <www.ussc.gov/Guidelines/2010_guidelines/Manual_PDF/Chapter_2_L-X.pdf> (11.06.2013).

⁶⁹⁹ So etwa act. [...].

⁷⁰⁰ Act. [...].

⁷⁰¹ Etwa act. [...].

⁷⁰² Act. [...].

⁷⁰³ Act. [...].

⁷⁰⁴ Act. [...].

- Art. 3 SVKG stelle bewusst auf den Umsatz auf den relevanten Märkten ab, da der allfällige volkswirtschaftliche Schaden sowie die allfällige Kartellrente auf diesen Märkten anfallen würde. Dieser müsse daher Ausgangspunkt einer jeden Sanktionsberechnung sein. Dass der Maximalbetrag aufgrund des gesamten Umsatzes in der Schweiz berechnet werde, diene dazu, sanktionserhöhenden Umständen Rechnung zu tragen, ändere aber nichts daran, dass für die Sanktionsbemessung der Umsatz auf den relevanten Märkten massgeblich sei. Dies entspreche der langjährigen Praxis der WEKO und stimme auch mit der Regelung und Praxis in anderen Jurisdiktionen wie etwa der EU überein.⁷⁰⁵
- Der Unrechtsgehalt des Einreichens von Stützofferten manifestiere sich sodann im Umsatz, den ein Unternehmen im Gegenzug mit einer erfolgreichen gestützten Offerte erziele. Wenn es den Wettbewerbsbehörden nicht gelänge, solche erfolgreichen gestützten Offerten nachzuweisen, müsse der Basisbetrag CHF 0.- bleiben, da eben kein Umsatz erzielt worden sei.⁷⁰⁶ Zudem führe diese Betrachtungsweise mit hypothetischen Umsätzen dazu, dass die effektiv auf den relevanten Märkten erzielten Umsätze um ein Vielfaches aufgebläht würden. Die Sanktionsbasis würde dadurch künstlich vergrössert, was zu einem krassen Missverhältnis zur volkswirtschaftlichen Bedeutung des Falles stehe und vom Gesetzgeber so nicht vorgesehen sei.⁷⁰⁷
- Die Kompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen habe der Bundesrat, Diese habe er mit Erlass der SVKG auch wahrgenommen. Die WEKO habe keine Kompetenz, diese Ausführungsbestimmungen zu ergänzen oder gar zu korrigieren, etwa durch Ausweitung von Art. 3 SVKG per Analogie.⁷⁰⁸ Im Übrigen führe Art. 3 SVKG gar nicht zu einem Sanktionserlass, wie dies geltend gemacht werde.⁷⁰⁹
- Es falle denn auch auf, dass sich die Argumentation gemäss Antrag auf keine gleichlautenden Stimmen aus der Lehre berufen könne.⁷¹⁰
- Die vorgebrachten Argumente seien sodann unrichtig oder irrelevant. Dass im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen worden sei, spiele für die Bestimmung des Basisbetrags keine Rolle, da die Sanktionshöhe nicht verhandelt werden könne.⁷¹¹ Dass im Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ Pauschalsanktionen ausgesprochen worden seien für Unternehmen, die keinen Umsatz auf den relevanten Märkten erzielt haben, lasse sich nicht auf den vorliegenden Fall übertragen, da hier keine Partei gar keinen Umsatz auf den relevanten Märkten erzielt habe. Dass dieser Pauschalbetrag in Rechtskraft erwachsen sei, sei bezüglich Walo einzig darauf zurückzuführen, dass die Erhebung einer Beschwerde im Verhältnis zur Busse mit zu hohen Kosten verbunden gewesen wäre, nicht darauf, dass sie damit einverstanden gewesen wäre.⁷¹² Dass ausländische Rechtsordnungen eine Sanktionierung nicht umsatzgenerierenden Verhaltens vorsähen, spreche gegen, nicht für eine Sanktionierung auch in der Schweiz. Dem Verordnungsgeber seien diese ausländischen Rechtsordnungen bekannt gewesen, er habe aber gleichwohl nicht entsprechende Bestimmungen in der SVKG vorgesehen.⁷¹³ Unbefriedigend sei eine Nichtberücksichtigung dieser Verhaltensweisen ebenfalls nicht, da sie als erschwerende Umstände einbezogen würden, weshalb eine weitere Berücksichtigung einer doppel-

⁷⁰⁵ Act. [...].

⁷⁰⁶ Act. [...].

⁷⁰⁷ Act. [...].

⁷⁰⁸ Act. [...].

⁷⁰⁹ Act. [...].

⁷¹⁰ Act. [...].

⁷¹¹ Act. [...].

⁷¹² Act. [...]. In dem Sinn auch act. [...].

⁷¹³ Act. [...].

ten Bestrafung gleichkäme.⁷¹⁴ Im Übrigen hätten auch die offenbar astronomischen Verfahrenskosten, welche in klarem Missverhältnis zu den zur Diskussion stehenden Umsätzen stehen dürften, im praktischen Ergebnis eine stark disziplinierende Wirkung, weshalb die Befürchtung, die drohende Sanktion wirke nicht genügend abschreckend, unbegründet sei.⁷¹⁵

- Angeführt wird sodann, dass nicht umsatzgenerierende unzulässige Verhaltensweisen (insbesondere Stützofferten und erfolglose Schutznahmen) im parallelen Verfahren „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ nicht in den Basisbetrag einbezogen worden seien, mithin keine fiktiven Umsätze angerechnet worden seien, was bestätige, dass solches eben auch nicht zulässig sei.⁷¹⁶

- Die Berücksichtigung solcher Verhaltensweisen beim Basisbetrag stelle in Anbetracht der bisherigen Fälle „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ und „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ eine unzulässige Praxisänderung dar.⁷¹⁷ Zunächst werde damit das Verbot der rückwirkenden Strafschärfung verletzt.⁷¹⁸ Sodann seien die Voraussetzungen für eine Praxisänderung nicht gegeben: Erstens fehle es an ernsthaften und sachlichen Gründen, da die vorgeschlagene Praxisänderung gegen Art. 3 SVKG und Art. 49a KG verstosse. Zweitens sei nicht erkennbar, dass diese Änderung in grundsätzlicher Weise und auch für die Zukunft erfolgen solle. Drittens überwiege das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung das Interesse an der Rechtssicherheit nicht, zumal die vorgeschlagene Praxisänderung eben gerade rechtswidrig sei und daher sicherlich nicht als richtige Rechtsanwendung bezeichnet werden könne. Viertens würde damit auch gegen Treu und Glauben verstossen.⁷¹⁹

- Im Übrigen verstosse eine Berücksichtigung solcher Verhaltensweisen auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Denn in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ seien nicht umsatzgenerierende Verhaltensweisen nicht in den Basisbetrag einbezogen worden. Materiell handle es sich dabei um ein und dieselbe Untersuchung, welche einzig aus administrativen Gründen, namentlich aus Kapazitätsgründen, getrennt geführt worden seien. Dies habe das Sekretariat auch bestätigt. Eine ungleiche Behandlung der Parteien innerhalb desselben materiellen Verfahrens sei unzulässig.⁷²⁰

951. Diesen Vorbringen ist wie folgt zu begegnen:

- Es trifft unstreitig zu, dass mit Stützofferten oder erfolglosen Schutznahmen bei der fraglichen Submission, und damit auf diesem relevanten Markt, kein eigener Umsatz erzielt wird. Anderes wurde auch nie behauptet.

- Unzutreffend ist jedoch, dass für eine Berücksichtigung dieser Verhaltensweise bei der Sanktionsbemessung eine gesetzliche Grundlage fehlen würde. Art. 49a KG, die gesetzliche Strafnorm, hält die Voraussetzungen für eine Sanktionierung sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite fest. Erforderlich ist zum einen eine unzulässige Verhaltensweise i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG. Diese Voraussetzung ist vorliegend, wie bei der Analyse der einzelnen Fälle gezeigt, jeweils erfüllt. Auch wer eine Stützofferte abgibt, nimmt ebenso wie der jeweilige Schutznehmer an der kartellrechtswidrigen Abrede teil, und verstösst mit seinem Verhalten gegen Art. 5 Abs. 3 KG. Abreden kann man nie alleine treffen, vielmehr setzt dies logisch ein Zusammenarbeiten mehrerer Unternehmen voraus. Es trifft schlicht nicht zu, dass sich der Unrechtsgehalt von Stützofferten in eigenen erfolgreichen Schutznahmen manifestiere, denn damit wird der eigenständige Unrechtsgehalt der Abgabe von Stützofferten

⁷¹⁴ Act. [...].

⁷¹⁵ Act. [...].

⁷¹⁶ Act. [...].

⁷¹⁷ Act. [...].

⁷¹⁸ Act. [...].

⁷¹⁹ Act. [...].

⁷²⁰ Act. [...].

negiert. Dass es auf die „Gegenleistung“ für eine Stützofferte nicht ankommt, wurde bereits an anderer Stelle ausgeführt, worauf verwiesen sei.⁷²¹ Aber auch auf der Rechtsfolgenseite ist die Voraussetzung von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Es ist zwar zutreffend, dass Art. 49a Abs. 1 KG nicht erlauben würde, auf den Umsatz eines Dritten oder einen fiktiven Umsatz abzustellen, doch wird dies gar nicht gemacht. Denn alle Parteien haben in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vor Verfügungserlass einen Umsatz in der Schweiz erzielt und es wird auf diesen eigenen Umsatz abgestellt. Dass dessen genaue Höhe nicht ermittelt wurde, weil die auszusprechende Sanktion ohnehin weit von der Maximalsanktion entfernt ist, ändert hieran nichts. Art. 49a Abs. 1 KG ist damit erfüllt und es hat – mit Ausnahme der Selbstanzeigerin, die sich für einen Sanktionserlass gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung qualifiziert – eine Sanktionierung der Parteien zu erfolgen. Die WEKO würde Ermessen ausüben, welches ihr vom Gesetzgeber nicht zugestanden wurde, wenn sie von einer Sanktionierung absehen würde. Von einer Verletzung des Grundsatzes *nulla poena sine lege* kann daher bei einer Sanktionierung nicht gesprochen werden.

- Es geht vorliegend also nicht um das Ob der Sanktionierung – dies wird von Art. 49a Abs. 1 KG eindeutig beantwortet – sondern „bloss“ um das Wie. M.a.W. geht es bei der Bestimmung des Basisbetrags um die konkrete Sanktionsbemessung innerhalb des von Art. 49a Abs. 1 KG vorgegebenen Sanktionsrahmens von CHF 1.- bis 10 % des in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Gemäss Gesetz bestimmt sich dieser nach Schwere und Dauer des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmasslich erzielte Gewinn angemessen zu berücksichtigen ist. Dass der Umsatz auf den relevanten Märkten entscheidend ist, wird in Art. 49a KG nicht statuiert.

- Es trifft zu, dass der Bundesrat die Kompetenz hat, Ausführungsbestimmungen (genauer Vollziehungsverordnungen) zu erlassen, wie er dies mit der SVKG getan hat. Dies ergibt sich auch aus Art. 60 KG. Das KG räumt dem Bundesrat jedoch nicht die Kompetenz ein, bezüglich der Sanktionierung gemäss Art. 49a KG oder deren Bemessung eine gesetzvertretende Verordnung zu erlassen. Denn dafür bedürfte es einer besonderen, auf diesen Gegenstand bezogenen Delegationsnorm im KG,⁷²² die es aber nicht gibt. Deshalb kann auch offen bleiben, in welchem Ausmass eine solche Delegation überhaupt zulässig wäre. Eine Vollziehungsverordnung muss sich innerhalb der vom Gesetz gesetzten Schranken bewegen – der Bundesrat hat insbesondere nicht die Kompetenz, vom Gesetz abweichende Regeln zu erlassen, würde er damit doch gegen höherrangiges Recht verstossen. Ob dies der Fall ist, ist von allen rechtsanwendenden Behörden (auch erstinstanzlichen) im Rahmen der konkreten Normenkontrolle bei der Beurteilung eines konkreten Anwendungsfalls zu prüfen. M.a.W. muss von den Wettbewerbsbehörden im konkreten Anwendungsfall geprüft werden, ob die in Art. 3 SVKG vorgesehene Art der Sanktionsbemessung anhand eines Basisbetrags gestützt auf den Umsatz auf dem resp. den relevanten Märkten zu einem Ergebnis führt, das im Widerspruch zur vom Gesetzgeber in Art. 49a KG vorgesehenen Sanktionierung steht. Es geht hierbei keineswegs darum, dass sich die WEKO rechtsetzende Kompetenzen anmassen wollte, sondern nur darum, zu prüfen, ob eine wortgetreue Anwendung der Verordnung im konkreten Fall zu einem sich innerhalb des vom Gesetzgeber mit seinem Gesetz vorgegebenen Rahmens befindlichen Resultat führt.

- Ist bewiesen, dass sich ein Unternehmen an einer Abrede beteiligt und eine Stützofferte abgegeben hat, und erzielt dieses Unternehmen auch einen Umsatz in der Schweiz, so muss es (vorbehaltlich der hier nicht weiter interessierenden Sanktionserlassgründe gemäss Art. 49a Abs. 2 und 3 KG) gemäss Art. 49a Abs. 1 KG dafür sanktioniert werden. Auf dem relevanten Markt hat es jedoch keinen eigenen Umsatz erzielt. Eine Sanktionsbemessung bezüglich dieser unzulässigen Verhaltensweise wortgetreu entsprechend Art. 3 SVKG würde daher zu einem unstimmgigen Resultat führen. Eine eventuelle Sanktionsbefreiung findet je-

⁷²¹ Siehe Rz 173.

⁷²² Siehe BGE 133 II 331 E. 7.2.2.

doch im höherrangigen KG keine Stütze – dieses ordnet autoritativ eine Sanktionierung an – und stünde in Widerspruch zu diesem. Art. 3 SVKG ist somit nicht auf alle möglichen Fälle adäquat zugeschnitten, in welchen das Gesetz eine Sanktionierung vorsieht und darf daher von den rechtsanwendenden Behörden nicht – jedenfalls nicht wortgetreu – angewandt werden, würde andernfalls doch das höherrangige Gesetz verletzt.

- Damit soll keineswegs gesagt werden, dass das in Art. 3 SVKG vorgesehene Abstellen auf den Umsatz auf den relevanten Märkten grundsätzlich nicht sachgerecht wäre. Der mit Art. 3 SVKG verfolgte Zweck ist durchaus berechtigt.⁷²³ Dass die Sanktionsbemessung regelmässig anhand einer wortgetreuen Interpretation von Art. 3 SVKG vorgenommen wird, ist zutreffend und auch richtig – auch vorliegend wird dies gemacht, soweit das unzulässige Verhalten einen Umsatz auf dem relevanten Markt generierte. Doch ändert dies nichts daran, dass die in Art. 3 SVKG vorgesehene Art der Sanktionsbemessung bei wörtlicher Anwendung bei kartellrechtlich unzulässigen, aber auf dem relevanten Markt nicht umsatzgenerierenden Verhaltensweisen zu einem mit Art. 49a KG nicht zu vereinbarenden Resultat führen würde. Um dem Gesetz Nachachtung zu verschaffen, muss in solchen Fällen von einer wortgetreuen Anwendung von Art. 3 SVKG abgesehen und die Bestimmung des Basisbetrags anderweitig vorgenommen werden. Dabei ist eine Orientierung am Volumen des relevanten Marktes – wie dies auch dem Art. 3 SVKG zu Grunde liegenden Gedanken entspricht – naheliegend. Dass es sich dabei um einen nicht effektiv von diesem Unternehmen erzielten Umsatz handelt, ist zwar zutreffend, doch liegt dies in der Natur der Sache und könnte auch durch eine andere Art der Bestimmung des Basisbetrags nicht geändert werden.

- Die WEKO ist aus den vorgenannten Gründen der Überzeugung, dass eine solche Sanktionsbemessung nicht nur sachgerecht, sondern auch rechtmässig ist und sich insbesondere auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützt. Dass sich die Lehre nicht zur Sanktionsbemessung bei unzulässigen, aber auf den relevanten Märkten nicht umsatzgenerierenden Verhaltensweisen äussert, trifft zwar zu, doch scheint sie sich dieser Problematik bislang gar nicht erst gewahr gewesen zu sein.

- Sodann ist festzuhalten, dass keine unzulässige Praxisänderung vorliegt. Zunächst ist festzuhalten, dass bei bislang zwei entschiedenen Fällen von Einzelsubmissionsabreden und -märkten von einer diesbezüglich bestehenden Praxis noch gar nicht gesprochen werden kann. Dies erst recht nicht, weil die beiden Fälle auch nicht inhaltsgleich entschieden wurden. Und selbst wenn wären die Voraussetzungen für eine Praxisänderung gegeben, da, wie ausgeführt, sachliche Gründe dafür bestehen und das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung ein allfälliges Interesse an der Rechtssicherheit überwiegt. Sodann beabsichtigt die WEKO, die hier aufgeführte Praxis auch künftig bei Einzelsubmissionsabreden und -märkten anzuwenden.

- Berechtigt erachtet die WEKO allerdings das Vorbringen, dass eine Anwendung dieser Sanktionsbemessung in vorliegender Untersuchung gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstossen würde. Dies, weil in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ die Sanktionsbemessung anders vorgenommen wurde, es sich bei diesen beiden Untersuchungen materiell jedoch um dasselbe, am gleichen Tag eröffnete Verfahren handelt. Soweit hier also dieselbe Ausgangslage besteht, ist auch dieselbe Sanktionsbemessungsmethode anzuwenden. Dies trifft auf Stützofferten sowie erfolglose Schutznahmen zu, die aufgrund von Angeboten durch nicht an der Abrede beteiligte Bauunternehmen erfolglos geblieben sind (hier Fälle [...]). In der parallelen Untersuchung nicht zu beurteilen waren hingegen Fälle, in welchen die Abrede zwar umgesetzt wurde und die geschützte Gesellschaft das günstigste Angebot einreichte, sie den Zuschlag letztlich aber doch nicht erhielt, weil die Vergabe durch den Bauherrn wegen zu hoher Preise abgebrochen wurde (so hier in den Fällen [...]). Diese Fälle unterscheiden sich von erfolglosen Schutznahmen schon nur dadurch, dass sie zu einer Beseitigung des Wettbewerbs führen und nicht bloss zu einer

⁷²³ Siehe zu diesem Zweck auch Rz 939.

erheblichen Beeinträchtigung dessen. Auch haben hier die Abredeteilnehmer alles für die erfolgreiche Umsetzung der Abrede auf dem Markt getan, was sie tun konnten und mussten. Folgedessen steht der Grundsatz der Gleichbehandlung einer Anwendung der vorangehend dargestellten Methode der Bestimmung des Basisbetrags bei diesen Fällen nicht im Wege und die WEKO wendet sie nachfolgend denn auch an.

ii) Obergrenze des Basisbetrags

952. Die kumulierten Umsätze, welche die Parteien in den relevanten Märkten durch erfolgreiche eigene Schutznahmen erzielt haben, belaufen sich auf (Reihenfolge nach Umsatzhöhe):

Unternehmen	Kumulierte Umsätze inkl. MWST [in Mio. CHF]	Kumulierte Umsätze exkl. MWST [in Mio. CHF]	Obergrenze Basisbetrag erf. Schutznahmen [in Tsd. CHF]	Fallnummern
Birchmeier	[2–3]	[1–2]	[100–200]	[...]
Walo	[1–2]	[1–2]	[100–200]	[...]
Keller-Frei	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Toller	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Tibau	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Hüppli	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Brunner	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Hagedorn	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Müller	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Flexbelag	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Kern	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Egli	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Schiess	0	0	0	-

Umsätze in [Mio.] CHF (gerundet auf ganze Franken) der Parteien durch erfolgreiche eigene Schutznahmen auf den relevanten Märkten.

953. Zur Erläuterung bleibt anzufügen, dass gemäss Art. 4 Abs. 1 VKU, der hier analog Anwendung findet, die Umsatzzahlen ohne MWST (in der relevanten Zeit 7,6 % betragend) massgebend sind. Die Obergrenze des Basisbetrags beläuft sich dementsprechend auf 10 % des Umsatzes ohne MWST.

954. Walo ist der Ansicht, diese Berechnung sei aus zwei Gründen unzutreffend. Zum einen habe bei Fall [...] eine Subunternehmerin [Bauleistungen] im Umfang von rund CHF [...] ausgeführt, weshalb dieser Betrag vom Umsatz abzuziehen sei. Zum anderen seien die Beträge falsch zusammengezählt worden, der Betrag ohne MWST betrage richtigerweise CHF [...].

955. Diese Vorbringen überzeugen nicht. Zum einen ändert der Beizug von Subunternehmern nichts am bei einer bestimmten Submission erzielten Umsatz. Vertragspartner des Bauherrn ist einzig der Hauptunternehmer und dieser erhält die gesamte Werkvertragssumme, weshalb diese auch seinem Umsatz entspricht. Ob der Bauunternehmer zur Vertragserfüllung eigenes Personal verwendet oder Subunternehmer beizieht, ist mit Blick auf

die Bestimmung des Umsatzes irrelevant. Zum anderen scheint Walo die Mehrwertsteuer in unzutreffender Weise in Abzug zu bringen. Ihre Berechnung setzt den Bruttobetrag (inkl. MWST) 100 % gleich und zieht davon 7,6 % MWST ab. Richtigerweise beträgt der Bruttobetrag (inkl. MWST) jedoch rechnerisch 107,6 %, wovon 7,6 % MWST abzuziehen sind.

956. Wie zuvor ausgeführt, ist vorliegend aufgrund des Grundsatzes der Gleichbehandlung einzig im Fall [...] die erfolglose Schutznahme durch Hüppi als nicht umsatzgenerierende, aber unzulässige Verhaltensweise bei der Bestimmung des Basisbetrags zu berücksichtigen. Bezüglich nicht umsatzgenerierender, jedoch gegen Art. 5 Abs. 3 KG verstossender Verhaltensweisen kann nicht auf den selber erzielten Umsatz auf dem resp. den relevanten Märkten abgestellt werden, fehlt es doch gerade an einem solchen Umsatz. In vorliegendem Fall einer aufgrund Verfahrensabbruch (wegen zu hoher Preise) erfolglos gebliebenen Schutznahme ist ersatzweise der Umsatz heranzuziehen, den die geschützte Gesellschaft auf diesem Markt abredemässig hätte erzielen sollen.⁷²⁴ Denn dieser Umsatz reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotential des kartellrechtsverletzenden Verhaltens. Die Obergrenze des Basisbetrags beträgt auch hier 10 % dieses so berechneten Umsatzes ohne MWST. Dies ergibt folgendes Bild:

Unternehmen	Umsatz inkl. MWST [in Mio. CHF]	Umsatz exkl. MWST [in Mio. CHF]	Obergrenze Basisbetrag Schutznahme bei Verfahrensabbruch [in Tsd. CHF]	Fallnummer
Hüppi	[0–1]	[0–1]	[1–100]	[...]

Umsatz in [Mio.] CHF (gerundet auf ganze Franken) auf dem relevanten Markt, hinsichtlich welchem die erfolgreich geschützte Hüppi aufgrund des Verfahrensabbruchs durch die Bauherrschaft den Zuschlag letztlich nicht erhielt.

iii) Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

957. Gemäss Art. 3 SVKG ist der konkrete Basisbetrag innerhalb der zuvor ermittelten Bandbreite je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen.⁷²⁵ Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Unternehmen haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive⁷²⁶ Faktoren im Vordergrund.

958. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, stellen – als sogenannte harte Kartelle – grundsätzlich schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 % und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, zu gewichten. Darüber

⁷²⁴ Gleich wird auch in Deutschland vorgegangen, siehe Rz 5 der Bekanntmachung Nr. 38/2006 über die Festsetzung von Geldbussen nach § 81 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen – Bussgeldrichtlinien – vom 15. September 2006.

⁷²⁵ Erläuterungen SVKG (Fn 683), ad Art. 3.

⁷²⁶ D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139.

hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.⁷²⁷

959. Im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“⁷²⁸ wurde für den Basisbetrag für eigene erfolgreiche Schutznahmen von einem Prozentsatz von 7 % ausgegangen. Dabei handelte es sich um den ersten Fall im Bereich Submissionsabsprachen, der direkt sanktioniert wurde. Ferner war dieser Fall mitunter auch geprägt vom kooperativen Verhalten aller Parteien, denn dort reichten einerseits alle Parteien Selbstanzeigen ein und sie alle waren andererseits auch bereit, einvernehmliche Regelungen zu treffen. In der Verfügung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ wurde dieser Basisbetrag von 7 % für eigene erfolgreiche Schutznahmen ohne vertiefte Überprüfung übernommen.⁷²⁹ Nebst diesen zwei Fällen besteht derzeit keine weitere Sanktionspraxis bei Einzelsubmissionsabsprachen. Eine langjährige, von den Wettbewerbsbehörden mehrmals oder gar oberinstanzlich bestätigte Praxis zur Bestimmung des Basisbetrags für eigene erfolgreiche Schutznahmen bei Einzelsubmissionsabsprachen gibt es in der Schweiz demzufolge noch nicht, vielmehr gilt es, diese vorliegend fort- und weiterzuentwickeln.

960. Bezüglich der Art des Verstosses ist festzuhalten, dass es sich vorliegend um horizontale Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern handelt. Solche horizontalen Abreden gehören anerkanntermassen zu den gravierendsten Eingriffen in das Kartellrecht und deren Schädigungspotential ist in der Ökonomie unbestritten. Zudem sind gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Sodann führen diese Abreden regelmässig zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und der geschützte Abredeteilnehmer hält 100 % des Marktes. Die Art des Verstosses ist daher bei Einzelsubmissionsabsprachen als ausgesprochen gravierend zu qualifizieren.

961. Bestärkt wird dieser Befund durch zahlreiche ausländische Rechtsordnungen, die Aufschluss über die dortige Bewertung der gesellschaftlichen Unerwünschtheit und der volkswirtschaftlichen Schädlichkeit von Submissionsabsprachen geben: So kennt etwa Deutschland grundsätzlich keine Freiheitsstrafen für Kartellrechtsverstösse, sieht allerdings mit § 298 dStGB einen spezifischen Straftatbestand für „wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen“ vor, der das Abgeben eines auf einer rechtswidrigen, horizontalen⁷³⁰ Absprache beruhenden Angebots mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bedroht. Vergleichbare, ebenfalls die Abgabe von auf rechtswidrigen Absprachen beruhende Angebote bei Vergabeverfahren unter Freiheitsstrafe stellende Normen kennen auch etwa Österreich (§ 168b öStBG), Spanien (Art. 262 Código Penal) und Italien (Art. 353 iCodice Penale). In den USA etwa sehen die 2010 Federal Sentencing Guidelines⁷³¹ im „Part R – Antitrust Offenses“ allgemein für „Bid-Rigging, Price-Fixing or Market-Allocation Agreements Among Competitors“ einen „Base Offense Level“ von 12 vor. Dieser ist jedoch um einen „Level“ zu erhöhen, „if the conduct involved participation in an agreement to submit non-competitive bids“, also bei typischen Submissionsabsprachen mit Stützofferten, welche damit ein „Level“ höher eingestuft werden als andere horizontale Preisabsprachen oder Marktaufteilungen. In Kanada werden für horizontale Hardcore-Kartelle Bussen von maximal CAD 25 Mio. angedroht (section 45 Competition Act), während für Fälle von „Bid-Rigging“ eine separate Bestimmung besteht, die Bussen in unbeschränkter Höhe („fine in the discretion of the

⁷²⁷ Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 683), ad Art. 3.

⁷²⁸ RPW 2009/3, 215 Rz 126, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁷²⁹ Siehe RPW 2012/2, 408 Rz 1100 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁷³⁰ Dazu etwa PASEWALDT (Fn 621), 87.

⁷³¹ Abrufbar unter <www.ussc.gov/Guidelines/2010_guidelines/Manual_PDF/Chapter_2_L-X.pdf> (11.06.2013).

court“) vorsieht (section 47 Competition Act). Submissionsabsprachen werden somit in diversen Rechtsordnungen als besonders massive Eingriffe in das Spiel des freien Wettbewerbs angesehen und mitunter sogar – und zwar im Gegensatz zu anderen Verletzungen des Kartellrechts – mit Freiheitsstrafen geahndet.

962. Bezüglich der Schwere des Verstosses ist zu berücksichtigen, dass die Parteien vorsätzlich dem Kartellgesetz zuwidergehandelt haben.⁷³² Sodann fand seit der Einführung der direkten Sanktion im Jahre 2004 eine Sensibilisierung in der gesamten Baubranche statt, im Besonderen auch beim Schweizerischen Baumeisterverband SBV.⁷³³ In dessen Statuten wird nun ausdrücklich vorgesehen, dass Mitglieder bei Verstössen gegen das Kartellrecht aus dem Verband ausgeschlossen werden. Ferner ist zu berücksichtigen, dass in den letzten Jahren von der WEKO wiederholt auf die Unzulässigkeit von Submissionsabsprachen und die damit verbundene Schädlichkeit für die schweizerische Wirtschaft hingewiesen wurde.⁷³⁴ Die Parteien setzten sich mit ihrer Abredetätigkeit über diese ihnen bekannten Warnungen und Verhaltensanweisungen hinweg, ohne dass sie hierfür aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zumindest verständliche (wenn auch nicht durchschlagende) Gründe gehabt hätten. Schliesslich ist auch zu berücksichtigen, dass die Abredeteilnehmer bei Ausschreibungen der öffentlichen Hand das enge Korsett, welches die vergaberechtlichen Vorschriften den Bauherren bezüglich Verfahrensabbruch (nur bei wichtigen Gründen) und Abgebotsrunden (Verbot solcher) auferlegen, zu ihren Gunsten ausnutzen und damit das Funktionieren der vergaberechtlichen Grundkonzeption, namentlich dass one-shot sealed bid auctions zu wirksamem Wettbewerb führen und darüber hinaus der Bauherrschaft Informationen bezüglich des schwer eruierten Marktpreises liefern, untergraben. Die Schwere des Verstosses ist aus den vorgenannten Gründen als ebenfalls sehr gravierend zu bezeichnen.

963. Wird bei Einzelsubmissionsabsprachen sodann – wie vorliegend – für die Bestimmung der Maximalhöhe des Basisbetrags auf die einzelnen Submissionen abgestellt und nicht auf den gesamthaft in diesem Bereich erzielten Umsatz, führt dies dazu, dass die Obergrenze des Basisbetrags verglichen mit der Schädlichkeit solcher Abreden ausgesprochen tief ausfällt. Wie es sich damit bei Vorliegen einer umfassenderen Submissionsabrede verhalten würde, braucht vorliegend nicht geklärt zu werden. Dieser vorerwähnten Besonderheit von Einzelsubmissionsabsprachen ist bei der Bestimmung des konkreten Basisbetrags ebenfalls angemessene Rechnung zu tragen, soll nicht die abschreckende Wirkung der diesbezüglichen Sanktionen verloren gehen.

964. Aus all diesen Gründen kann die im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ erstmalig erfolgte, im Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ ohne nähere Prüfung übernommene Festlegung des Basisbetrags auf 7 % für eigene erfolgreiche Schutznahmen nicht auf vorliegendem Fall übertragen werden, sondern erweist sich in casu als zu tief. Der Art und Schwere des Verstosses angemessen und daher sachgerecht ist hier – wie dies übrigens auch bei künftigen vergleichbaren Fällen betreffend Einzelsubmissionsabsprachen, sofern dort der Basisbetrag ebenfalls nach den einzelnen abgesprochenen Submissionen bemessen wird, der Fall sein kann – vielmehr eine Festsetzung des Basisbetrags für eigene erfolgreiche Schutznahmen auf 10 %.

965. Fast alle Parteien erachten eine Festsetzung des Basisbetrags auf 10 % als unzulässig. Zusammengefasst bringen sie dabei folgende Gründe an:

- Die WEKO gehe bei Preisabsprachen immer von schweren Verstössen aus. Vorliegend müsse aber eine differenzierte Betrachtung greifen. Es sei nicht erstellt, dass die offerierten Preise nicht trotz Absprachen marktgerecht gewesen seien. Vielmehr hätten die

⁷³² Siehe Rz 917.

⁷³³ Siehe hierzu auch Rz 918.

⁷³⁴ Vgl. dazu etwa die Schilderungen in RPW 2010/1, 2 B.1.

Schutzsuchenden jeweils knallharte Wettbewerbspreise berechnen müssen, um überhaupt einen Schutz zugeteilt erhalten zu haben. Dann liege aber gar keine Schädigung vor, weshalb es eigentlich nicht zu Sanktionen kommen dürfte, jedenfalls könne aber nicht von schweren Verstössen gesprochen werden. Die WEKO gehe davon aus, es handle sich um „gravierendste Eingriffe“ mit einem „erheblichen Schädigungspotential“, welches regelmässig zur „Beseitigung wirksamen Wettbewerbs“ führe. Doch dies sei nicht erstellt. Über die effektive Schwere der behaupteten Verstösse könne erst diskutiert werden, wenn weitere Untersuchungsergebnisse dazu vorlägen.⁷³⁵

- Nur wenn der Wettbewerb beseitigt werde, könne von einer besonderen Schwere ausgegangen werden. Die WEKO gehe nicht in allen Fällen davon aus, dass der Wettbewerb beseitigt worden sei. Die Auswirkungen der Abreden würden in den einzelnen Fällen denn auch unterschiedlich beurteilt. Gleichwohl pauschal in allen Fällen die oberste Sanktionsgrenze von 10 % anwenden zu wollen, sei schlichtweg willkürlich.⁷³⁶

- Ein Ausschöpfen des Basisbetragsatzes von 10 % wäre völlig unverhältnismässig. Wie wäre dann ein umfassendes Rotationskartell zu ahnden? Wie wäre es, wenn Aussenseiter mit Kampfmassnahmen vernichtet würden? Wenn vorliegend ein Basisbetrag von 10 % gewählt würde, müsste jede Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG automatisch zu einem Basisbetragsatz von 10 % führen, was nicht der Absicht des Verordnungsgebers entspreche.⁷³⁷ Es bestehe eine langjährige Praxis, wonach der Basisbetrag in vergleichbaren Fällen bei höchstens 7 % oder weniger festgelegt werde. Es wäre vorliegend das erste Mal, dass der Sanktionsrahmen voll ausgeschöpft würde.⁷³⁸

- Die vorgebrachten Argumente seien sodann unrichtig oder irrelevant. Das Argument, dass es sich im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ um den ersten direkt sanktionierten Fall von Submissionsabsprachen handle, sei unbehelflich. Übersehen werde damit der Fall „Landesbibliothek“. Die WEKO habe sich auch schon vorher mehrere Jahre mit dem Thema Submissionsabsprachen auseinandergesetzt, weshalb die Wahl des Basisbetragsatzes nicht unüberlegt erfolgt sei. Zudem sei dieser Entscheid erst nach Eröffnung der vorliegenden Untersuchung ergangen, weshalb eine Praxisänderung bloss für nach Ankündigung der Praxisänderung vorgenommene Verhaltensweisen zulässig sei. Sodann sei die Eingriffintensität dort sehr hoch gewesen, während sie hier sehr gering sei. Dass im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ alle Parteien eine Selbstanzeige gemacht und einvernehmliche Regelungen abgeschlossen hätten, sei unbeachtlich. Denn die Sanktionsbemessung und die Einreichung einer Selbstanzeige würden von der SVKG bewusst getrennt gehalten, was mit diesem Argument vermischt werde. Hinzu komme, dass es widersprüchlich sei, sich einerseits hinsichtlich der Unterlassungsanordnungen am Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ mit einvernehmlichen Regelungen zu orientieren, andererseits bei der Sanktionsbemessung massiv härter durchzugreifen.⁷³⁹ Im Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ sei der Satz von 7 % nicht ohne nähere Prüfung übernommen worden. Vielmehr sei auch dort im Antrag ein Satz von 10 % beantragt worden, die WEKO habe diesen aber aus Gründen der Rechtsgleichheit reduziert.⁷⁴⁰ Der Verweis auf ausländische Normen sei schon deshalb falsch, weil das schweizerische Recht keine Freiheitsstrafen für bid rigging kenne, woraus e contrario geschlossen werden müsse, dass es sich dabei in der Schweiz nicht um einen besonders schweren Fall einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG handle. Auch die US-amerikanischen Federal Sentencing Guidelines sowie der kanadische Competition Act wür-

⁷³⁵ Act. [...].

⁷³⁶ Act. [...].

⁷³⁷ Act. [...].

⁷³⁸ Act. [...].

⁷³⁹ Act. [...].

⁷⁴⁰ Act. [...].

den Fälle von bid rigging nicht härter bestrafen als andere Hardcore-Kartelle.⁷⁴¹ Der Verweis darauf, dass die Parteien vorsätzlich gehandelt hätten, sei ebenfalls unrichtig, da ein Vorsatz nicht nachgewiesen sei. Im Übrigen sei insofern auch nicht nachgewiesen, dass der Sachverhalt anders gelagert sei als in den beiden anderen Fällen, zumal die angeblichen Absprachen den gleichen Zeitraum betreffen.⁷⁴² Unzutreffend sei auch, dass die Obergrenze des Basisbetrags verglichen mit der Schädlichkeit solcher Absprachen ausgesprochen tief sei. Der Wettbewerb im Kanton Zürich sei ausgesprochen hart und die Margen in der Baubranche ausgesprochen tief. Ein Basisbetrag von 7 % treffe die Bauunternehmer daher sehr hart.⁷⁴³

- Im Vergleich zu den beiden bisher sanktionierten Fällen von Submissionsabreden handle es sich vorliegend um den geringfügigsten Verstoss: Im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ habe ein Rotationskartell bestanden. Absprachen seien in institutionalisiertem Rahmen erfolgt und die Absprachedichte sei mit ca. 100 Abreden innert zwei Jahren hoch gewesen. Im Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ fehle es zwar an einem systematischen Element, doch lag die Gesamtzahl vorgeworfener Abreden über einen Zeitraum von 3 Jahren ebenfalls bei ca. 100 Fällen. Beide Male sei der Basisbetragsatz mit 7 % festgelegt worden. Vorliegend werde über einen Zeitraum von sechs Jahren in [1–10] Fällen ein Kartellrechtsverstoss von [...] behauptet. Der Anteil angeblich abgesprochener Offerten mache gerade mal zwischen [0–5] Promille aller von [...] gerechneter Offerten aus. Verglichen mit den beiden anderen Fällen sei dies eine verschwindend geringe Anzahl. Sodann gebe selbst die Selbstanzeigerin an, Abreden seien praktisch nur dann zu Stande gekommen, wenn die Unternehmen genug Arbeit gehabt hätten. In diesen Phasen aber seien die Preise aufgrund der guten Auslastung ohnehin höher, weshalb die Abreden kaum eine eigenständige Auswirkung auf die Preise gehabt hätten. Zudem seien – wie die Selbstanzeigerin selber ausführt – die abgesprochenen Preise gegenseitig nach unten korrigiert worden. Sodann sei der Wettbewerb im Kanton Zürich äusserst hart und Offerten mit verlustbringenden Bedingungen seien an der Tagesordnung. Der vorliegende Fall sei im Vergleich zu den beiden anderen Submissionsabsprachen betreffenden Fällen von völlig untergeordneter Bedeutung. Der Basisbetragsatz dürfe daher maximal 6 %, allerhöchstens aber 7 % betragen.⁷⁴⁴ Eine andere Partei erachtet – ebenfalls aufgrund eines Vergleichs mit den beiden vorgenannten Fällen – einen Basisbetragsatz von höchstens 3 % als angemessen.⁷⁴⁵

- Die Erhöhung des Basisbetragsatzes auf 10 % stelle in Anbetracht der bisherigen Fälle „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ und „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ eine unzulässige Praxisänderung dar.⁷⁴⁶ Zunächst werde damit das Verbot der rückwirkenden Strafschärfung verletzt.⁷⁴⁷ Sodann seien die Voraussetzungen für eine Praxisänderung nicht gegeben: Erstens fehle es an ernsthaften und sachlichen Gründen, da diese Praxis dazu führen würde, dass bei allen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG künftig ein Basisbetragsatz von 10 % angewendet werden müsste, was nicht rechtens sei. Zweitens sei nicht erkennbar, dass diese Änderung in grundsätzlicher Weise und auch für die Zukunft erfolgen solle. Drittens überwiege das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung das Interesse an der Rechtssicherheit nicht. Viertens würde damit auch gegen Treu und Glauben verstossen.⁷⁴⁸

- Im Übrigen verstosse eine Erhöhung des Basisbetragsatzes auf 10 % auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Denn in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tief-

⁷⁴¹ Act. [...].

⁷⁴² Act. [...].

⁷⁴³ Act. [...].

⁷⁴⁴ Act. [...].

⁷⁴⁵ Act. [...].

⁷⁴⁶ Act. [...].

⁷⁴⁷ Act. [...].

⁷⁴⁸ Act. [...].

bau im Kanton Aargau“ sei der Basisbetragsatz mit 7 % festgelegt worden. Materiell handle es sich dabei um ein und dieselbe Untersuchung, welche einzig aus administrativen Gründen, namentlich aus Kapazitätsgründen, getrennt geführt worden sei. Dies habe das Sekretariat auch bestätigt. Eine ungleiche Behandlung der Parteien innerhalb desselben materiellen Verfahrens sei unzulässig.⁷⁴⁹

966. Diesen Vorbringen ist wie folgt zu begegnen:

- Dass der vereinbarte Preis bei Absprachen nicht dem Marktpreis entspricht, wurde bereits ausgeführt (Rz 871). Im Übrigen kann auf die Ausführungen unter Rz 958 verwiesen werden, weshalb bei Einzelsubmissionsabsprachen und entsprechender Einzelsubmissionsmarktabgrenzung besonders schwere Verstösse vorliegen. Schlicht unzutreffend ist es, wenn ausgeführt wird, die WEKO sei nicht in allen Fällen von erfolgreichen Schutznahmen zum Schluss gekommen, es liege eine Wettbewerbsbeseitigung vor. „Bloss“ auf eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung hat die WEKO einzig in Fällen geschlossen, in welchen der Zuschlag nicht an den gemäss Abrede bestimmten Zuschlagsempfänger ging.

- Auch wenn vorliegend ein Basisbetragsatz von 10 % angewandt würde, hiesse dies nicht, dass in allen Fälle von Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG ein ebensolcher angewandt werden müsste. Vielmehr käme dieser Basisbetragsatz nur, aber immerhin, in mit dem vorliegenden Fall vergleichbaren Fällen von Einzelsubmissionsabreden und entsprechender Einzelsubmissionsmarktabgrenzung zur Anwendung, bei welchen a) die Abrede dazu führt, dass 100 % des Marktes abgesprochen sind, b) für die Bestimmung der Maximalhöhe des Basisbetrags auf die einzelnen Submissionen und nicht auf den gesamthaft in diesem Bereich erzielten Umsatz abgestellt wird, und c) sich dies als angemessen zeigt. Eine Vernichtung von Aussenseitern ist bei Einzelsubmissionsabreden aber sachlogisch schon nicht möglich. Auch dass eine Steigerung bei einem „Rotationskartell“ nicht mehr möglich wäre, verfährt nicht, da dort – entsprechend der Abrede – die Marktabgrenzung auch anders ausfallen könnte, wie dies die Untersuchung in Sachen Strassebeläge im Kanton Tessin gezeigt hat.

- Die WEKO ist nach wie vor der Ansicht, dass aufgrund der von ihr genannten Argumente eine Ausschöpfung des Sanktionsrahmens bei Submissionsabreden künftig durchaus in Betracht gezogen werden kann⁷⁵⁰ und dass diese Argumente in casu für eine Anwendung eines Basisbetragsatzes von 10 % sprechen. Der Fall „Landesbibliothek“ war nicht direkt sanktionierbar, weshalb er nicht als Präzedenzfall angeführt werden kann. Retrospektiv betrachtet ist die WEKO der Ansicht, der insbesondere im ersten entschiedenen Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ angewandte Basisbetragsatz von 7 % sei zu tief gewesen. Fakt ist, dass im vorgenannten Fall hinsichtlich der Auslotung der möglichen Sanktionsgrenzen ausgesprochen grosse Zurückhaltung geübt wurde. Dies zeigt sich unter anderem daran, dass wegen der einvernehmlichen Regelung etwa auf den Nachweis eines Rotationskartells verzichtet wurde.⁷⁵¹ Obwohl dort wohl ein Rotationskartell vorgelegen haben mag, wurde es nicht so behandelt und es wurde beispielsweise auf eine damit übereinstimmende Marktabgrenzung mit entsprechenden Folgen für den Basisbetrag verzichtet. Im Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ wurde der Basisbetragsatz von 7 % aus dem Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ übernommen, damit in beiden Fällen gleich vorgegangen wird. Gleichzeitig wurde aber angedeutet, künftig bei Einzelsubmissionsabsprachen eine volle Ausschöpfung des Sanktionsrahmens in Betracht ziehen zu wollen.

- Sodann ist festzuhalten, dass keine unzulässige Praxisänderung vorliegt. Zunächst ist festzuhalten, dass bei bislang zwei entschiedenen Fällen von Einzelsubmissionsabreden

⁷⁴⁹ Act. [...].

⁷⁵⁰ So auch RPW 2012/2, 408 Rz 1103, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁷⁵¹ RPW 2009/3, 215 Rz 128, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

und -märkten von einer diesbezüglich bestehenden Praxis noch gar nicht gesprochen werden kann. Und selbst wenn, wären die Voraussetzungen für eine Praxisänderung gegeben, da, wie ausgeführt, sachliche Gründe dafür bestehen und das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung ein allfälliges Interesse an der Rechtssicherheit überwiegt.

- Berechtigt erachtet die WEKO allerdings das Vorbringen, dass die Anwendung eines Basisbetragsatzes von 10 % in vorliegender Untersuchung gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstossen würde. Dies, weil in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ die Sanktionsbemessung anders vorgenommen wurde, es sich bei diesen beiden Untersuchungen materiell jedoch um dasselbe, am gleichen Tag eröffnete Verfahren handelt. Soweit hier also dieselbe Ausgangslage besteht wie dort, ist daher auch dieselbe Sanktionsbemessungsmethode anzuwenden.

967. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die WEKO in casu für erfolgreiche Schutznahmen bei Einzelsubmissionsabreden und entsprechender Einzelsubmissionsmarktangrenzungen einen Basisbetragsatz von 10 % als der Art und Schwere der Zuwiderhandlung angemessen erachten würde. Sie wendet allerdings aufgrund des Grundsatzes der Gleichbehandlung denselben Basisbetragsatz wie in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ an, also 7 %. Eine volle Ausschöpfung des Sanktionsrahmens bei Submissionsabsprachen wird sie aber in künftigen Fällen in Betracht ziehen.

968. Daraus ergeben sich folgende Basisbeträge pro Partei für eigene erfolgreiche Schutznahmen (Reihenfolge nach Höhe Basisbetrag):

Unternehmen	Kumulierte Umsätze inkl. MWST [in Mio. CHF]	Kumulierte Umsätze exkl. MWST⁷⁵² [in Mio. CHF]	Basisbetrag [in Tsd. CHF]
Birchmeier	[2–3]	[1–2]	[100–200]
Walo	[1–2]	[1–2]	[1–100]
Keller-Frei	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Toller	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Tibau	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Hüppli	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Brunner	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Hagedorn	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Müller	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Flexbelag	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Kern	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Egli	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Schiess	0	0	0

Basisbeträge in [Tsd.] CHF (gerundet auf ganze Franken) der Parteien für eigene erfolgreiche Schutznahmen.

969. Zu bestimmen bleibt der Basisbetragsatz für die abredegemäss geschützte Hüppli im Fall [...], bei welchem diese Gesellschaft aufgrund des Verfahrensabbruchs durch den Bauherrn letztlich den Zuschlag doch nicht erhielt. Die vorangehenden Ausführungen bezüglich Art und Schwere des Verstosses treffen grundsätzlich ebenso auf nicht umsatzge-

⁷⁵² Gemäss Art. 4 Abs. 1 VKU, der hier analog Anwendung findet, sind die Umsatzzahlen ohne MWST (in der relevanten Zeit 7,6 % betragend) massgebend.

nerierende, aber gegen Art. 5 Abs. 3 KG verstossende Teilnahmen an Einzelsubmissionsab-sprachen zu und es kann auf sie verwiesen werden. Insbesondere liegt auch in diesem Fall eine Wettbewerbsbeseitigung und nicht „bloss“ eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor. Die Abredeteilnehmer haben alles getan, was sie für eine erfolgreiche Umset-zung der Abrede tun mussten und konnten. Auch ein Schaden, bestehend aus den Kosten für den Verfahrensabbruch und die Neuausschreibung sowie die Verzögerung, ist effektiv eingetreten. Die WEKO erachtet es daher als sachgerecht, in diesem Fall denselben Basis-betragsatz anzuwenden wie er vorliegend auch bei erfolgreichen Schutznahmen angewandt wird. M.a.W. wird der Basisbetragsatz auf 7 % festgelegt.

970. Daraus ergibt sich folgender Basisbetrag für diese Schutznahme durch Hüppi in Fall [...]:

Unternehmen	Umsatz inkl. MWST [in Mio. CHF]	Umsatz exkl. MWST [in Mio. CHF]	Basisbetrag [in Tsd. CHF]
Hüppi	[0–1]	[0–1]	[1–100]

Basisbetrag in [Tsd.] CHF (gerundet auf ganze Franken) auf dem relevanten Markt, hinsichtlich welchem die er-folgreich geschützte Hüppi aufgrund des Verfahrensabbruchs durch die Bauherrschaft den Zuschlag letztlich nicht erhielt (Fall [...]).

971. Zusammenfassend ergeben sich damit folgende Basisbeträge pro Partei (Rei-henfolge nach Höhe Basisbetrag):

Unternehmen	Basisbetrag für er-folgreiche Schutz-nahmen [in Tsd. CHF]	Basisbetrag für Schutznahme bei Ver-fahrensabbruch [in Tsd. CHF]	Total Basisbetrag [in Tsd. CHF]
Birchmeier	[100–200]	-	[100–200]
Walo	[1–100]	-	[1–100]
Hüppi	[1–100]	[0–100]	[1–100]
Keller-Frei	[1–100]	-	[1–100]
Toller	[1–100]	-	[1–100]
Tibau	[1–100]	-	[1–100]
Brunner	[1–100]	-	[1–100]
Hagedorn	[1–100]	-	[1–100]
Müller	[1–100]	-	[1–100]
Flexbelag	[1–100]	-	[1–100]
Kern	[1–100]	-	[1–100]
Egli	[1–100]	-	[1–100]
Schiess	0	-	0

Total Basisbeträge in [Tsd.] CHF (gerundet auf ganze Franken) der Parteien.

972. Die Anwendung derselben Sanktionsbemessungsmethode wie in der paralle-len Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ führt vorliegend dazu, dass der Sanktionsbetrag von Schiess (nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung) CHF 0.- be-tragen würde. Ebenso wie in der parallelen Untersuchung, deren Sanktionsbemessungsmethode nunmehr aus Gründen der Gleichbehandlung angewandt wird, ist diesfalls eine Pau-schalsanktion für Schiess auszusprechen. In Anbetracht der Tatsache, dass sich Schiess bewiesenermassen an [3–10] Abreden beteiligt hat, erachtet die WEKO – auch im Vergleich

zu den in der parallelen Untersuchung ausgesprochenen Pauschalsanktionen – eine Sanktion von CHF 35'000.- als der Art und Schwere des unzulässigen Verhaltens von Schiess angemessen. Zutreffend ist zwar, dass Schiess vorliegend im Vergleich zu [...] in der parallelen Untersuchung weniger hohe Beträge von Stützofferten einreichte, doch liegt dafür die [grössere] Anzahl von Abredeteilungen vor. Die von Schiess für eine Pauschalsanktion in den Raum gestellte Summe von CHF 18'700.-⁷⁵³ erscheint daher nicht der Schwere (insbesondere der Anzahl) der unzulässigen Verhaltensweise von Schiess angemessen.

B.7.2.3.2 Dauer

973. Eine Einzelsubmissionsabrede ist infolge der zeitlichen Beschränktheit des resp. der relevanten Märkte zeitlich limitiert. Aus diesem Grund ist ein spezifischer Zuschlag gestützt auf die Dauer des Wettbewerbsverstosses bei einem Abstellen auf die Einzelsubmissionsabreden – wie vorliegend erfolgt⁷⁵⁴ – kaum bestimmbar. Hinzu kommt, dass die Anzahl der Abreden je nach Unternehmen pro Jahr sehr unterschiedlich ist. Eine Erhöhung des Basisbetrags gestützt auf die Dauer wäre allenfalls angebracht, wenn das Bestehen einer umfassenderen Submissionsabrede oder einer institutionalisierten Abredetätigkeit nachgewiesen wäre. Ein dahingehender Beweis konnte vorliegend allerdings nicht erbracht werden.⁷⁵⁵ Auf einen Zuschlag gestützt auf die Dauer ist deshalb in vorliegender Untersuchung, in welcher auf die Einzelsubmissionsabreden abgestellt wird, zu verzichten.⁷⁵⁶ Zu berücksichtigen ist allerdings die Anzahl Beteiligungen an getroffenen Wettbewerbsabreden im untersuchten Zeitraum, dies gegebenenfalls als erschwerenden Umstand (vgl. Rz 975 ff.).

B.7.2.3.3 Erschwerende und mildernde Umstände

974. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernenden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Grundsätzlich können diejenigen Aspekte, welche im Rahmen der Kooperation und damit über den Sanktionserlass oder die Reduktion gemäss Art. 49a Abs. 2 KG abgegolten werden, nicht erneut als mildernde Umstände Berücksichtigung finden.⁷⁵⁷

i) Erschwerende Umstände

Beteiligung an Absprachen

975. Das Sekretariat hat in seinem Antrag die wiederholten Verstösse gegen das Kartellgesetz als erschwerenden Umstand berücksichtigt und dabei jede Abredeteilung – sei es durch eigene (erfolgreiche ebenso wie erfolglose) Schutznahmen oder Stützofferten – als einen separaten Verstoss gewertet und gezählt.

976. Mehrere Parteien haben dies als unzulässig beurteilt. Sie begründen dies damit, dass ein solches Vorgehen zu einer ungerechtfertigten Doppelbelastung resp. Doppelbestrafung eines bestimmten Verhaltens führe.⁷⁵⁸ Zudem werde damit wiederum ohne sach-

⁷⁵³ Vgl. act. [...].

⁷⁵⁴ Siehe dazu B.6.1.2 ff. sowie Rz 823 ff.

⁷⁵⁵ Im Gegensatz dazu der Fall RPW 2009/3, 215 f., Rz 127 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, in dem sich die Abspracheteilnehmer im untersuchten Zeitraum regelmässig trafen und somit eine Dauer des Wettbewerbsverstosses eindeutig bestimmt werden konnte. Dort wurde der Basisbetrag entsprechend auch aufgrund der Dauer der Abredetätigkeit erhöht.

⁷⁵⁶ Ebenso RPW 2012/2, 409 Rz 1106, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁷⁵⁷ RPW 2009/3, 216, Rz 132, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁷⁵⁸ So etwa act. [...].

liche Gründe von der Vorgehensweise in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ abgewichen, wo Verhaltensweisen, welche bereits bei der Bestimmung des Basisbetrags einbezogen worden sind, im Rahmen dieses erschwerenden Umstandes nicht nochmals berücksichtigt wurden. Dass dafür gegenüber der parallelen Untersuchung verminderte Prozentsätze bei der Erhöhung verwendet würden, vermöge die unterschiedliche Behandlung nicht auszugleichen, weshalb es ungerechtfertigterweise zu einer härteren Bestrafung käme.⁷⁵⁹ Zudem sei zweifelhaft, ob überhaupt von wiederholten Verstössen gegen das KG i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG gesprochen werden könne. Diese Bestimmung setze nämlich bereits erfolgte und rechtskräftig beurteilte Verstösse voraus, nicht wiederholte Verstösse innerhalb desselben Verfahrens. Für eine solche Auslegung spreche insbesondere der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG, aber auch dessen Sinn und Zweck sowie das Legalitätsprinzip. Eine bereits in einem früheren, förmlichen Verfahren rechtskräftig beurteilte Kartellrechtsverletzung liege aber – zumindest bei dieser Partei – nicht vor.⁷⁶⁰ Erschwerende Umstände seien nicht ersichtlich, denn anerkanntermassen sei ein Zuschlag für die Dauer nicht möglich und in den meisten bisherigen Fällen habe die WEKO auch keine erschwerenden Umstände erkannt.⁷⁶¹

977. Die WEKO hält an ihrer Auffassung fest, dass als erschwerender Umstand gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG nicht nur bereits rechtskräftig in einem früheren Verfahren beurteilte Verstösse gegen das Kartellgesetz zählen. Notwendig, aber auch hinreichend, ist vielmehr einzig ein wiederholtes Verstossen gegen das Kartellgesetz, was auch – wie hier – innerhalb einer Untersuchung zur Beurteilung vorliegen kann.⁷⁶² Sodann ist klarzustellen, dass die Tatsache, dass ein Zuschlag für die Dauer gemäss Art. 4 SVKG nicht möglich ist, nicht ausschliesst, dass erschwerende Umstände i.S.v. Art. 5 SVKG vorliegen. Unter Verweis auf die diesbezüglich im Rahmen der Bestimmung des Basisbetrags gemachten Ausführungen⁷⁶³ ist allerdings auch hier aus Gründen der Gleichbehandlung dieselbe Berechnungsmethode und derselbe erschwerende Umstand anzuwenden wie in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“. Es sind insbesondere auch hier im Rahmen dieses erschwerenden Umstandes nur diejenigen Abredeteiligungen zu zählen, die nicht bereits bei der Bestimmung des Basisbetrags berücksichtigt wurden.⁷⁶⁴ Vor diesem Hintergrund braucht nicht mehr darauf eingegangen zu werden, ob bei der ursprünglich vom Sekretariat in vorliegender Untersuchung vorgeschlagenen Zählmethode eine ungerechtfertigte Doppelbelastung vorgelegen hätte, wie dies mehrere Parteien geltend machen. Zur Begründung dieses nunmehr angewandten erschwerenden Umstandes der „Beteiligung an Absprachen“ können hier dementsprechend die Ausführungen aus der parallelen Untersuchung auszugsweise wiedergegeben werden:

„Beteiligung an Absprachen

1108. Nicht jedes Abspracheverhalten generiert einen direkten Umsatz für den Abspracheteilnehmer. Als häufigster Fall kann dabei auf die Einreichung einer Stützofferte verwiesen werden. Weiter fallen darunter auch einige nicht erfolgreiche Schutznahmen und Stützofferten.

[...]

⁷⁵⁹ Act. [...].

⁷⁶⁰ Act. [...].

⁷⁶¹ Act. [...].

⁷⁶² BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 67; diesen Autoren wohl folgend WEBER/RIZVI (Fn686), Art. 5 SVKG N 6.

⁷⁶³ Siehe Rz 951 letztes Lemma sowie 966 letztes Lemma.

⁷⁶⁴ Nicht mitgezählt werden also die erfolgreichen Schutznahmen sowie die aufgrund des Verfahrensabbruchs durch die Bauherrschaft erfolglos gebliebene Schutznahme von Hüppi im Fall [...].

1110. [...] Von jeglicher Sanktion für das unzulässige Verhalten abzusehen, erscheint in Anbetracht der entscheidenden Rolle, die ein stützendes Unternehmen bei der Submissionsabsprache spielt, ebenfalls als nicht gerechtfertigt. Die Einreichung von Stützofferten von jeglicher Sanktion zu befreien, erscheint nicht nur als falsches Signal an die Marktteilnehmer, sondern auch als stossende Tolerierung eines wettbewerbsvortäuschenden und volkswirtschaftlich schädlichen Verhaltens.

1111. Aus diesem Grund berücksichtigt die WEKO die Einreichung von Stützofferten unter dem Titel der erschwerenden Umstände (Art. 5 SVKG). Sie berücksichtigt die Anzahl der Abspracheteilnahmen.

1112. Die Sanktion eines Unternehmens, das häufig Stützofferten eingereicht hat, ist um einen höheren Prozentsatz zu erhöhen, als die Sanktion eines Unternehmens mit vereinzelt Stützofferten. Damit ist aber noch nicht gesagt, um welchen Prozentsatz die Sanktion zu erhöhen ist.

[...]“⁷⁶⁵

978. Die Erhöhungen wurden in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ wie folgt abgestuft: Mehr als 20 Beteiligungen führten zu einer Erhöhung des Basisbetrags um 200 %, 11–20 Beteiligungen wurden mit einer Erhöhung um 100 % sanktioniert und 3–10 Beteiligungen mit einer solchen um 50 %.⁷⁶⁶

979. Einige Parteien machen geltend, auch die in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ angewandte Methode der Berücksichtigung erschwerender Umstände sei unzulässig.⁷⁶⁷ Sie sei mit Blick auf die bisherige Praxis und diejenige der EU als zu hoch einzustufen. Aus Sicht einer Partei angemessener erschiene, wenn schon, eine Orientierung am Zuschlag für die Dauer gemäss Art. 4 SVKG, wonach für jedes Jahr ein Zuschlag von 10 % zu veranschlagen sei. Der Zuschlag wäre diesfalls vorliegend auf maximal 30 % festzusetzen.⁷⁶⁸ Aus Sicht einer anderen Partei dürfte die Erhöhung bei mehr als 20 Beteiligungen maximal 50 % betragen, bei 11–20 Beteiligungen maximal 25 %.⁷⁶⁹ Allerdings sei dabei zu berücksichtigen, dass bei einem eigentlichen Rotationskartell keine Erhöhung wegen wiederholter Teilnahme möglich wäre. In vorliegendem Fall, wo weniger einschneidende Einzelsubmissionsabreden vorlägen, führe die Erhöhung wegen Teilnahme an mehreren Absprachen dazu, dass die Unternehmen härter sanktioniert würden als bei einem Rotationskartell, was zeige, dass diese Erhöhung schon im Grundsatz willkürlich sei.⁷⁷⁰

980. Die Höhe des Zuschlags und dessen Abstufung wurde auch schon im parallelen Verfahren „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ von den Parteien kritisiert. Die WEKO hielt gleichwohl daran fest, weshalb kein Grund besteht, vorliegend davon abzuweichen. Hinsichtlich dem angeführten Argument des Rotationskartells ist anzufügen, dass diesfalls a) die Marktabgrenzung wohl anders ausfallen dürfte, was sich entsprechend auf den Basisbetrag auswirkt, und b) ein Zuschlag für die Dauer hinzukäme. Insgesamt, gerade aufgrund der weiteren Marktabgrenzung, würde ein Rotationskartell deutlich härter sanktioniert

⁷⁶⁵ RPW 2012/2, 409 f. Rz 1008 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁷⁶⁶ RPW 2012/2, 412 Rz 1026 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁷⁶⁷ Act. [...]. Implizit auch act. [...].

⁷⁶⁸ Act. [...].

⁷⁶⁹ Act. [...].

⁷⁷⁰ Act. [...].

als Einzelsubmissionsabreden, auch wenn bei diesen als erschwerender Umstand ein Zuschlag für wiederholte Verstösse ausgesprochen wird.

981. Die nachfolgende Tabelle gibt eine Übersicht über die Anzahl von kartellrechtswidrigen, bei der Bestimmung des Basisbetrags nicht berücksichtigten Abredeteilnahmen der Parteien (Reihenfolge nach Anzahl Abredeteilnahmen). Zu ergänzen bleibt, dass diese Tabelle den Eindruck erwecken könnte, die Selbstanzeigerin sei überdurchschnittlich oft an Abreden beteiligt gewesen.⁷⁷¹ Dieser Eindruck wäre unzutreffend; er ist auf die umfassende Kooperationspflicht im Rahmen der Selbstanzeige zurückzuführen.⁷⁷²

Unternehmen	Fallnummern	Anzahl Beteiligungen	Erhöhung
Keller-Frei	[...]	[11–20]	100 %
Hüppi	[...]	[11–20]	100 %
Birchmeier	[...]	[11–20]	100 %
Schiess	[...]	[3–10]	Pauschal-sanktion
Tibau	[...]	[3–10]	50 %
Kern	[...]	[3–10]	50 %
Toller	[...]	[3–10]	50 %
Walo	[...]	[3–10]	50 %
Flexbelag	[...]	[3–10]	50 %
Hagedorn	[...]	[3–10]	50 %
Müller	[...]	[3–10]	50 %
Brunner	[...]	[3–10]	50 %
Egli	-	0	-

Übersicht Sanktionserhöhung wegen Beteiligung an Absprachen.

Mutmasslicher Gewinn

982. Als weiterer erschwerender Umstand kommt die Höhe der erzielten Kartellrente in Betracht. Ein durch das Verhalten erzielter „Normalgewinn“ ist bereits im Basisbetrag enthalten. Fällt indessen im Einzelfall die unrechtmässige Kartellrente höher aus, so ist diesem Gewinn als erschwerendem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5

⁷⁷¹ Entgegen der Ansicht der Selbstanzeigerin ist die Gefahr eines allfälligen unzutreffenden Eindrucks allein allerdings kein Grund, von einer Aufführung abzusehen. Dies schon nur deshalb nicht, weil auch gegenüber den anderen Parteien eine Begründungspflicht besteht. Art. 14 Abs. 2 SVKG regelt im Übrigen einzig die Möglichkeit einer Sanktionsreduktion für die weiteren (nicht die erste) Selbstanzeigerinnen. Dass diese zusätzlichen Beweismittel oder die daraus folgende zusätzliche Dauer in der Verfügung nicht darzustellen und zu begründen wäre, ergibt sich daraus aber nicht. Dies kann schon nur deshalb nicht der Fall sein, weil dergestalt der Begründungspflicht gegenüber den anderen Parteien nicht nachgekommen werden könnte. Die Sanktion wird der Selbstanzeigerin vorliegend aber ohnehin gänzlich erlassen, weshalb Art. 14 Abs. 2 SVKG nicht zur Anwendung gelangt.

⁷⁷² Siehe Rz 212 f.

Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen.⁷⁷³ Dies setzt natürlich voraus, dass eine Berechnung der Kartellrente, des durch die Abrede erzielten Gewinns oder minimierten Verlusts, oder zumindest eine entsprechende Schätzung im Einzelfall möglich ist, was in der Praxis selten der Fall sein dürfte. In vorliegendem Fall gibt es immerhin gewisse Erfahrungswerte sowie weitere Indizien bezüglich der abredebedingten Preisüberhöhungen bei Submissionsabreden: Zum einen werden in der Literatur diesbezügliche Erhebungen wiedergegeben.⁷⁷⁴ Zum anderen liefern auch die Auswertungen in der Untersuchung betreffend Strassenbeläge Tessin diesbezügliche Erkenntnisse.⁷⁷⁵ Schliesslich lässt sich in einigen der zuvor dargestellten Fällen aufgrund weiterer Umstände die Erhöhung ausnahmsweise bestimmen oder zumindest annäherungsweise schätzen.⁷⁷⁶ Trotz dieser Indizien bezüglich der abredebedingten Preiserhöhungen bei Submissionsabreden ist vorliegend von einer Erhöhung des Sanktionsbetrags wegen eines besonders hohen erzielten Gewinns abzusehen. Dies, weil hier im Vergleich zur Untersuchung „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ der Basisbetrag höher angesetzt wird, wodurch eine Abschöpfung des mutmasslichen Gewinns bereits unter diesem Punkt eher erreicht werden kann. Allerdings ist nicht auszuschliessen, dass sich in künftigen Untersuchungen betreffend Einzelsubmissionsabreden – wenn das Vorliegen einer umfassenderen Submissionsabrede nicht nachgewiesen werden kann – weisen wird, dass zusätzlich eine Erhöhung des Sanktionsbetrags wegen Erzielung eines besonders hohen erzielten Gewinns erforderlich ist, um zumindest den unrechtmässig erzielten Gewinn vollumfänglich abzuschöpfen und gleichzeitig auch eine pönale Komponente im Sanktionsbetrag zu haben.

Besondere erschwerende Umstände

983. Schliesslich ist als weiterer erschwerender Umstand eine allfällige führende Rolle eines Abredeteilnehmers in Betracht zu ziehen. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach eines oder mehrere Unternehmen eine bedeutendere Rolle bei den Abreden eingenommen hat bzw. haben als die übrigen Unternehmen. Das bedeutet, dass kein Unternehmen vermehrt die Initiative ergriffen hat oder die Organisation und Umsetzung übernahm. Die Unternehmen haben nur, aber immerhin, die Abreden organisiert, bei welchen sie geschützt wurden, was allerdings in der Besonderheit der Einzelsubmissionsmärkte begründet liegt und daher nicht erschwerend als Innehaben einer führenden Rolle i.S.v. Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG zu berücksichtigen ist. Eine gestützt auf diesen Grund erfolgende Erhöhung des Basisbetrags erfolgt daher nicht.

ii) Mildernde Umstände

984. Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet, wird der Sanktionsbetrag vermindert (Art. 6 Abs. 1 SVKG). Bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird der Betrag u.a. dann vermindert, wenn das Unternehmen dabei ausschliesslich eine passive Rolle gespielt hat (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG). Der Minderungsbetrag muss analog zur Festsetzung der erschwerenden Umstände ausgehend vom (gegebenenfalls, hier aber nicht vorliegend, aufgrund der Dauer erhöhten) Basisbetrag berechnet werden.

985. Gemäss den Erläuterungen zur Sanktionsverordnung kann sodann in denjenigen Fällen, in welchen gar kein Gewinn (treffender wäre wohl gar keine Kartellrente, da auch ein verminderter Verlust wettbewerbsverzerrend ist) erzielt wurde, eine Sanktionsminderung

⁷⁷³ Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (Fn 683), ad Art. 2 Abs. 1 und Art. 5.

⁷⁷⁴ Siehe etwa CHRIST (Fn 404), Rz 859, der eine durchschnittliche Erhöhung um 11 % nennt, wobei sie bei offenen Verfahren tiefer (rund 10 %) sein soll als bei begrenzten (14.5 %) wie dem Einladungsverfahren.

⁷⁷⁵ RPW 2008/1, 103 Rz 142, *Strassenbeläge Tessin*.

⁷⁷⁶ Siehe etwa die Ausführungen in Rz 856.

vorgenommen werden.⁷⁷⁷ Wie bereits festgehalten, lässt sich die genaue Höhe der erzielten Kartellrente und damit des abredebedingten Gewinns nicht feststellen.⁷⁷⁸ Davon, dass durch die Abreden gar kein Gewinn erzielt wurde, ist schon nur deshalb nicht auszugehen, weil andernfalls die Bauunternehmen die mit dem Treffen solcher Abreden verbundenen Aufwände nicht auf sich nehmen und solche Abreden treffen würden. Eine Reduktion aus diesem Grund fällt daher ausser Betracht.

986. Als weitere mildernde Umstände, welche in Betracht zu ziehen sind, nennt die Literatur unter anderem Compliance-Programme oder ein besonders geringes Verschulden.⁷⁷⁹ Von vereinzelt Unternehmen waren zwar im Zeitpunkt, in dem die Abreden abgeschlossen wurden, gewisse Massnahmen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen getroffen worden. So wurden etwa entsprechende Weisungen erlassen und Mitarbeitende ab einer gewissen Stufe mussten diese unterzeichnen. Doch diese bescheidenen Vorkehrungen ohne anschliessende systematische Kontrolle der Einhaltung und ohne effektive Sanktionierung im Falle eines Verstosses dagegen waren – und zwar nicht nur erst retrospektiv, sondern ohne Weiteres bereits ex ante offenkundig – ungenügend, um Kartellrechtsverstösse auch wirklich zu verhindern. In einer Branche, in der bis zum Inkrafttreten der direkten Sanktionen im KG das Treffen von kartellrechtswidrigen Submissionsabsprachen an der Tagesordnung war,⁷⁸⁰ wäre ein grundsätzliches Umdenken – ein Wandel der Unternehmenskultur hin zum Wettbewerbsgedanken – erforderlich. Dies aber setzt seitens der Unternehmen rigore Vorkehrungen zur Einhaltung der kartellrechtlichen Vorschriften und vor allem auch deren strenge Überwachung und ausnahmslose interne Durchsetzung voraus. Dem war nicht der Fall, vielmehr tolerierten (aufgrund des Faktischen treffender wohl: begrüsst) die Unternehmen sehenden Auges das Treffen von Submissionsabsprachen durch ihre Mitarbeitenden mittleren und hohen Kaders. Folglich können die getroffenen Compliance-Massnahmen auch nicht als mildernde Umstände berücksichtigt werden. Dass das Verschulden keineswegs gering, sondern vielmehr gravierend war, wurde ebenfalls bereits erläutert.⁷⁸¹ Auch aus diesem Grund ist eine Sanktionsminderung nicht möglich.

987. Der Umstand, dass ein Unternehmen die verfahrensauslösende Selbstanzeige eingereicht hat, ist im Zusammenhang mit der Gewährung eines allfälligen Sanktionserlasses relevant und kann nicht im Rahmen der mildernden Umstände zusätzlich berücksichtigt werden. Auch den nach Verfahrenseröffnung eingegangenen Selbstanzeigen resp. der daraus folgenden Kooperation mit der Behörde wird ausschliesslich im Rahmen der Sanktionsreduktion i.S.v. Art. 12 f. SVKG Rechnung getragen und nicht zusätzlich im Rahmen von Art. 6 SVKG.⁷⁸²

988. Als mildernder Umstand berücksichtigt werden könnte kooperatives Verhalten, soweit es ausserhalb einer Selbstanzeige erfolgt.⁷⁸³ Dies setzt allerdings eine Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden voraus, die über die ohnehin spezifisch kartellrechtlich geforderte Mitarbeit hinausgeht, denn das blosses Nachkommen der diesbezüglichen gesetzlichen Pflichten kann nicht bereits sanktionsmildernd sein.⁷⁸⁴ Vorliegend käme eine solche Berücksichtigung kooperativen Verhaltens einzig in Bezug auf Strabag in Betracht, nament-

⁷⁷⁷ Erläuterungen SVKG (Fn 683), ad Art. 2 Abs. 1; vgl. auch RPW 2009/3, 216 Rz 134., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁷⁷⁸ Siehe Rz 982.

⁷⁷⁹ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 88.

⁷⁸⁰ Siehe nur etwa RPW 2008/1, 96 ff. Rz 88 ff., *Strassenbeläge Tessin*.

⁷⁸¹ Rz 917.

⁷⁸² Erläuterungen SVKG (Fn 683), ad Art. 6; vgl. auch RPW 2009/3, 217, Rz 141 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁷⁸³ So etwa BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 86.

⁷⁸⁴ So bereits RPW 2009/3, 217, Rz 142, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

lich aufgrund deren Aussageverhalten anlässlich des Parteiverhörs und insbesondere der vorgängig getroffenen internen Abklärungen und Aufarbeitungen des Geschehenen. Da Strabag aber ohnehin sanktionslos bleibt, erübrigt sich eine nähere Prüfung einer allfälligen Sanktionsmilderung bezüglich ihr.

989. Bezüglich aller übrigen Parteien sind keine mildernden Umstände ersichtlich, welche zu einer Reduktion des Sanktionsbetrags führen würden.

990. [...], [...] und [...] machen mildernde Umstände geltend. Sie berufen sich dabei auf ihre Compliance-Massnahmen (zur Schilderung derjenigen von [...] resp. [...] siehe Rz 920 resp. 922).⁷⁸⁵ Die Anforderungen, welche die Wettbewerbsbehörden an solche Compliance-Massnahmen stellen würden, seien völlig überrissen und nicht umsetzbar. [...] führt als mildernde Umstände zudem an, bei der Bussenberechnung werde teilweise ein fiktiver Umsatz zu Grunde gelegt, was mildernd zu berücksichtigen sei. Sodann seien die betroffenen Offerten im Vergleich zum Volumen der in diesen Jahren gerechneten Offerten marginal. Es fehle zudem an jeglichen Vergeltungsmassnahmen.⁷⁸⁶

991. Die von [...] und [...] getroffenen Compliance-Massnahmen wurden bereits an anderer Stelle betrachtet, worauf verwiesen sei.⁷⁸⁷ Es sei hier bloss wiederholt, dass diese nicht ausreichend sind, um als mildernde Umstände berücksichtigt zu werden, fehlt es doch insbesondere an Überwachungs-, Kontroll- und Durchsetzungsmechanismen. Dass [...] Compliance-Massnahmen als mildernde Umstände anführt, erstaunt nur schon deswegen, weil sie gleichzeitig geltend macht, den Vertretern von ihr, welche bei den angeblichen Absprachen involviert gewesen sein sollen, sei nicht bewusst gewesen, mit diesem angeblichen Verhalten gegen das KG zu verstossen. Die weiteren von [...] als mildernde Umstände angeführten Gründe vermögen ebenfalls nicht zu überzeugen. Der erstgenannte Grund wäre, wenn schon, nicht als mildernder Umstand zu würdigen, sondern bei der Bestimmung des entsprechenden Basisbetragsatzes. Die beiden letztgenannten Gründe können bei Einzelsubmissionsabsprachen und entsprechender Einzelsubmissionsmarktangrenzungen nicht relevant sein.

B.7.2.4 Zwischenergebnis

992. Zusammenfassend berechnen sich die Sanktionen demnach wie folgt: Zunächst ist die Obergrenze des Basisbetrags (ohne Mehrwertsteuer) zu ermitteln. Für die Berechnung des Basisbetrags (ohne Mehrwertsteuer) wird alsdann ein Prozentsatz von 7 % (erfolgreiche eigene Schutznahmen sowie wegen Verfahrensabbruch durch den Bauherrn erfolglos gebliebene Schutznahme) herangezogen. Ein Zuschlag für die Dauer ist vorliegend nicht vorzunehmen. Der Basisbetrag wird alsdann entsprechend den zuvor genannten erschwerenden Umständen erhöht. Mildernde Umstände, die zu einer Reduktion des Basisbetrags führen würden, sind nicht ersichtlich. Dies ergibt folgende Sanktionsbeträge bezüglich der einzelnen Parteien (Reihenfolge nach Höhe der Sanktionsbeträge). Zu ergänzen bleibt, dass diese Tabelle den Eindruck erwecken könnte, die Selbstanzeigerin sei überdurchschnittlich oft an Abreden beteiligt gewesen und habe überdurchschnittlich davon profitiert. Dieser Eindruck allerdings wäre unzutreffend; er ist auf die umfassende Kooperationspflicht im Rahmen der Selbstanzeige zurückzuführen. Im Einzelnen wurde dies an anderer Stelle erörtert, worauf verwiesen sei.⁷⁸⁸

⁷⁸⁵ Act. [...].

⁷⁸⁶ Act. [...].

⁷⁸⁷ Siehe Rz 921 resp. 923.

⁷⁸⁸ Siehe Rz 212 f.

Partei	Sanktionsbetrag [in Tsd. CHF]
Birchmeier	[200–300]
Walo	[100–200]
Hüppi	[1–100]
Keller-Frei	[1–100]
Toller	[1–100]
Tibau	[1–100]
Schiess (nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung)	[1–100]
Brunner	[1–100]
Hagedorn	[1–100]
Müller	[1–100]
Flexbelag	[1–100]
Kern	[1–100]
Egli	[1–100]

Höhe der Sanktion je Partei in [Tsd.] CHF (vor Selbstanzeige, auf ganze Frankenbeträge gerundet).

993. Soweit Konzernverhältnisse vorliegen, werden die Sanktionen unter solidarischer Haftbarkeit sowohl den jeweiligen Konzernmuttergesellschaften im Zeitpunkt des Verstosses resp. der Verstösse wie auch den handelnden Konzerntochtergesellschaften auferlegt. Dies ist der Fall bezüglich Aktiengesellschaft Cellere (Schiess), Brebau Holding AG (Egli), Brunner Erben Holding AG (Brunner), Gewerbezentrum Unterfeld AG (Birchmeier) sowie [...].

B.7.2.5 Verhältnismässigkeitsprüfung

994. Schliesslich muss eine Busse als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein,⁷⁸⁹ was vorliegend ohne Weiteres der Fall ist.

B.7.3 Selbstanzeige – Vollständiger Erlass der Sanktion

995. 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.

B.7.3.1 Allgemeines zur Sanktionsbefreiung

996. 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

⁷⁸⁹ Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218, Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein 100-prozentiger Sanktionserlass kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.⁷⁹⁰

997. Ein Erlass der Sanktion setzt in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG).

998. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist;
- es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt;
- es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat, und
- es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt.

B.7.3.2 Subsumtion und Ergebnis

999. Die vorliegende Untersuchung wurde aufgrund der Anzeige eines Dritten am 8. Juni 2009 eröffnet und am 9. Juni 2009 mittels Hausdurchsuchungen eingeleitet. Parallel dazu wurde an denselben Daten eine Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ eröffnet und ebenfalls Hausdurchsuchungen vorgenommen. An dieser Stelle ist zu betonen, dass es sich bei der Anzeigerin nicht um Birchmeier, die Selbstanzeigerin, handelt. Ein Sanktionserlass infolge *Eröffnungskooperation* i.S.v. Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG kommt demnach für Birchmeier nicht in Frage. Am Kartell beteiligte Unternehmen können in einem derartigen Fall nur noch zufolge *Feststellungskooperation* in den Genuss einer Sanktionsbefreiung resp. Reduktion kommen.⁷⁹¹

1000. Anlässlich der Hausdurchsuchung vom 9. Juni 2009 in der den „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ betreffenden Untersuchung (Akten-Nr. 22-0385) beantragte die durchsuchte Birchmeier zunächst telefonisch sowie mit umgehender schriftlicher Bestätigung per Fax die Teilnahme am Bonusprogramm und erklärte ihre Bereitschaft zur Kooperation.⁷⁹² Sie machte noch anlässlich der Hausdurchsuchung präzisierende und aufschlussreiche Angaben über die Abredetätigkeit. In der Folge reichte sie bei ihr noch auffindbares Beweismaterial ein und machte auch Ausführungen dazu. Einige der von ihr genannten Projekte sind dabei im Kanton Zürich gelegen.

1001. Mit Fax vom 31. Mai 2011 bekräftigte Birchmeier ausdrücklich, dass ihre Selbstanzeige sowie ihr Wille zur Kooperation selbstverständlich auch für die vorliegende Untersuchung 22-0384 betreffend den Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich gelte.⁷⁹³ Mit Schreiben vom 6. und 10. Juni 2011 reichte sie daraufhin eine spezifische Beschreibung der im Kanton Zürich gelegenen Projekte sowie dazugehörige Beweismittel ein.⁷⁹⁴ Am 20. Juni

⁷⁹⁰ So bereits RPW 2009/3, 219, Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁷⁹¹ Insofern gleichgelagert RPW 2009/3, 219, Rz 156, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁷⁹² Siehe zusammenfassend act. [...].

⁷⁹³ Act. [...].

⁷⁹⁴ Act. [...]sowie act. [...].

2011 ergänzte sie diese Angaben mündlich in den Räumlichkeiten des Sekretariats und beantwortete dabei auch mit ihren Angaben zusammenhängende Fragen des Sekretariats.⁷⁹⁵

1002. Birchmeier hat unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend die Abreden vorgelegt und diese durch ihre Angaben erläutert und präzisiert. Es bestehen keine Anzeichen oder auch nur die geringsten Anhaltspunkte dafür, dass Birchmeier irgendwelche abgesprochenen Projekte im Kanton Zürich, an welchen sie beteiligt war, insbesondere solche, bei welchen sie Schutznehmerin war, ungenannt gelassen hätte. Die Voraussetzung gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG ist damit erfüllt. Ohne den von Birchmeier gemachten Angaben und eingereichten Beweismitteln wäre es den Wettbewerbsbehörden in etlichen der Fälle nicht gelungen, die Abrede und damit den Wettbewerbsverstoss rechtsgenügend zu beweisen; erst die Selbstanzeige machte dies möglich. Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG steht einem vollständigen Sanktionserlass demnach nicht im Wege.

1003. Aufgrund der zeitlichen Abfolge auf den ersten Blick fragen könnte man sich, ob Birchmeier bezüglich der vorliegenden Untersuchung (Akten-Nr. 22-0384) während des gesamten Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und insbesondere ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden zusammenarbeitete (Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG). Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass auch das Vorliegen dieser Voraussetzung zweifelsfrei zu bejahen ist. Birchmeier nannte im Rahmen ihrer Selbstanzeige, die sie noch anlässlich der Hausdurchsuchung initiierte, in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ sämtliche abgesprochenen Fälle, in welche sie involviert war, darunter auch die im Kanton Zürich gelegenen. Dass von den Wettbewerbsbehörden – primär aus Kapazitätsgründen – zwei parallele Untersuchungen geführt wurden, kann nun nicht zum Nachteil der Birchmeier gereichen, die verständlicherweise davon ausging, mit dieser Benennung und Beschreibung der abgesprochenen Projekte im Rahmen der gegen sie laufenden Untersuchung unabhängig davon, in welchem Kanton diese Projekte lagen, das ihrige für einen Sanktionserlass getan und ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert zu haben. Nachdem sich Birchmeier der formellen Führung zweier paralleler Untersuchungen bewusst wurde, hat sie unverzüglich sämtliche diese Informationen auch in vorliegender Untersuchung eingereicht und insbesondere auch anlässlich der mündlichen Ergänzung weiter präzisiert und ausgeführt. Birchmeier hat demzufolge auch die Voraussetzung der ununterbrochenen, uneingeschränkten und ohne Verzug vorgenommenen Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden erfüllt.

1004. Trotz dieser zeitlichen Verzögerung, die, wie gesagt, nicht der Birchmeier zum Nachteil gereichen kann, war Birchmeier in vorliegender Untersuchung die erste Gesellschaft, die eine Selbstanzeige einreichte. Es braucht daher der genaue Zeitpunkt, ab welchem die Selbstanzeige in vorliegender Untersuchung als eingegangen gilt, nicht ermittelt zu werden, denn Art. 8 Abs. 4 Bst. a SVKG steht einem vollständigen Sanktionserlass so oder so nicht entgegen.

1005. Auch die weiteren Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass sind erfüllt. So stellte Birchmeier ihre Abredetätigkeit unverzüglich im Zeitpunkt der Selbstanzeige ein (Art. 8 Abs. 2 Bst. d SVKG) und sie hatte auch keine anstiftende oder führende Rolle bei diesen Wettbewerbsverstössen inne. Durch die Besonderheit von Einzelsubmissionsmärkten bedingt, hat Birchmeier nur, aber immerhin, in denjenigen Fällen, in welchen sie um Schutz ersuchte, die Kontaktaufnahme initiiert. Darin kann aber weder eine anstiftende noch eine führende Rolle erblickt werden, ist dies doch untrennbar mit der Natur von Einzelsubmissionsmärkten verbunden und auf diese zurückzuführen. Davon, dass Birchmeier andere Gesellschaften zur Teilnahme an Wettbewerbsverstössen gezwungen hätte, kann

⁷⁹⁵ Beim Protokoll der mündlichen Ergänzung handelt es sich um act. [...].

keine Rede sein. Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG steht einem Sanktionserlass folglich nicht entgegen.

1006. Zusammenfassend ist damit festzustellen, dass Birchmeier sämtliche Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt und es ist auf eine Sanktionsbelastung der Birchmeier zu verzichten.

1007. Hüppi erachtet den Sanktionserlass gegenüber Birchmeier als nicht gerechtfertigt. Zunächst hätten sich die von Birchmeier gelieferten Unterlagen und vor allem die damit verbundenen Anschuldigungen von Mitbewerbern in grösster Mehrheit als falsch und haltlos erwiesen. Insbesondere die gegen Hüppi vorgebrachten Anschuldigungen seien haltlos. Im Antrag werde festgehalten, dass Falschaussagen die Sanktionsbefreiung oder -reduktion auf das Wesentlichste gefährden würden. Die Selbstanzeige in vorliegendem Verfahren sei rund zwei Jahre nach Eröffnung des Verfahrens erfolgt und habe sich auf Sachverhalte bezogen, die den Wettbewerbsbehörden bereits bekannt gewesen sein mussten. Wenn die Kooperation erst in einem späten Verfahrensstadium erfolge und keine wesentlich neuen Erkenntnisse liefere, sei ein Sanktionserlass ausgeschlossen. Birchmeier habe nicht ununterbrochen und insbesondere ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden zusammengearbeitet. Wenn die zweijährige Zeitspanne zwischen Untersuchungseröffnung und Selbstanzeige nicht als Verzug zu werten sei, sei das unerklärlich. Die Umstände würden nahelegen, dass Birchmeier nicht von selber, sondern auf Druck und Voranzeige durch das Sekretariat eine Selbstanzeige eingereicht habe. Zudem erscheine Birchmeier als „Rädelsführer“. Sie sei die Einzige, die über angebliche Absprachen Buch geführt habe und so Druck auf andere Unternehmen habe machen können. Auch die grosse zahlenmässige angebliche Beteiligung von Birchmeier an Absprachen spreche dafür, dass Birchmeier klar die aktivste Rolle bei allfälligen Absprachen gehabt habe.

1008. Dazu ist in der gebotenen Kürze festzuhalten, dass sich die von Birchmeier eingereichten Unterlagen und Ausführungen als zuverlässig und zutreffend herausgestellt haben. Es kann auf die Erörterungen der einzelnen Fälle verwiesen werden. Von Falschaussagen, wie Hüppi sie erkennen will, kann keine Rede sein. Was den zeitlichen Ablauf betrifft und insbesondere dass die Zusammenarbeit von Birchmeier als ohne Verzug erfolgt zu werten ist, wurde bereits an früherer Stelle ausgeführt, worauf verwiesen sei.⁷⁹⁶ Was die angebliche Stellung von Birchmeier als „Rädelsführerin“ angeht, ist ebenfalls auf bereits gemachte Ausführungen zu verweisen.⁷⁹⁷ Der allfällige Eindruck, die Selbstanzeigerin habe sich überdurchschnittlich oft an Abreden beteiligt, ist schlicht unzutreffend und nur auf die unterschiedlichen Dunkelziffern zurückzuführen; ihr kam keine führende Rolle zu. Es bestehen sodann keinerlei Anzeichen dafür, dass Birchmeier mit der „Absprachenliste“ andere Unternehmen zur Teilnahme an Abreden gezwungen oder angestiftet hätte. Vielmehr ging es bei dieser Liste darum, an den (von allen Beteiligten freiwillig geführten) Verhandlungen präsent zu haben, wer wann wo und welche Stützofferten erhalten hat, um besser argumentieren zu können.

B.7.4 Verjährung

1009. Eine Partei macht geltend, dass nahezu alle sie betreffenden Vorwürfe verjährt seien. Zur Begründung führt sie aus, bei den Sanktionen nach Art. 49a KG handle es sich um Bussen im Sinne des StGB, welche als Übertretungen zu qualifizieren seien. Die Verjährung von Sanktionen nach Art. 49a KG werde im KG nicht explizit geregelt, weshalb das VStrR diesbezüglich zur Anwendung gelange und die Verjährung demnach spätestens nach vier Jahren eintrete (Art. 11 VStrR i.V.m. Art. 333 Abs. 6 Bst. b StGB). Sofern nicht von einer Anwendbarkeit des VStrR ausgegangen werden sollte, kämen die Verjährungsregeln

⁷⁹⁶ Siehe Rz 1003.

⁷⁹⁷ Rz 212 f.

von Art. 109 StGB zur Anwendung, wodurch eine Verjährung bereits nach drei Jahren eintrete. Um den Eintritt der Verfolgungsverjährung zu verhindern, müsse vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen sein.⁷⁹⁸

1010. Während die (Verfolgungs)Verjährung von kartellrechtlichen Strafsanktionen (Art. 54 f. KG) im Kartellgesetz ausdrücklich geregelt ist (Art. 56 KG), fehlt eine vergleichbare allgemeine Vorschrift bezüglich der kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen (Art. 49a–52 KG). Im Gegensatz zu den übrigen Verwaltungssanktionsbestimmungen (Art. 50–52 KG) enthält der vorliegend einzig interessierende Art. 49a KG aber immerhin eine die zeitliche Dimension betreffende Regelung. Gemäss dessen Abs. 3 Bst. b entfällt nämlich eine Sanktionsbelastung, wenn „die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist“. Zu klären bleibt nachfolgend, ob Verwaltungssanktionen gemäss Art. 49a KG nebst dieser in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG statuierten Frist weiteren (Verfolgungs)Verjährungsfristen unterstehen und gegebenenfalls wie lange diese sind. Nicht zu behandeln ist dabei, welche Verjährungsfristen für die übrigen Verwaltungssanktionsbestimmungen (Art. 50–52 KG) gelten.⁷⁹⁹

1011. Zur Natur der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG äussert sich die Botschaft nicht.⁸⁰⁰ In der Lehre ist umstritten, ob es sich bei dieser Fünfjahresfrist um eine (Verfolgungs)Verjährungs-⁸⁰¹ oder eine Verwirkungsfrist⁸⁰² handelt; eine Begründung der vertretenen Ansichten findet sich jedoch nicht. Der Unterschied ist im hier interessierenden Kartellverwaltungsverfahren allerdings ohnehin nicht überzubewerten: Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes sind nämlich sowohl Verwirkungs- wie auch Verjährungsfristen von Amtes wegen zu berücksichtigen. Auch die Tatsache, dass diese Frist unbestrittenermassen nicht unterbrechbar – sehr wohl mit Eröffnung einer Untersuchung aber definitiv gewahrt – ist, führt nicht zwangsläufig dazu, dass es sich dabei um eine Verwirkungsfrist handelt, sind doch auch etwa die Verfolgungsverjährungsfristen des StGB (vgl. Art. 97 StGB) seit der Revision von 2002 nicht mehr unterbrechbar und werden mit einem erstinstanzlichen Urteil definitiv gewahrt. Zudem bezieht sich Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG (ungeachtet seiner Natur) – wie bereits der Wortlaut, aber auch die Gesetzessystematik zeigt – einzig auf die Verhängung der Sanktion, es bezieht sich jedoch nicht auf die grundsätzliche Möglichkeit, ein Kartellverwaltungsverfahren zu eröffnen, um die Rechtswidrigkeit einer Verhaltensweise zu untersuchen und gegebenenfalls für die Zukunft zu untersagen, weshalb dies auch seit mehr als fünf Jahren vor Untersuchungseröffnung nicht mehr ausgeübten Verhaltensweisen möglich ist.⁸⁰³

⁷⁹⁸ Siehe act. [...].

⁷⁹⁹ Dazu etwa RPW 2006/1, 171 Rz 206, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁸⁰⁰ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2042. Nicht nachvollziehbar daher die Aussage von MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Vor Art. 49a–53 KG N 170, wonach es „gegen die erklärte Absicht des Gesetzgebers“ wäre, bei Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG von einer Verfolgungsverjährungsbestimmung auszugehen. Diese Bestimmung wurde erst mit der Revision von 2002 eingeführt, wobei sich die Botschaft mit keinem Wort zu ihrer Natur äussert (so an sich treffend auch BSK KG-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a–53 KG N 164). Die Ausführungen bezüglich Verzicht auf Verjährungsregeln in der Botschaft zur Revision von 1995 können sich schon nur aus zeitlicher Sicht nicht auf den erst mehrere Jahre später geschaffenen Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG beziehen, ergo ist eine diesbezügliche „erklärte Absicht des Gesetzgebers“ nicht auszumachen.

⁸⁰¹ PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Basel 2005, Rz 12.46.

⁸⁰² PHILIPPE SPITZ, *Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes*, sic! 2004, 553–568, 564; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*, 5. Aufl., Bern 2012, Rz 796; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 241; BORER (Fn 584), Art. 53 KG N 4.

⁸⁰³ Hierauf hinweisend etwa DAVID/JACOBS (Fn 802), Rz 796; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 240. Fraglich erscheint allerdings, ob bei derart lange nicht mehr ausgeübten, nicht

1012. Die Frage nach der Natur der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG braucht vorliegend nicht geklärt zu werden. So oder so ist bezüglich der Sanktionen gemäss Art. 49a KG das Bestehen einer zusätzlichen Verfolgungsverjährungsfrist und insbesondere eine Anwendbarkeit der – jeweils erst mit erstinstanzlichem Urteil gewährten – vierjährigen Verfolgungsverjährungsfrist des VStrR sowie der dreijährigen Verfolgungsverjährungsfrist des StGB auszuschliessen.⁸⁰⁴ Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der explizit in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG vorgesehenen Frist – es ist dieser Bestimmung nämlich e contrario zu entnehmen, dass Verhaltensweisen, die weniger lange nicht mehr ausgeübt worden sind, sollen sanktioniert werden können. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung nicht eine in sich widersprüchliche Regelung und weitgehend inhaltsleere Norm schaffen wollte. Dies wäre jedoch gerade der Fall, wenn zusätzlich zu dieser Frist noch eine Verfolgungsverjährungsfrist – insbesondere eine bedeutend kürzere (verwaltungs)strafrechtliche – hinzutreten würde: 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 diesfalls wegen Zeitablaufs nicht mehr möglich, obwohl Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gerade von einer Sanktionierbarkeit ausgehen und eine solche (e contrario) statuieren würde. Hinzu kommt, dass die (ohnehin kurzen) strafrechtlichen Verfolgungsverjährungsfristen erst mit Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens gewahrt werden, was für Kartellverwaltungsverfahren gänzlich unpassend erscheint. Aufgrund ihrer Komplexität, der regelmässigen Involviertheit mehrerer Parteien sowie des zweiteiligen institutionellen Aufbaus der Wettbewerbsbehörden haben solche Verfahren erfahrungsgemäss eine Dauer von mehreren Jahren. Hinzu kommt, dass damit falsche Anreize gesetzt würden, denn die Parteien haben zahlreiche Möglichkeiten, ein Kartellverwaltungsverfahren zu verzögern. Die Nutzung dieser wäre für sie ein leichtes und vor allem auch profitables Vorgehen, wenn es denn mit dem Eintritt einer Verjährung belohnt würde. Es ist daher Übereinstimmung mit mehreren Stimmen aus der Lehre⁸⁰⁵ festzustellen, dass bei Sanktionen gemäss Art. 49a KG nebst der in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG statuierten Frist keine eigentliche Verfolgungsverjährungsfrist besteht. M.a.W. kann während einer laufenden Untersuchung keine Verjährung eintreten.⁸⁰⁶ Die Wettbewerbsbehörden haben jedoch das Beschleunigungsgebot zu beachten und eine allfällige übermässig lange Verfahrensdauer bei der Sanktionsbemessung reduzierend zu berücksichtigen.⁸⁰⁷ Bloss der Vollständigkeit halber sei schliesslich erwähnt, dass selbst NIGGLI/RIEDO, welche sich – soweit ersichtlich als einzige Autoren – für eine grundsätzliche Anwendbarkeit der (verwaltungs)strafrechtlichen Verfolgungsverjährungs-

direkt sanktionierbaren Verhaltensweisen überhaupt noch ein aktuelles und praktisches öffentliches Interesse an einer Untersuchungseröffnung besteht, jedenfalls wenn bereits vor Untersuchungseröffnung evident ist, dass diese Verhaltensweise seit mehr als fünf Jahren nicht mehr ausgeübt wird, und solange keine Anzeichen dafür vorliegen, dass die Parteien diese Verhaltensweise künftig wieder aufzunehmen gedenken (lub/grs/lum).

⁸⁰⁴ Eine Anwendbarkeit der Verjährungsregeln des VStrR sowie des StGB verneinend bereits RPW 2010/1, 172 Rz 353, *Preispolitik Swisscom ADSL*, mit der Begründung, das Verfahren richte sich nach dem VwVG und die Regeln des VStrR und des StGB kämen nur ergänzend und analog zur Anwendung.

⁸⁰⁵ So DAVID/JACOBS (Fn 802), Rz 797; SPITZ (Fn 802), 564; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 239.

⁸⁰⁶ DAVID/JACOBS (Fn 802), Rz 797, erachten dies als rechtsstaatlich heikle Situation. Diesbezüglich ist anzumerken, dass die Situation einerseits durch das Beschleunigungsgebot entschärft wird, andererseits aber selbst im Kernstrafrecht eine solche „Unverjährbarkeit“ besteht, wenn auch nur, so doch immerhin, ab Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens.

⁸⁰⁷ Zu weitgehend DAVID/JACOBS (Fn 802), Rz 797, welche diesfalls als Grundsatz von einer gänzlichen Sanktionsbefreiung ausgehen. Eine solche kommt höchstens ausnahmsweise bei einer massiv übermässig langen Verfahrensdauer in Frage.

normen aussprechen, dies primär mit Bezug auf Art. 50–52 KG tun; hinsichtlich der Sanktionen gemäss Art. 49a KG lassen sie aber die Frage letztlich offen.⁸⁰⁸

1013. Unbestritten ist nun, dass – ausser bei Fall [...] ⁸⁰⁹ – bei allen hiervor im Einzelnen betrachteten Einzelsubmissionsabsprachen die in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG vorgesehene Frist eingehalten ist. Bei Fall [...] verhält es sich so, dass – ausgehend von der in casu vorgenommenen Marktabgrenzung, wonach im Ergebnis bei Einzelsubmissionsabsprachen jede einzelne Submission einen eigenen Markt darstellt – das auf diese Submission bezogene kartellrechtswidrige Verhalten, namentlich das Treffen der Abrede bei dieser Ausschreibung sowie deren Umsetzung, fünf Jahre vor Untersuchungseröffnung nicht mehr ausgeübt worden ist. Zudem ist die aus diesem Verhalten resultierende Auswirkung ⁸¹⁰ resp. deren Erfolg, nämlich die Erteilung des Zuschlags an den vorbestimmten Anbietenden, mehr als fünf Jahre vor Untersuchungseröffnung eingetreten. Fall [...] wird folgedessen übereinstimmend mit Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG auch nicht sanktioniert. In allen übrigen Fällen ist eine Sanktionierung jedoch möglich und es steht ihr keine Verfolgungsverjährung im Wege.

B.7.5 Ergebnis

1014. Die Sanktionsberechnung für die einzelnen Gesellschaften lässt sich nach dem Gesagten gestützt auf die vorangehenden Ausführungen wie folgt zusammenfassen, wobei vorausgeschickt sei, dass sich eine tabellarische Aufstellung bezüglich Birchmeier und Schiess (nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung) erübrigt, da im ersten Fall ein vollständiger Erlass der Sanktion erfolgt und im zweiten Fall eine Pauschalsanktion von CHF 35'000.- festgesetzt wird: [Die tabellarische Aufstellung der Sanktionsberechnung für die einzelnen Gesellschaften wurde gestrichen.]

⁸⁰⁸ BSK KG-NIGGLI/RIEDO (Fn 800), Vor Art. 49a–53 KG N 170: „Diese Regelung [Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG] kann nämlich – jedenfalls für die anderen Verwaltungssanktionen – nicht massgeblich sein, denn Art. 49a Abs. 3 lit. b lässt sich auch bei phantasievoller Auslegung schwerlich als eine Verjährungsbestimmung der Art. 50 ff. verstehen. Für die anderen Verwaltungssanktionen muss folglich jedenfalls die kernstrafrechtliche Regelung gelten“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

Bloss am Rande sei erwähnt, dass die von NIGGLI/RIEDO vorgenommene Qualifikation der Sanktion gemäss Art. 49a KG als strafrechtliche Übertretungen (vgl. Vor Art. 49a–53 KG N. 171 und 65 f.) zu formalistisch ist und wertungsmässig nicht überzeugt. Zutreffend ist zwar, dass einzig eine Geldstrafe (Busse) angedroht ist, was aus formaler Sicht für eine Übertretung sprechen würde (vgl. Art. 103 StGB). Doch liegt es in der Natur der Sache – nämlich dem Unternehmensstrafrecht – dass eine Freiheitsstrafe (die für Verbrechen oder Vergehen vorausgesetzt wird, vgl. Art. 10 StGB) gar nicht erst angedroht werden kann, ist der Täter doch eine juristische Person. Gerade das Merkmal Freiheitsstrafe kann daher nicht entscheidend sein, was NIGGLI/RIEDO übergehen. Ein Vergleich mit Art. 106 Abs. 1 StGB zeigt, dass der in Art. 49a KG vorgesehene Straf- bzw. Bussenrahmen den für Übertretungen üblicherweise vorgesehenen Rahmen um ein Vielfaches sprengt. Wertungsmässig handelt es sich daher bei Art. 49a KG, wenn schon eine strafrechtliche Qualifikation vorgenommen werden soll, zumindest um Vergehen, wenn nicht gar um Verbrechen, was im Übrigen auch zu anderen strafrechtlichen Verfolgungsverjährungsfristen führen würde als von NIGGLI/RIEDO propagiert (Art. 97 StGB anstatt Art. 109 StGB).

⁸⁰⁹ Siehe dazu Rz B.6.3.5.25801 ff.

⁸¹⁰ Dass für die Bestimmung des Anfangszeitpunkts des Zeitlaufs bei Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht der Zeitpunkt, ab welchem die Handlung nicht mehr ausgeübt wurde, sondern vielmehr der Zeitpunkt, ab welchem diese keine Auswirkungen mehr zeitigt, massgeblich ist, spricht der französische („a cessé de déployer ces effets“) und der italienische („ha cessato di esplicare i suoi effetti“) Gesetzestext von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG.

B.8 Weitere Anordnungen

B.8.1 Unterlassungsanordnungen

B.8.1.1 Gemäss Antrag des Sekretariats

1015. Die vorliegende Untersuchung hat von Baugesellschaften vorgenommene Handlungen zu Tage gefördert, die gegen das Kartellgesetz verstossen und gemäss Art. 49a KG zu sanktionieren sind.⁸¹¹ Die künftige Vornahme solch kartellrechtsverletzender Handlungen ist den Baugesellschaften, welche entsprechend dem Ergebnis vorliegender Untersuchung in der Vergangenheit solche vorgenommen haben, zu untersagen; dies zumal eine Begehungs- resp. Wiederholungsgefahr besteht. Eine solche Gefahr ist immer dann gegeben, wenn das Verhalten der Parteien künftige Rechtsverletzungen ernsthaft befürchten lässt. Ein Indiz hierfür sind in der Vergangenheit vorgenommene analoge Handlungen, obwohl bei deren Vornahme um ihre Unzulässigkeit gewusst wurde,⁸¹² was vorliegend – wie gesehen⁸¹³ – der Fall war. Sodann kann regelmässig vom Bestehen einer Wiederholungsgefahr ausgegangen werden, wenn die Parteien die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens bestreiten.⁸¹⁴ Mit Ausnahme der Selbstanzeigerin⁸¹⁵ ist dies vorliegend bei allen zu sanktionierenden Baugesellschaften der Fall. Hinzu kommt, dass in der Tiefbaubranche das Treffen von wettbewerbswidrigen Abreden bis zum Inkrafttreten der direkten Sanktionen im KG an der Tagesordnung war,⁸¹⁶ was die Einsicht in die Notwendigkeit kartellrechtskonformen Verhaltens verringert und entsprechend die Wiederholungsgefahr weiter erhöht. Das Untersagen von entsprechenden künftigen Verhaltensweisen ist daher ebenso geboten wie auch verhältnismässig.

1016. Eine Verpflichtung zu einem Tun oder zu einem Unterlassen ist möglichst präzise zu formulieren. Allerdings darf das Erfordernis der Bestimmtheit auch nicht übertrieben werden und insbesondere müssen die Anordnungen im Dispositiv nicht die gesamte Begründung der Verfügung wiederholen.⁸¹⁷

1017. Um zu bestimmen, welche Unterlassungsanordnungen auszusprechen sind, ist zunächst eine Orientierung anhand der bisherigen Praxis in Submissionsmärkten angebracht, namentlich am Entscheid i.S. „Elektroinstallationsbetriebe Bern“. Dies gilt auch wenn diese Anordnungen dort im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung getroffen wurden.⁸¹⁸

⁸¹¹ Zur Vornahme kartellrechtswidriger Handlungen Rz 166 ff. sowie zur Sanktionierung Rz 906 ff.

⁸¹² Im Ergebnis in dem Sinn, allerdings betreffend ein Unterlassungsbegehren in einer privatrechtlichen Patentverletzungsstreitigkeit und daher nicht auf ein Wissen um die Unzulässigkeit der Handlung, sondern auf eine Zweck- oder Wirkungslosigkeit einer Verwarnung abstellend, Urteil des BGer 4A_109/2011 vom 21.7.2011, E. 6.2.1.

⁸¹³ Siehe dazu Rz 918 ff.

⁸¹⁴ So statt anderer, allerdings betreffend ein Unterlassungsbegehren in einer privatrechtlichen Markenverletzungsstreitigkeit, BGE 128 III 96, 100 E. 2.e.

⁸¹⁵ Die Teilnahme an einer einzelnen Abrede (Fall [...]) wird auch von [...] zugestanden (siehe Rz 335). Allerdings erweist sich diese Abrede aufgrund der besonders gelagerten Umstände als den wirksamen Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigend (Rz 897) und damit – obwohl ein solches Verhalten aus wettbewerbspolitischer Perspektive offenkundig unerwünscht und als gesellschaftlich verpönt zu qualifizieren ist – als kartellrechtlich zulässig. Darauf braucht nachfolgend entsprechend nicht eingegangen zu werden.

⁸¹⁶ Dahingehend auch etwa DANIEL EMCH, Entwicklungen im Kartellrecht, Kurz & Bündig, 2 in fine, 1/2012, <http://www.kellerhals.ch/upload/cms/user/k_b_1_2012.pdf> (11.06.2013).

⁸¹⁷ Vgl. zum Ganzen auch RPW 2006/1, 152 Rz 83, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 327), Art. 30 KG N 107 f. m.w.H.

⁸¹⁸ Zum Ganzen RPW 2009/3, 202 Rz 34 und 222 Dispositivziffer 2, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Die Parteien verpflichteten sich dort 1) das Nachfragen nach bzw. das Anbieten von Stützofferten zu unterlassen, 2) den Austausch mit Konkurrenten vor Auftragserteilung über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden mit Ausnahme des Austauschs unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit der Bildung und Durchführung von ARGE oder der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer zu unterlassen sowie 3) geplante ARGE gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen.

1018. Auch vorliegend ist den zu sanktionierenden Baugesellschaften das Nachfragen nach bzw. das Anbieten von Schutz (zur Begriffsbedeutung siehe Rz 6) sowie – damit einhergehend – das Nachfragen nach bzw. das Anbieten von Stützofferten (zur Begriffsbedeutung siehe Rz 7) zu untersagen. Diese Handlungen machen einen wesentlichen Teil der Submissionsabreden aus, die wie zuvor gesehen regelmässig – vorbehaltlich ganz besonders gelagerter Umstände – kartellrechtswidrig sind. Ein schutzwürdiges Interesse der Baugesellschaften, gleichwohl Schutz oder Stützofferten nachzufragen oder anzubieten, ist nicht erkennbar; vielmehr wird mit solchen Handlungen ein unzulässiger, namentlich gegen das Kartellgesetz verstossender Zweck verfolgt. Nichts zu ändern vermag hieran, dass es Ausnahmefälle geben mag, in welchen die Abrede letztlich nicht als den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigend zu qualifizieren ist. Denn angestrebt wird eine solch unerhebliche Beeinträchtigungswirkung von den Abredeparteien nie, sie ist vielmehr in diesen Fällen auf das Verhalten Dritter zurückzuführen.

1019. Grundsätzlich gleich verhält es sich mit dem Austausch mit Konkurrenten über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden. Allerdings sind insofern zwei Einschränkungen angebracht. Zunächst eine Einschränkung in zeitlicher Hinsicht: Nur wenn der Austausch solcher Informationen vor der Auftragsvergabe resp. – sofern eine solche besteht, wie dies insbesondere bei Einladungs- und offenen sowie selektiven Verfahren gemäss Vergaberecht der Fall ist – vor Ablauf der Eingabefrist erfolgt, erweist er sich als unzulässig. Ein Informationsfluss zu einem späteren Zeitpunkt vermag das Submissionsergebnis nicht mehr zu beeinflussen. Eine weitere Einschränkung hat dahingehend zu erfolgen, dass solche Informationsflüsse zulässig sein müssen, soweit sie zur Bildung und Durchführung von ARGE oder der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer unabdingbar sind.

1020. Die Offenlegung von geplanten ARGE gegenüber dem Bauherrn dient dazu, dem Bauherrn Transparenz darüber zu verschaffen, welche der eingegebenen Offerten von „unabhängigen“ Baugesellschaften stammen und welche von Baugesellschaften eingereicht wurden, die gleichzeitig der ebenfalls offerierenden ARGE angehören. Ohne eine solche Offenlegungspflicht entsteht für den Bauherrn ein verzerrtes Bild der Wettbewerbssituation und das Funktionieren des vergaberechtlich vorgesehenen Systems der first-price sealed bid auctions unterlaufen. Sodann steht diese Handlungsweise in unmittelbarem Zusammenhang mit dem gleichzeitigen Treffen von Submissionsabreden. Im Übrigen sind auch diesbezüglich keinerlei schutzwürdige Interessen der Baugesellschaften ersichtlich, die für eine Geheimhaltung einer geplanten ARGE gegenüber dem Bauherrn sprechen würden. Zu ergänzen ist diese Offenlegungspflicht aus denselben Überlegungen und Gründen auf geplante Beizüge von Subunternehmern, sofern der von Subunternehmern auszuführende Anteil an den zu vergebenden Arbeiten betragsmässig 50 % oder mehr des Auftragsvolumens ausmacht.

1021. Das Sekretariat beantragte gestützt auf die vorangehenden Ausführungen die Aufnahme folgender Unterlassungsanordnungen im Dispositiv der Verfügung:

- 1) Aktiengesellschaft Cellere, Richard Schiess AG, Brebau Holding AG, Egli Bau AG, Brunner Erben Holding AG, Brunner Erben AG, Chr. Müller + Co AG, Flexbelag-Bau AG Zürich, Gewerbezentrum Unterfeld AG, Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, Hagedorn AG, Hüppi AG, Keller-Frei AG, Kern Strassenbau AG, Tibau AG, Toller & Loher AG, Walo Bertschinger Holding AG sowie Walo Bertschinger AG

- 1.1) wird untersagt, in Zusammenhang mit Tiefbauarbeiten Konkurrenten im Rahmen von Ausschreibungen um Schutz oder Stützofferten anzufragen oder solche anzubieten.
- 1.2) wird untersagt, sich in Zusammenhang mit Tiefbauarbeiten mit Konkurrenten vor Auftragserteilung oder – sofern vorhanden – Ablauf der Eingabefrist über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
 - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften sowie
 - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.
- 1.3) werden verpflichtet, geplante Arbeitsgemeinschaften in Zusammenhang mit Tiefbauarbeiten gegenüber dem (potentiellen) Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens im Zeitpunkt der Offertstellung die Namen der Gesellschaften, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft mitwirken, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch für geplante Arbeitsgemeinschaften, bei welchen einer Gesellschaft die Führungsrolle zukommt und diese alleine als Ansprechpartnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem (potentiellen) Auftraggeber auftritt.

Diese Offenlegungspflicht gilt ebenso für geplante Bezüge eines oder mehrerer Subunternehmer, sofern der von dem oder den Subunternehmern auszuführende Anteil an den zu vergebenden Arbeiten betragsmässig 50 % oder mehr des Auftragsvolumens ausmacht.

B.8.1.2 Stellungnahme der Parteien

1022. Birchmeier, Walo und Hüppi äusseren sich in ihren Stellungnahmen zum Antrag kritisch zu diesen Unterlassungsanordnungen.⁸¹⁹ Dies zum einen in grundsätzlicher Hinsicht, zum anderen bezogen auf die einzelnen Ziffern. Der besseren Lesbarkeit halber werden die vorgebrachten Argumente nachfolgend in dieser Reihenfolge dargestellt und nicht anhand der Partei, welche sie vorbrachte, zumal die Argumente teilweise deckungsgleich sind.

1023. In grundsätzlicher Hinsicht wird vorgebracht:

- Die vorgeschlagenen Anordnungen würden sich am Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ orientieren. Dies sei schon nur deshalb unzulässig, weil hier keine einvernehmliche Regelung getroffen worden sei. Im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung stehe es den Wettbewerbsbehörden und den Parteien frei, Verhaltensregeln zu vereinbaren, deren Anwendungsbereich weiter als Art. 5 KG sei. Im Rahmen einer Verfügung sei dies indessen untersagt.
- Stossend sei, dass nur die Verfügungsadressaten den Sanktionen von Art. 50 KG unterstehen würden, während die übrigen Unternehmen keine solchen befürchten müssten. Dies sei insbesondere deshalb stossend, weil bei Art. 50 KG unerheblich sei, ob tatsächlich ein unzulässiges Verhalten nach Art. 5 KG vorliege. Bei „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ habe sich dieses Problem nicht gestellt, weil dort alle Marktbeteiligten von der Verfügung erfasst gewesen seien.
- Es fehle eine räumliche wie auch eine zeitliche Beschränkung der Unterlassungsanordnungen, was unzulässig sei. Die fehlende räumliche Beschränkung sei schon nur deshalb

⁸¹⁹ Vgl. act. [...].

unzulässig, weil die Untersuchung einzig das Gebiet des Kantons Zürich betreffe. Sodann würde damit auch in den Geltungsbereich der Verfügung der WEKO im parallelen Verfahren „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ eingegriffen, welche jedoch das Gebiet des Kantons Aargau betreffend eine res iudicata sei. Schliesslich könne auch kein Verhalten ausserhalb der Schweiz vorgeschrieben werden.

- Die Unterlassungsanordnungen seien unverhältnismässig. Einziges Ziel sei es, der WEKO in Zukunft zu ermöglichen, direkt gestützt auf Art. 50 KG Sanktionen auszusprechen, d.h. ohne Nachweis einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs wie bei Sanktionen nach Art. 49a KG. Im Übrigen scheine damit nichts angeordnet werden zu wollen, was sich nicht schon aus Art. 5 Abs. 3 KG ergebe. Gerade weil die Unterlassungsanordnungen zu weit gefasst und erst noch unklar formuliert seien, fehle es aber an der Eignung dazu. Eine Notwendigkeit bestehe ebenfalls nicht, da ja direkte Sanktionsmöglichkeiten gestützt auf Art. 5 Abs. 3 i.V.m. 49a Abs. 1 KG bestünden. Viele Bauherrschaften würden regelmässig eine Offenlegung von ARGE verlangen und zum Teil auch von Subunternehmerverhältnissen. Eine Erforderlichkeit bestehe aufgrund der beschaffungsrechtlichen Regeln nicht. Eine bessere Prävention gegenüber den ohnehin schon geltenden gesetzlichen Regelungen bringe die Unterlassungsanordnung nicht und auch klärend seien sie nicht. Sodann fehle es an der Verhältnismässigkeit i.e.S., da auch Verhaltensweisen verboten würden, die nach Art. 5 KG zulässig seien. Öffentliche Interessen, die die Unterlassungsanordnungen über die geltenden gesetzlichen Regeln hinaus schützen würden, bestünden nicht.

- Eine Wiederholungsgefahr sei bei im Kartellverwaltungsverfahren beurteilten Kartellrechtsverstössen irrelevant. Bei den vom Sekretariat diesbezüglich angerufenen BGer-Urteilen handle es sich um zivilrechtliche Streitigkeiten. Für solche sehe auch Art. 12 Abs. 1 Bst. a KG ein Unterlassungsbegehren präventiver Art vor. Dort gehe es primär darum, dass in naher Zukunft ein rechtswidriger Eingriff in die Sphäre des Klägers geplant sei. Eine gesetzliche Grundlage für Anordnungen der WEKO für zukünftig mögliche, allerdings derzeit bloss theoretische Verhaltensweisen finde sich im KG nicht. Die WEKO könne bestehende Wettbewerbsbeschränkungen verfolgen, nicht aber zukünftig mögliche präventiv verbieten. Art. 30 KG verlange, dass die Unzulässigkeit einer Verhaltensweise festgestellt worden sei.

- Es bestehe keine (ernstlich zu befürchtende) Wiederholungsgefahr. Es bedürfe konkreter Hinweise, wonach eine widerrechtliche Handlung ernstlich zu befürchten sei, was jedoch nicht dargetan werde. Selbst die Selbstanzeigerin führe aus, es sei nach den Hausdurchsuchungen zu keinerlei Abreden im Kanton Zürich mehr gekommen. Die vom Sekretariat zur Begründung der Wiederholungsgefahr angerufenen BGer-Urteile seien nicht einschlägig: Dort sei es um fortdauerndes Verhalten gegangen, während hier die letzten angeblichen Verletzungen mehrere Jahre zurücklägen. Dass eine künftige Begehung von Parteien angekündigt worden sei, werde aber zu Recht nicht behauptet. Es werde nicht die Ansicht vertreten, Submissionsabreden seien zulässig. Sodann würden die erwähnten Urteile aus dem Bereich des Immaterialgüterrechts stammen, wo die Rechts- und Interessenlage eine andere sei. Dort bestünden, anders als im Kartellrecht, keine direkten Sanktionen. Eine Unterlassungsklage sei dort häufig die einzige Form effektiven Rechtsschutzes, anders als im Kartellrecht. Im Übrigen genüge auch dort zur Begründung einer Wiederholungsgefahr nicht, dass das Verhalten in der Vergangenheit einmal an den Tag gelegt worden sei, sondern zudem müsse eine Verwarnung keine Wirkung gezeigt haben oder zwecklos sein. Dass eine Verwarnung keine Wirkung gezeigt hätte oder zwecklos wäre, werde aber vom Sekretariat nicht dargetan. Dass das Treffen von wettbewerbswidrigen Abreden in der Tiefbaubranche vor Einführung der direkten Sanktionen im Kartellrecht an der Tagesordnung gewesen sei, werde durch nichts bewiesen. Und wenn es zutreffend sein sollte, würde es die These der jetzt noch bestehenden Wiederholungsgefahr gerade widerlegen, da ja davon ausgegangen werde, dass ab Einführung der direkten Sanktionen die Verstösse eingestellt worden seien.

- Spezifisch bezüglich sich begründen Birchmeier, Hüppi und [...] die fehlende Begehungs- resp. Wiederholungsgefahr ebenfalls:

- [...] führt aus, sie sei nie an Abreden beteiligt gewesen. Sodann habe sie seit Verfahrenseröffnung eine noch stärkere Kontrolle zur Vermeidung von Absprachen eingeführt. Sie habe von Beginn weg intern ein striktes Verbot von Abreden durchgesetzt und führe diese Politik konsequent weiter. Es bestünden keinerlei Anzeichen für künftige kartellrechtswidrige Verhaltensweisen und solche würden im Antrag auch nicht konkret behauptet.
- [...] führt aus, sie habe grosse Anstrengungen unternommen, um die Einhaltung des Kartellgesetzes sicher zu stellen. So habe sie 2008 Compliance-Kurse mit dem gesamten Management durchgeführt, diese 2012 wiederholt und werde sie künftig jährlich wiederholen. Dabei werde unter anderem darauf hingewiesen, dass Kartellrechtsverletzungen disziplinarische Folgen hätten. Im Sinne einer vorsichtigen Compliance-Politik sehe [...] sogar von Meldungen beim SBV ab, obwohl die von den Wettbewerbsbehörden gegen diese Meldestellen geltend gemachten Argumente rechtlich nicht zutreffend seien.
- [...] führt aus, sie sei Selbstanzeigerin. Indizien dafür, dass sie trotz Selbstanzeige in frühere Muster zurückgefallen sein könnte, bestünden keine.
- In der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ seien keine Unterlassungsanordnungen getroffen worden. Die abweichende Handhabung werde mit keinem Wort begründet und sei daher willkürlich.
- Sodann seien bei sanktionierten Verhaltensweisen noch nie Unterlassungsanordnungen ausgesprochen worden, zumindest dann nicht, wenn die betroffenen Unternehmen ihre Verhaltensweise eingestellt hätten. Fälle, in welchen einvernehmliche Regelungen getroffen worden seien, würden keine über die einvernehmliche Regelung hinausgehende Unterlassungsanordnungen enthalten. Vorliegend hätten die Parteien jegliche Abredetätigkeit eingestellt.

1024. Bezüglich Ziffer 1.1) wird angeführt:

- Wie das Sekretariat selber einräume, stelle das Anfragen oder Anbieten von Stützoferten alleine noch keinen Verstoss gegen Art. 5 KG dar. Nur wenn die andere Partei dieser Anfrage nachkomme, liege eine Abrede vor. Es handle sich demnach um eine einseitige Massnahme, welche nicht unter Art. 4 Abs. 1 resp. Art. 5 KG falle. Es würden demnach Verhaltensweisen untersagt, welche kartellrechtlich zulässig seien.
- Wie das Sekretariat ebenfalls selber einräume, würden nicht alle Submissionsabreden erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen darstellen. Hinzu komme, dass der heute von der WEKO vertretene Erheblichkeitsbegriff erst kürzlich verschärft worden sei, wobei noch ungewiss sei, ob die Rechtsmittelinstanzen dem folgen würden.
- Eine andere Partei ist demgegenüber die Ansicht, Ziffer 1.1) sei zulässig, da sie sich auf festgestellte unzulässige Verhaltensweisen beziehe. Diese Anordnung sei von Art. 30 KG gedeckt, sie sei genügend klar und sie sei auch verhältnismässig. Dem widerspricht wiederum die erstgenannte Partei.⁸²⁰

1025. Bezüglich Ziffer 1.2) wird angeführt:

- Die Unterlassungsanordnung sei zu breit gefasst und erfasse auch solche Tatbestände, welche kartellrechtlich zulässig seien. Ein Informationsaustausch für sich alleine sei noch nicht unzulässig. Wenn beispielsweise Unternehmen A Unternehmen B um Schutz anfrage, B einen solchen aber ablehne (womöglich die Information aber benutze, um billiger als A anzubieten), so sei dies kartellrechtlich zulässig. Gleichwohl könnte dies möglicherweise hinsichtlich B als „Informationsaustausch“ im Sinne dieser Dispositivziffer ausgelegt werden. Dasselbe gelte etwa, wenn zwei Unternehmen Preisinformationen preisgäben im Hinblick auf

⁸²⁰ Vgl. act. [...].

eine ARGE-Bildung oder Subunternehmervertrag, diese Verhandlungen aber scheitern würden und jedes Unternehmen selber eingebe. Oder A stelle B als potentiellm Auftraggeber auf dessen Anfrage hin eine Subunternehmerofferte aus. Ziff. 1.2) b) der vorgeschlagenen Anordnung sage nämlich nicht ausdrücklich, ob das Schliessen eines Subunternehmervertrags als solchem zulässig sei oder nur die Erfüllung eines Subunternehmervertrags im Rahmen der Erfüllung eines erfolgten Zuschlags. Gleiche Ausgangslage wie zuvor, aber A teile B zudem mit, dass sie ihr die Subunternehmerofferte mit dem niedrigsten Preis ausgestellt habe (oder B verlange von A eine Meistbegünstigungsklausel). Aufgrund des Wortes „unabdingbar“ sei unklar, ob dies von Ziff. 1.2) erfasst würde.

- Die Anordnung sei in mehreren Punkten unklar und nicht umsetzbar. Was sei z.B. unter „Preiselemente“ zu verstehen und ab wann sei ein „Zusammenhang mit der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften“ gegeben. Was ist unter „Austausch“ zu verstehen, was unter „unabdingbaren Informationen“. In der Praxis entscheide sich oft erst nach Zuschlagserteilung, ob, in welchem Umfang und zu welchem Preis Subunternehmer beigezogen würden, weshalb diese Ziffer praktisch gar nicht umsetzbar sei.

- Die Unklarheit der Anordnung würde bei jeder Bildung einer ARGE oder der Aushandlung von Subunternehmeraufträgen eine umfassende rechtliche Beratung notwendig machen. Dies sei unzumutbar, da dadurch keinerlei Mehrwert im Hinblick auf die Compliance mit Art. 5 KG geschaffen werde, sondern bloss Rechtsunsicherheit durch eine rechtswidrige Unterlassungsanordnung, die unklar formuliert sei, entstehe.

- Eine praktikable, genügend konkrete Lösung, welche gleichzeitig der Vielfältigkeit der möglichen Geschäftsfälle Rechnung trage, lasse sich nicht finden.

1026. Bezüglich Ziffer 1.3) wird angeführt:

- Wie das Sekretariat selber einräume, seien die hier erfassten Konstellationen keine nach Art. 5 KG unzulässigen Abreden. Damit würde mit Ziffer 1.3) des Dispositiv kartellrechtlich erlaubtes Verhalten untersagt.

- Sodann sei im Zeitpunkt der Offertstellung regelmässig unklar, welche Subunternehmer für welche Leistungen und für welchen Preis beigezogen würden. Oft komme es vor, dass erst nach Offertstellung mit Subunternehmern Kontakt aufgenommen werde. Anders vorzugehen, namentlich die Verhandlungen bereits zu einem früheren Punkt – noch bevor man überhaupt weiss, ob man den Zuschlag erhält – durchzuführen, sei in Anbetracht des Anteils nicht erfolgreicher Offerten schlicht nicht möglich und würde bloss unnötigen Aufwand verursachen. Entsprechend könne erst nach Zuschlagserteilung überhaupt festgestellt werden, welchen Anteil die Subunternehmerarbeiten am gesamten Auftrag ausmachen würden. Einer Verpflichtung zur Offenlegung könne daher schon nur aus praktischen Gründen oftmals nicht nachgekommen werden.

- Der zielgerichtete Beizug von Subunternehmern für spezifische Arbeiten stelle für sich kein wettbewerbsrechtliches Problem dar. Subunternehmerverträge seien nicht (erst recht nicht per se) wettbewerbsbeschränkend, sondern seien effizienzsteigernd. Zur Erstellung von Transparenz bezüglich dem Beizug von Subunternehmern würden obligationenrechtliche Instrumente sowie die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens dienen (etwa § 7 SubV ZH), nicht aber das Wettbewerbsrecht. Wettbewerbsrechtliche Implikationen habe der Beizug von Subunternehmern erst dann, wo dieser Beizug mit weiteren Abreden verknüpft werde, wie etwa bezüglich Stützofferten, was aber bereits mit Ziffer 1.1) erfasst werde.

1027. Anlässlich der Anhörung durch die WEKO führt [...] aus, in der Submissionsphase würde sie die Preise bei Subunternehmern anfragen und dann eine Offerte abgeben. Vielleicht komme es dann zum Zuschlag. Die Subunternehmer würden sie aber erst nach Zuschlagserteilung definieren. In der Offertphase wisse man nicht, ob man den Zuschlag erhalten werde, weshalb keine Subunternehmerverhandlungen geführt würden. Die Formulierungen von Ziffer 1.2) und 1.3) seien zu unscharf. Zudem würden diese Unterlassungsan-

ordnungen nur für die Verfügungsadressaten gelten, nicht aber für andere Bauunternehmen. Bezüglich Ziffer 1.3) sei es nicht möglich, die Subunternehmer zu diesem Zeitpunkt offen zu legen, da sie dann noch gar nicht bestimmt seien. Wenn sie diesen bereits in diesem Zeitpunkt bestimmen müssten, würden sie ihre Verhandlungsposition verlieren und könnten nicht mehr über den Preis verhandeln. Sie würden also benachteiligt, indem dem Subunternehmer eine Exklusivität geschaffen würde.⁸²¹

B.8.1.3 Anordnungen der WEKO

1028. In grundsätzlicher Hinsicht ist zunächst festzustellen, dass Art. 30 KG die Grundlage für die Anordnung von Massnahmen darstellt. Deren Inhalt wird dort nicht näher bestimmt, sondern es wird bloss festgehalten, die WEKO entscheide über „die zu treffenden Massnahmen“. Solche Massnahmen sind naturgemäss immer zukunftsgerichtet. Die WEKO ist der Ansicht, dass sie Massnahmen nicht nur dann treffen kann, wenn die anvisierten Verhaltensweisen genau im Verfügungszeitpunkt ausgeübt werden. Vielmehr muss es auch genügen, wenn diese Verhaltensweisen in der Vergangenheit ausgeübt wurden, sich als kartellrechtswidrig herausgestellt haben und deren Wiederholung in Zukunft zu befürchten ist. Eine wesentliche Differenz zu zivilrechtlichen Streitigkeiten ist insofern nicht ersichtlich, denn es ist nicht einzusehen, weshalb zwar ein privater Kläger eine zu befürchtende verletzende Verhaltensweise präventiv untersagen lassen können, dies zum Schutz des Instituts Wettbewerb durch die WEKO jedoch nicht angängig sein soll. Es ist daher festzuhalten, dass die WEKO auch präventiv Massnahmen anordnen kann, soweit sie die entsprechende Verhaltensweise beurteilt hat. Nicht angehen würde es jedoch, wenn die WEKO bloss theoretisch mögliche Verhaltensweisen, die sie nicht im Rahmen eines konkreten Verfahrens zu beurteilen hat, analysieren und präventiv untersagen würde.

1029. Vor diesem Hintergrund ist auch die für den Erlass solcher Massnahmen erforderliche Begehungs- oder Wiederholungsgefahr zu werten. Diese ergibt sich daraus, dass für den Erlass von Massnahmen ein (öffentliches) Interesse bestehen muss. Können künftige Begehungen resp. Wiederholungen ausgeschlossen werden, so fehlt es an diesem Interesse. Es trifft nun in der Tat zu, dass sich die Lehre hierzu nicht äussert und auch noch keine Praxis besteht. Aus diesem Grund erscheint es angezeigt, sich in anderen Rechtsbereichen inspirieren zu lassen. Zutreffend ist allerdings, dass vor einer Übertragung auf das Kartellverwaltungsrecht zu prüfen ist, ob die dort gefundene Lösung auch hier sachgerecht ist. Insofern ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Situation im Immaterialgüterrecht nicht ganz so verschieden von derjenigen im Kartellrecht ist, wie [...] dies meint. Denn auch im Immaterialgüterrecht bestehen „direkte Sanktionen“, und zwar in Form von strafrechtlichen Bestimmungen.⁸²² Vor Augen geführt werden sollte mit diesen immaterialgüterrechtlichen Urteilen primär, dass wenn in der Vergangenheit bereits Verletzungen stattgefunden haben, dann auch ein starkes Indiz dafür besteht, dass dies in Zukunft wieder erfolgen wird. Wie bereits das Sekretariat ausgeführt hat, lässt sich das typisch immaterialgüterrechtliche Institut der Abmahnung nicht auf das Kartellverfahren übertragen, ist ein solches Abmahnverfahren den Wettbewerbsbehörden doch unbekannt. Eine Abmahnung hat zum Zweck, dem Empfänger bewusst zu machen, dass er sich aus Sicht des Absenders rechtswidrig verhält, wovon gerade aufgrund der Vielzahl bestehender Immaterialgüterrechte und deren zuweilen schwer zu bestimmendem Schutzzumfang ohne Abmahnung nicht ohne Weiteres ausgegangen werden kann. Bei harten horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG verhält es sich anders. Dies erst recht bei Submissionsabsprachen, über deren Unzulässigkeit in der Baubranche spätestens aufgrund der entsprechenden Aufklärungskampagnen des SBV Gewissheit besteht. Werden solche trotzdem getroffen, zeigt dies, dass sich die beteiligten Unternehmen darüber hinwegsetzen. Schlägt man die Brücke zum Immaterialgüter-

⁸²¹ Act. [...].

⁸²² Statt anderer Art. 61 ff. MSchG; Art. 81 ff. PatG.

recht, so stösst man auf eine vergleichbare Situation im Falle einer zwecklos erscheinenden Abmahnung. Hinzu kommt, dass vorliegend die Parteien in der Vergangenheit nicht bloss einmal, sondern mehrere Male gegen das Kartellrecht verstossen haben, was umso mehr für eine Wiederholungsgefahr spricht. Mit dem Hinweis darauf, dass vor Inkrafttreten der direkten Sanktionen im Kartellgesetz Submissionsabsprachen in der Tiefbaubranche weit verbreitet gewesen seien, sollte nicht die Wiederholungsgefahr als solche begründet werden. Diese ergibt sich vielmehr daraus, dass die Parteien auch nach Inkrafttreten der direkten Sanktionen noch gegen das Kartellrecht verstießen, ihr Verhalten demnach noch nicht, jedenfalls nicht vollumfänglich der Rechtslage angepasst haben. Zudem soll damit gezeigt werden, dass alleine das Verbot von Submissionsabsprachen, welches bereits vor dem Inkrafttreten der direkten Sanktionen bestand, nicht genügend ernst genommen wurde. Die Vorstellung, dass es sich bei Submissionsabsprachen um ein Kavaliersdelikt handelt, scheint teilweise immer noch vorhanden zu sein, was eine künftige Wiederholung ebenfalls begünstigt.

1030. Dass künftige Wiederholungen bezüglich allen Gesellschaften, denen ein Verstoss gegen das Kartellgesetz in casu nachgewiesen werden konnte, nicht ausgeschlossen werden können, ist nach den obigen Ausführungen zu bejahen. Die hiergegen vorgebrachten Argumente dreier Parteien führen nicht zu einem anderen Schluss. Welche zusätzlichen Massnahmen [...] seit Untersuchungseröffnung getroffen haben will, konkretisiert sie nicht näher; schon nur deshalb können dadurch künftige Wiederholungen nicht ausgeschlossen werden. Dass [...] ihre Compliance-Bemühungen seit Untersuchungseröffnung deutlich verstärkt zu haben scheint, ist aus Sicht der WEKO sehr begrüssenswert. Es bleibt zu hoffen, dass diese entsprechend fruchten. Gleichwohl lassen sich künftige Wiederholungen nicht ausschliessen. Gleiches gilt auch für [...]. Zwar ist die WEKO aufgrund des Verhaltens von [...] während der gesamten Untersuchung davon überzeugt, dass diese läuternd war und sie bemüht sein wird, künftig nicht wieder in ein solches Verfahren hineinzugeraten. Aufgrund der mehrfachen Kartellrechtsverletzungen in der Vergangenheit kann eine künftige Wiederholung aber trotzdem nicht gänzlich ausgeschlossen werden.

1031. Eine Orientierung an den im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung vereinbarten Massnahmen, namentlich derjenigen im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“, ist angezeigt. Denn entgegen der Ansicht von [...] verfügt die WEKO nicht über andere, weitergehende Kompetenzen beim Treffen von einvernehmlichen Regelungen als beim Erlass von Verfügungen. So setzt Art. 29 Abs. 1 KG ebenfalls voraus, dass die Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig erachtet wird – hieran sind die Wettbewerbsbehörden bei ihrem Handeln wie etwa dem Abschluss einvernehmlicher Regelungen gebunden. Beim Erlass von Verfügungen ist dies nicht anders. M.a.W. können im Rahmen von einvernehmlichen Regelungen nicht weitergehende Massnahmen vereinbart werden als dass sie nicht auch einseitig im Rahmen einer Verfügung angeordnet werden können.

1032. Wenn angeführt wird, Unterlassungsanordnungen würden nur die Verfahrensparteien binden, nicht aber am Verfahren nicht beteiligte Konkurrenten, so ist dies zutreffend. Dies ergibt sich daraus, dass individuell-konkrete Verfügungen nur im Verhältnis zu den Parteien Rechte und Pflichten verbindlich zu regeln vermögen, nicht aber auch gegenüber Dritten. Folglich ist dies bei allen von der WEKO zu erlassenden Verfügungen immer so und dies war auch dem Gesetzgeber bekannt. Würde diese in persönlicher Hinsicht beschränkte Bindungswirkung von Verfügungen dem Erlass von Massnahmen entgegenstehen, hätte der Gesetzgeber also der WEKO gar nicht die Kompetenz zum Erlass von Massnahmen geben dürfen. Insofern ist auch keine wesentliche Differenz zum Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ zu erkennen. Denn die dort getroffenen Massnahmen binden ebenfalls nur die Verfahrensparteien. Dass es sich dabei um „alle Marktbeteiligten“ handelt, wie [...] ausführt, mag im Moment des Treffens der einvernehmlichen Regelung sogar der Fall gewesen sein. Doch ist dies eine Momentaufnahme und es kann jederzeit ein weiterer Akteur auf diesem Markt auftreten, welcher nicht an die entsprechende Verfügung gebunden ist.

1033. Was die Verhältnismässigkeit der Anordnungen angeht, ist zunächst festzuhalten, dass allein die Tatsache, dass die Verhaltensweisen auch ohne Anordnungen unzulässig sind, ihnen die Eignung nicht nimmt. Denn wäre dies so, könnten Massnahmen gemäss Art. 30 KG nie getroffen werden und es wäre widersinnig, dass sie gleichwohl im Gesetz vorgesehen werden. Was ihre Erforderlichkeit angeht, so wenden sich die Parteien mit ihren Vorbringen primär gegen Ziffer 1.3), namentlich dass die beschaffungsrechtlichen Erlasse eine Anordnung entbehrlich machen würden. Darauf ist bei der spezifischen Behandlung von Ziffer 1.3) zurückzukommen. Was die Verhältnismässigkeit i.e.S. anbelangt, so ist diese aus Sicht der WEKO gegeben.

1034. Von einer räumlichen und zeitlichen Begrenzung ist aus Sicht der WEKO abzusehen. Eine Begrenzung in zeitlicher Hinsicht ist entbehrlich, da bei gleichbleibender Rechtslage auch die Massnahme weiterhin angebracht ist und bei geänderter Rechtslage ohne Weiteres ein Rückkommensantrag gestellt werden kann. Zudem würde dies den falschen Eindruck erwecken, nach Ablauf der angegebenen Zeitdauer seien diese Verhaltensweisen zulässig. Gleiches spricht gegen eine Begrenzung in örtlicher Sicht. Selbstredend ist allerdings, dass diese Anordnung – auch ohne ausdrückliche Festhaltung im Dispositiv – nur für Verhalten in der Schweiz resp. sich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 KG in die Schweiz auswirkendes Verhalten gilt. Dass es sich beim parallelen Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ um eine res iudicata handelt, soweit das Gebiet des Kantons Aargau betreffend, trifft aus Sicht der WEKO nicht zu. Denn dort wurde über zu treffende Massnahmen, wie die Parteien dies denn auch ausführen, gerade nicht entschieden.

1035. Was den Aspekt der Gleichbehandlung mit anderen Sanktionsfällen sowie mit dem parallelen Verfahren „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ betrifft, so liegt aus Sicht der WEKO keine rechtserhebliche Ungleichbehandlung vor. Auch bei anderen Sanktionsfällen wurden in der Vergangenheit bereits Massnahmen angeordnet, wenn die WEKO dies als angebracht erachtete. Insbesondere wurde dies auch im einschlägigen Präzedenzfall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ so gehandhabt. Dass dies im parallelen Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ unterblieben ist, ist zu bedauern, gibt den Parteien des vorliegenden Verfahrens aber – anders als bei der Sanktionsberechnung – nicht den Anspruch, ebenso behandelt zu werden.

1036. Spezifisch zu Ziffer 1.1) ist die WEKO der Ansicht, dass diese Verhaltensweisen – wie die Untersuchung gezeigt hat – einzig dem Zweck dienen, gegen das Kartellgesetz zu verstossen. Die Abreden, die dadurch abgeschlossen werden sollen, sind nahezu immer kartellrechtswidrig. Ein legitimes Interesse der Parteien, solche Abreden treffen zu wollen, besteht nie. Aus Sicht der WEKO ist es von Art. 30 KG gedeckt, wenn sie solche eindeutigen Vorbereitungshandlungen zu kartellrechtswidrigen Abreden, namentlich das Angebot zu deren Abschluss, untersagt. Die Vorbringen von [...] gegen diese Ziffer mögen aus theoretischer und akademischer Sicht ihre Berechtigung haben. Dem ist sich die WEKO durchaus bewusst, doch gilt es eine Lösung für die Praxis zu finden.

1037. Spezifisch zu Ziffer 1.2) ist die WEKO der Ansicht, dass es sich vergleichbar wie mit Ziffer 1.1) verhält, weshalb sie auf ihre obigen Ausführungen verweist. Was die angebliche Unklarheit der Anordnung betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass diese aus Sicht der WEKO nicht in dem von den Parteien geltend gemachten Ausmass besteht. Auslegungsfragen bestehen – solange sich Menschen in Worten ausdrücken – immer und sie können nicht gänzlich vermieden werden. Aus Sicht der WEKO ist die Anordnung genügend klar. Inwiefern sie nicht umsetzbar sein soll, ist für die WEKO (anders als bezüglich Ziffer 1.3) nicht nachvollziehbar. Was die von den Parteien angeführten Beispiele kartellrechtlich zulässigen, aber durch Ziffer 1.2) angeblich erfassten Verhaltens anbelangt, ist Folgendes festzuhalten: Dass wenn die Mitwirkung bei der Auftragserfüllung als Subunternehmer zulässig ist (Bst. b), auch die entsprechenden Vorgespräche zulässig sind – und zwar auch schon vor Zuschlagserteilung, erscheint evident. Andernfalls wäre dieser Buchstabe nämlich sinnentleer, ist doch vor Ablauf der Eingabefrist resp. Auftragserteilung (wie dies im Hauptsatz von Ziffer

1.2) vorausgesetzt wird) die eigentliche Auftragserfüllung noch gar nicht denkbar, ergo sind damit die darauf ausgerichteten Besprechungen gemeint. Sodann ist zu beachten, dass ein „Austausch“ von Informationen vorausgesetzt wird, was eine gewisse Reziprozität voraussetzt. Beim von [...] angeführten Beispiel ist hingegen darauf hinzuweisen, dass gerade ein solches Verhalten kartellrechtlich kritisch ist, und zwar ungeachtet dieser Anordnung. Können nämlich zwei Unternehmen ohne Weiteres je eine eigenständige Offerte einreichen, wie dies im Beispiel von [...] ausgeführt wird, so besteht für sie kein Grund, gleichwohl eine ARGE zu bilden, so einen Konkurrenten zu binden und den Wettbewerb dadurch einzuschränken. Anders als gewöhnliche ARGE, welche kartellrechtlich zulässig, ja sogar wünschenswert sind, da sie insbesondere KMU erlauben, überhaupt eine Offerte einzureichen, handelt es sich bei diesem Beispiel gerade um eine ARGE, die keinen prokompetitiven Zweck verfolgt. Die WEKO ist daher der Ansicht, dass auch die Massnahme gemäss Ziffer 1.2) sachgerecht und zulässig ist.

1038. Was Ziffer 1.3) anbelangt, so ist die WEKO der Ansicht, dass es vorliegend zu weit ginge, den Parteien ein Tun aufzuerlegen (anders die Ziffern 1.1) und 1.2), welche „bloss“ ein Unterlassen verlangen), zumal sie die von [...] geschilderten praktischen Umsetzungsschwierigkeiten sieht. Entsprechend verzichtet die WEKO auf die vorgeschlagene Massnahme gemäss Ziffer 1.3). Der guten Ordnung sei an dieser Stelle aber festgehalten, dass dies nicht dahingehend zu verstehen wäre, dass die WEKO es als zulässig erachten würden, wenn Baugesellschaften eine ARGE bilden, gegenüber dem Bauherrn dies aber nicht offen legen, sondern so tun würden, als würden sie jeweils voneinander unabhängige und eigenständige Offerten einreichen.

B.8.2 Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten

1039. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Baugesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten gespiegelt.⁸²³ Nach Sichtung bzw. Auswertung wurden die betroffenen Parteien zu den zum damaligen Zeitpunkt als fall- und beweisrelevant erachteten Dokumente angehört.⁸²⁴ Die meisten dieser Dokumente wurden in Kopie resp. bei elektronischen Daten als Ausdrucke in die amtlichen Akten, namentlich in den Ordner „Hausdurchsuchungsakten“ aufgenommen. Die entsprechenden Original-Papierdokumente sind der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben resp. die gespiegelten elektronischen Daten sind zu löschen. Dies allerdings erst nach rechtskräftigem Abschluss vorliegender Untersuchung gegenüber allen Parteien, da erst zu diesem Zeitpunkt fest steht, dass nicht doch noch auf die Original-Papierdokumente bzw. gespiegelten Daten zurückgegriffen werden muss; entsprechend die Anordnung im Dispositiv.

1040. Bezüglich der übrigen noch beim Sekretariat vorhandenen Original-Papierdokumente, welche nicht in die amtlichen Akten (den Ordner „Hausdurchsuchungsakten“) aufgenommen wurden, kann nun nach Abschluss der Untersuchungshandlungen ausgeschlossen werden, dass sich diese doch noch als fall- und beweisrelevant erweisen, weshalb sie der jeweils berechtigten Partei bereits zum jetzigen Zeitpunkt (und nicht erst nach rechtskräftigem Abschluss der Untersuchung) zurückgegeben werden könnten. Sofern sich die berechtigten Parteien nicht anders äussern, geht das Sekretariat davon aus, dass sie vorerst auf die Rückgabe dieser übrigen vorhandenen Original-Papierdokumente verzichten und hierfür abwarten, bis die Untersuchung gegenüber allen Parteien rechtskräftig abgeschlossen ist, damit die Rücknahme sämtlicher Original-Papierdokumente aus Praktikabilitätsgründen auf einmal vorgenommen werden kann.

⁸²³ Siehe Rz 22 ff.

⁸²⁴ Siehe Rz 29 ff.

C Kosten

1041. Nach Art. 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung KG⁸²⁵ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

1042. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn der nach Beweiswürdigung erstellte Sachverhalt als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren ist oder wenn sich die Parteien unterziehen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario). Einzig für den Fall, dass sich die Anhaltspunkte, die zur Untersuchungseröffnung führten, nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund einzustellen ist, entfällt eine Gebührenpflicht. Ausser bezüglich derjenigen Parteien, gegenüber welchen die vorliegende Untersuchung eingestellt wird (Kibag, Marti und Strabag), besteht demnach vorliegend eine Gebührenpflicht der Parteien, konnte diesen übrigen Gesellschaften doch, wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, Kartellrechtsverstösse gemäss Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG nachgewiesen werden. Die auf die drei Parteien Kibag, Marti und Strabag entfallenden Anteile an den Verfahrenskosten sind zu Lasten der Staatskasse auszuscheiden.

1043. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle Kartellanten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. 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.⁸²⁶ 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 i.S.v. Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG als „ein Kopf“ zu zählen, unabhängig davon, aus wievielen juristischen Personen dieses Unternehmen besteht.

1044. Keller-Frei und Flexbelag machen geltend, bei ihnen sei zwar zu Recht das Bestehen eines Konzernverhältnisses verneint worden. Gleichwohl sei bei der Kostenverlegung ihre gesellschaftsrechtliche Verbundenheit zu berücksichtigen und eine Kostenreduktion von jeweils 50 % erscheine deshalb angemessen.⁸²⁷

1045. Dieses Vorbringen von Keller-Frei und Flexbelag überzeugt nicht. Wie festgestellt wurde, handelt es sich bei diesen beiden Gesellschaften nicht um einen Konzern und damit um ein Unternehmen i.S.d. KG. Dies entspricht im Übrigen auch der Auffassung von Keller-Frei und Flexbelag selber. Sie sind denn auch im gesamten Verfahren als jeweils eigenständige Unternehmen aufgetreten und haben sich dementsprechend verhalten. So haben sie beide einen unterschiedlichen Rechtsvertreter gewählt, mit jeweils separaten Eingaben zur Sache Stellung genommen und ihre Verfahrensrechte individuell und losgelöst voneinander wahrgenommen. Im Gegensatz dazu haben alle Parteien, die konzernmässig verbunden sind und damit ein Unternehmen i.S.d. KG darstellen, sich jeweils durch denselben Rechtsvertreter vertreten lassen und gemeinsame Eingaben gemacht; oder anders gesagt sind sie wirklich als „ein Kopf“ im Verfahren aufgetreten. Einzig das bestehende, jedoch nicht eine alleinige Kontrolle ermöglichende Beteiligungsverhältnis von Keller-Frei an Flexbelag rechtfertigt nicht, diese beiden eigenständigen Unternehmen i.S.d. KG bei der Kostenverlegung als Einheit zu behandeln, und zwar auch nicht teilweise.

⁸²⁵ Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁸²⁶ RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁸²⁷ Act. [...].

1046. Keller-Frei führt weiter aus, eine gleichmässige „pro Kopf“ Verteilung widerspreche dem in Art. 2 Abs. 1 GebV-KG verankerten Verursacherprinzip.⁸²⁸

1047. Diese Argumentation verfängt allerdings nicht. Vorbehaltlich des Vorliegens besonderer Umstände entspricht bei einer Beteiligung mehrerer Parteien am Verfahren, welche demnach allesamt als Verursacher des entsprechenden Verfahrens zu qualifizieren sind, eine „pro Kopf“ Verteilung dem Verursacherprinzip am besten. Denn eine genauere Ausscheidung des durch eine spezifische Partei jeweils individuell „verursachten Aufwands“ ist in aller Regel gar nicht möglich. Der grösste Teil des Aufwands ist nämlich nicht einer bestimmten Partei individuell zuordbar, sondern entfällt auf die Fallbearbeitung an sich. Hat allerdings eine bestimmte Partei ausnahmsweise nur sie, nicht den Fall als solchen (wozu u.a. Sachverhaltsabklärungen gehören) betreffenden Aufwand verursacht – etwa weil einzelne Verfahrensschritte nur bezüglich einer Partei erforderlich wurden (z.B. der Erlass einer Auskunftsvorfügung) – so rechtfertigt das hinsichtlich dieses spezifischen Aufwands eine Abweichung von einer Verteilung „pro Kopf“ und eine Auferlegung der dadurch verursachten Kosten an die entsprechende Partei. Dass solch spezifisch zuordbarer Aufwand (abgesehen von den nachfolgend behandelten Situationen) bestehen würde, macht Keller-Frei selber nicht geltend, und solcher ist auch nicht ersichtlich. Es besteht daher kein Grund, von einer grundsätzlichen Verteilung der Kosten „pro Kopf“ abzuweichen und diese steht nicht im Widerspruch mit dem Verursacherprinzip.

1048. Von der auch vorliegend grundsätzlich anwendbaren Pro-Kopf-Verlegung ist allerdings insofern abzuweichen, als dass einzelne Gesellschaften einen ausserordentlich hohen oder tiefen Aufwand verursacht haben. Das ist unter anderem dann der Fall, wenn einzelne Verfahrensschritte nur bezüglich einiger Gesellschaften aufgrund deren Verhalten erforderlich wurden. Im Einzelnen rechtfertigen sich folgende – schematische – Abweichungen bzw. Relativierungen einer reinen Kostenverteilung pro Kopf:

1049. Grundsätzlich steht der entstandene resp. durch die einzelnen Gesellschaften verursachte Aufwand in einem gewissen Verhältnis zur Anzahl der von ihnen getroffenen Abreden. Diese einzelnen Abreden waren näher zu untersuchen, die Parteien dazu zu befragen, die Beweise zu würdigen und im Vorangehenden auch einlässlich darzustellen. Eine schematische Behandlung ist in einem gewissen Ausmass freilich auch diesbezüglich sachgerecht und es sind die Gebühren nicht einfach proportional zur Anzahl getroffener Abreden zu verteilen, zumal der Abklärungsaufwand nicht bei jeder Abrede gleich war. Vielmehr rechtfertigt sich nur, aber immerhin, eine Ausscheidung reduzierter Verfahrensgebühren auf diejenigen Parteien, die einen vergleichsweise ausgesprochen geringen Aufwand verursacht haben, weil sie bloss einzelfallweise oder gar nicht an unzulässigen Abreden beteiligt waren und sich nicht wie die übrigen Gesellschaften wiederholt an solchen Abreden beteiligten. Dies trifft vorliegend auf Kibag, Marti, Strabag und Egli zu, für welche entsprechend reduzierte Verfahrensgebühren auszuscheiden sind. Die reduzierten Verfahrensgebühren werden übereinstimmend mit der Vorgehensweise in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“⁸²⁹ auf CHF 10'000.– festgesetzt, insgesamt ausmachend CHF 40'000.–. Wie bereits zuvor ausgeführt,⁸³⁰ sind dabei die auf Kibag, Marti und Strabag entfallenden Verfahrenskosten von der Staatskasse zu tragen.

1050. Ferner rechtfertigt sich eine separate Ausscheidung und Auferlegung von Verfahrenskosten resp. -gebühren bezüglich der beiden Entsiegelungsverfahren. Die diesbezüglichen Kosten sind einzig aufgrund der zwei Einsprachen gegen die Durchsuchungen verschiedener Dokumente anlässlich der Hausdurchsuchungen und damit spezifisch aufgrund des Verhalten zweier Gesellschaften entstanden. Es handelt sich dabei um „separate“ und

⁸²⁸ Act. [...].

⁸²⁹ RPW 2012/2, 422 Rz 1208, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁸³⁰ Siehe Rz 1042.

eindeutig abgrenzbare Verfahren, die zwar direkt mit der Untersuchung zusammenhängen, jedoch eine Kostenausscheidung und deren Auferlegung an die diese „separaten“ Verfahren verursachenden – und in diesen im Übrigen auch unterliegenden – Gesellschaften rechtfertigen. Es rechtfertigt sich die (pauschale) Ausscheidung von Kosten von insgesamt CHF 6'500.– für die zwei Entsigelungsverfahren und die Auferlegung dieser Kosten an die beiden betroffenen Gesellschaften. Bei der Aufteilung dieser Kosten zwischen den beiden diese Verfahren verursachenden Gesellschaften ist zu berücksichtigen, dass Egli die Einsprache letztlich zurückzog und so der Aufwand geringer ausfiel als beim Entsigelungsverfahren betreffend Walo; insbesondere erübrigte sich ein Transport der fraglichen Dokumente von Bern nach Bellinzona. Entsprechend sind diese Kosten im Umfang von CHF 2'500.– Egli und im Umfang von CHF 4'000.– Walo aufzuerlegen.

1051. Sowohl Egli wie auch Walo erachten diese separate Ausscheidung und Auferlegung von Verfahrenskosten als unstatthaft. Walo bringt vor, im Ergebnis entspreche diese Kostenausscheidung einer Parteientschädigung für das Entsigelungsverfahren. Art. 25 Abs. 4 VStrR i.V.m. Art. 68 Abs. 3 BGG sehe aber vor, dass dem Bund in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen werden. Eine analoge Regelung bestehe auch im VwVG (Art. 64 VwVG i.V.m. der entsprechenden Vo). Die Frage der Parteientschädigung sei rechtskräftig vom BstGer entschieden worden, indem sie der WEKO keine Parteientschädigung zugesprochen habe. Diesen Entscheid könne die WEKO nicht im Rahmen der eigenen Verfügung umstossen, da er in Rechtskraft erwachsen sei. Hätte die WEKO eine Parteientschädigung erlangen wollen, hätte sie gegen das entsprechende Urteil des BstGer Beschwerde erheben müssen, was sie jedoch nicht getan habe. Egli bringt vor, eine Kostenausscheidung sei nicht gerechtfertigt, weil beide Parteien ihr Recht wahrgenommen und sich einvernehmlich geeinigt hätten. Egli sei es bei dieser Sache um die aus der Tätigkeit des [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter] als [...] dem Amtsgeheimnis unterstellten Daten gegangen. Das Sekretariat habe damals nicht mitteilen können, wie mit diesen Daten verfahren werde, weshalb der [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter] die Daten habe versiegeln lassen. Gemäss Durchsuchungsbefehl seien ohnehin nur Daten zu beschlagnahmen gewesen, die in Zusammenhang mit eventuellen Abreden stünden, weshalb der [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter] die Frage gestellt habe, warum dem Amtsgeheimnis unterstellte Daten beschlagnahmt würden. Mit der Versiegelung sei die Durchsuchungsbehörde gezwungen worden, auf diese Frage zu antworten. Doch keiner der Anwesenden habe dazu Auskunft geben können oder sich mit dem Problem befassen wollen. Wenn die Durchsuchungsbehörde den nachträglich erreichten Vergleich am Durchsuchungstag vorgeschlagen hätte, hätte keine Versiegelung erfolgen müssen. Deshalb sei die hierfür auferlegte Gebühr zu erlassen.

1052. Bezüglich der Vorbringen von Walo ist festzuhalten, dass die von ihr erwähnten Artikel nicht einschlägig sind. Diese betreffen Beschwerdeverfahren. Beim Entsigelungsverfahren vor dem BstGer handelt es sich jedoch nicht um ein solches, sondern um ein eigenständiges erstinstanzliches Zwangsmassnahmeverfahren. Folgedessen geht es bei der hier vorgenommenen Kostenausscheidung auch nicht um eine „versteckte“ Erhebung einer Parteientschädigung, wie Walo dies geltend macht. Bei den den Wettbewerbsbehörden hierdurch entstandenen Verfahrenskosten handelt es sich vielmehr um Kosten, die im Rahmen der Verfügung in der Sache selbst – also im jetzigen Zeitpunkt – entsprechend dem Verfahrensausgang aufzuerlegen sind.⁸³¹ Die Kostenausscheidung und Auferlegung an Walo erweist sich damit als rechtmässig. Bezüglich der Vorbringen von Egli ist festzuhalten, dass den Akten zu entnehmen ist, dass nach der Siegelung, aber noch vor der Einreichung des Entsigelungsgesuchs, diverse Telefonate zwischen dem Sekretariat und ihr geführt wurden, die das weitere Vorgehen betrafen.⁸³² Eine Einigung konnte zu diesem Zeitpunkt allerdings nicht erzielt werden und Egli hielt an der Siegelung fest. Im jetzigen Zeitpunkt darüber wer-

⁸³¹ In gleichem Sinn auch, allerdings die StPO betreffend, BGE 138 IV 225 E. 8.2.

⁸³² Vgl. act. [...], ferner auch act. [...].

weissen zu wollen, weshalb damals keine Einigung erzielt werden konnte, ist müssig, denn Fakt ist, dass dies eben nicht gelang. Erst auf Anregung des BstGer hin konnte schliesslich doch noch eine Einigung erzielt werden. Der Aufwand für die Erstellung des Siegelungsge- suchs war zu diesem Zeitpunkt aber schon angefallen. Entsprechend ist der hierfür entstan- dene Aufwand auszuscheiden und Egli aufzuerlegen.

1053. 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).

1054. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–. Der Zeitaufwand für vorliegende Untersuchung beläuft sich auf insgesamt 2'307 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach folgenden Stundenansätzen verrechnet (Anmerkung: Im Laufe des Verfahrens wechselte der Stundenansatz teilweise, weshalb nachfolgend fünf Kategorien von Stundenansätzen aufgeführt sind):

- 258 Stunden zu CHF 120.–, ergebend CHF 30'960.–
- 183 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 23'790.–
- 1'748 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 349'600.–
- 18 Stunden zu CHF 250.–, ergebend CHF 4'500.–
- 100 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 29'000.–

1055. Die Verfahrenskosten für die Untersuchung belaufen sich gesamthaft auf CHF 437'850.–. Hiervon abzuziehen sind weiter die vorab auszuscheidenden reduzierten Verfahrensgebühren von insgesamt CHF 40'000.–, die auf diejenigen Parteien entfallen, die einen ausgesprochen geringen Aufwand verursacht haben. Von diesen Verfahrenskosten auszuscheiden sind ferner CHF 6'500.– für die Entsiegelungsverfahren, die den beiden betroffenen Gesellschaften auferlegt werden. Alsdann in einem weiteren Schritt ist der verbleibende Betrag von CHF 391'350.– durch die Anzahl verbliebener „Köpfe“, nämlich 12, zu teilen, was einen Betrag von CHF 32'612.50.– pro Kopf ausmacht.

1056. Hüppi macht davon ausgehend, dass sich die Kosten hier in einem ähnlichen Verhältnis bewegen dürften wie in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ (CHF 535'000), geltend, es stelle sich die Frage, ob sich dieser Aufwand angesichts der relativen Geringfügigkeit der letztlich bewiesenen Wettbewerbsverletzungen im grossen Gesamtmarkt von mehreren zehntausend Projekten überhaupt rechtfertigen lasse. Der grosse betriebene Aufwand gehe zum einen auf die ursprüngliche Anzeige zurück, in welcher von umfassenden Abreden, Schutzgeldzahlungen usw. die Rede gewesen sei; alles Vorwürfe, welche sich als falsch herausgestellt hätten. Der Anzeiger habe auch Unternehmen als an Abreden beteiligt bezichtigt, gegen welche die Untersuchung eingestellt werde. Zum anderen habe die Selbstanzeige, welche sich ebenfalls als in weiten Teilen falsch erwiesen habe, einen wesentlichen und unnötigen Verfahrensaufwand verursacht. Der Verfahrensaufwand, welcher durch die Falschanzeige bzw. die Falschselbstanzeige verursacht worden sei, sei vollumfänglich der Staatskasse aufzuerlegen. Zudem werde darauf zu achten sein, dass die Verfahrenskosten in einem vernünftigen Verhältnis zu den ausgesprochenen Sanktionen stünden. Realistischerweise dürfte die Gesamtsumme der auszusprechenden Sanktionen nur ca. CHF 100'000–200'000 ausmachen. Bei einem vernünftigen Verhältnis zwischen Busse und Verfahrenskosten dürften die Verfahrenskosten wohl höchstens etwa einen Viertel der Busse betragen, wobei darauf zu achten sei, dass dieses Verhältnis bei keiner Partei überschritten werde. Die Verhältnismässigkeit der Sanktion und der Verfahrenskosten sei von der WEKO in der Vergangenheit in zahlreichen Verfügungen krass missachtet worden. Hüppi sei nicht gewillt, diese Unverhältnismässigkeit zu akzeptieren. Ent-

sprechend werde ein wesentlicher Teil der Kosten, wenn nicht der grösste Teil, vorab der Staatskasse aufzuerlegen sein.

1057. Zu diesem Vorbringen von Hüppi ist zunächst festzuhalten, dass sich im Rahmen der Untersuchung gezeigt hat, dass die meisten Parteien mehrfach gegen das Kartellgesetz verstossen haben. Es mag sein, dass die ursprüngliche Anzeige Anzeichen für noch umfassendere Kartellrechtsverletzungen gegeben hat, die sich nun aber nicht beweisen liessen. Unnötiger Aufwand ist dadurch jedoch nicht entstanden, denn auch die nunmehr letztlich beweisbaren Kartellrechtsverletzungen rechtfertigen ohne Weiteres die getroffenen Untersuchungsmassnahmen, welche notwendig waren, um diese Kartellrechtsverstösse zu beweisen. Da die für das Abgeben einer Stützofferte allenfalls versprochene Gegenleistung (z.B. Schutzgeldzahlungen) ohnehin nicht Beweisthema ist,⁸³³ wurden insbesondere keine Untersuchungsmassnahmen in diese Richtung getroffen, welche nunmehr allenfalls als unnötiger Aufwand bezeichnet werden könnten. Dass sich die Selbstanzeige als unzutreffend herausgestellt hätte, trifft – wie sich gezeigt hat – nicht zu. Soweit bezüglich einer Partei hingegen in der Tat keine Kartellrechtsverletzungen festgestellt wurden, werden die darauf entfallenden Kosten selbstverständlich der Staatskasse auferlegt. Dass bezüglich einer Partei nur ein einziger Kartellrechtsverstoss nachgewiesen ist, sie dementsprechend einen vergleichsweise geringeren Aufwand verursacht hat, wird durch eine Reduktion der von dieser Partei zu tragenden Kosten berücksichtigt. Bei allen übrigen Parteien ist jedoch bewiesen, dass sie mehrere Male kartellrechtswidrige Abreden getroffen haben und damit gegen das KG verstossen haben. Es besteht kein Grund, den Kostenanteil für diese mehrfachen Rechtsbrüche zu reduzieren und der Staatskasse aufzuerlegen. Die Argumentation von Hüppi zeigt vielmehr, dass sie letztlich Submissionsabsprachen – zu Unrecht – als ein nicht ahndungswürdiges Kavaliersdelikt aufzufassen scheint, für deren Ermittlung jeder Aufwand zu schade ist. Dies trifft nicht zu. Hüppi macht ferner geltend, es bestehe ein vorgegebenes Verhältnis zwischen der Sanktionshöhe und der Höhe der Verfahrenskosten, welches eingehalten werden müsse. Aus welcher Rechtsnorm Hüppi dieses fixierte Verhältnis von Busse und Verfahrenskosten ableiten will, lässt sie offen. Das erstaunt nicht, denn es gibt keine Rechtsvorschrift, auf die sie sich hierfür berufen könnte. Insbesondere die vorliegend anwendbare GebV-KG gibt an keiner Stelle ein solches Verhältnis vor. Dies muss schon nur deshalb so sein, weil auch in nicht sanktionierbaren Fällen (Art. 5 Abs. 1 KG) unbestrittenermassen die Verursacher des Verfahrens die Kosten dafür zu tragen haben, wenn ihr Verhalten als kartellrechtswidrig zu qualifizieren ist. Folgedessen kann es keine vorbestimmte Relation zwischen Sanktionshöhe und Höhe der Verfahrenskosten geben, wie dies Hüppi geltend macht. Zu beachten ist aber immerhin, dass sich die Verfahrenskosten pro Partei in vernünftigen Grenzen bewegen müssen.⁸³⁴ Dies ist vorliegend der Fall, auch wenn die Verfahrenskosten bei einigen Parteien die Höhe der jeweiligen Sanktion teilweise deutlich übersteigen. Denn alle Parteien, denen ein voller Kostenanteil auferlegt wird, haben mehrfach gegen das Kartellgesetz verstossen. Die wirtschaftliche Bedeutung des Falls ist als hoch einzustufen, einerseits aufgrund der Höhe der Maximalsanktion, andererseits aufgrund der grossen wirtschaftlichen Bedeutung von Submissionsmärkten und insbesondere des Vertrauens in deren reibungslose, nicht durch kartellrechtswidrige Abreden manipulierte Funktionsweise. Die Verfahrenskosten pro Partei halten deshalb dem Äquivalenzprinzip stand.

1058. Birchmeier führt in ihrer Stellungnahme aus, es sei unfair und verstosse gegen mehrere Grundsätze des Rechts, wenn ihr ebenfalls „pro Kopf“ bemessene Verfahrenskosten auferlegt würden. Bei einer Mehrzahl von Verursachern seien deren Kostenanteile grundsätzlich aufgrund der verursachenden Handlungsbeiträge der Verantwortlichen zu bestimmen, wobei alle objektiven und subjektiven Gesichtspunkte in Betracht fielen. Ein solches Kriterium sei die Billigkeit. Eine Bemessung einzig anhand von Praktikabilitätsüberle-

⁸³³ Siehe Rz 173.

⁸³⁴ So, wenn auch zum Fernmelderecht, Urteil des BGer 2A.191/2005 vom 2.9.2005, E. 4.3.

gungen sei unzulässig und es gehe letztlich darum, dass die Kosten möglichst gerecht verteilt würden. Bezüglich ihr lägen Umstände vor, die eine Kostenverteilung „pro Kopf“ als stossend erscheinen liessen und unzulässig machen würden. Im Übrigen gelte es auch das Gleichheitsgebot zu beachten. Das Institut der Selbstanzeige sei ein wichtiges Instrument der WEKO im Kampf gegen Wettbewerbsbeschränkungen, wofür es präventive und belohnende Elemente enthalte. Für Selbstanzeiger solle ein finanzieller Anreiz bestehen, indem die Sanktion erlassen werde. Dies schliesse eine Kostenauflegung zwar nicht aus, doch werde diese dann stossend, wenn sich die Kosten in der Höhe der Sanktion bewegen würden. Dies gefährde das Institut der Selbstanzeige. Wenn die Sanktionen verhältnismässig tief, die Kosten aber hoch seien, so bestehe die finanzielle Belastung zu einem wesentlichen Teil aus den zu tragenden Kosten, was alle Parteien gleichermaßen treffe, unabhängig davon, ob eine Selbstanzeige vorliege oder nicht. Damit werde faktisch nicht zwischen Selbstanzeigerinnen und Nicht-Selbstanzeigerinnen unterschieden, wodurch Ungleiches gleich behandelt und das Gleichheitsgebot verletzt würde. In der EU würden keine Kosten auferlegt, sondern diese seien faktisch in den Sanktionen enthalten. Dadurch führe in der EU ein Sanktionserlass aufgrund einer Selbstanzeige effektiv zu einer Kostenbefreiung. Birchmeier seien daher keine Kosten aufzuerlegen und wenn, dann eine reduzierte Gebühr in der Höhe von höchstens CHF 5'000.-. Alles andere sei unbillig. Eine Kostenauflegung dürfe nicht erfolgen, weil Birchmeier erst zwei Jahre nach Verfahrenseröffnung in diese Untersuchung einbezogen worden sei. Sodann habe sie das Verfahren vereinfacht und beschleunigt, indem sie unterstützend gewirkt habe. Erschwert habe sie das Verfahren in keiner Weise. Werde ein kooperierendes Unternehmen bei der Kostenauflegung gleich behandelt wie ein nicht-kooperierendes Unternehmen, würde wiederum Ungleiches gleich behandelt, was unzulässig, stossend und unbillig sei. Dies sei vorliegend umso stossender, da einer anderen Partei reduzierte Verfahrenskosten auferlegt würden und bei mehreren Parteien sogar gänzlich auf eine Kostenauflegung verzichtet worden sei. Sodann sei Birchmeier nicht überproportional oft an Abreden beteiligt gewesen, wie nun der unzutreffende Eindruck erweckt werde. Sie sei im Kanton Zürich eine Aussenseiterin. Schliesslich sei Birchmeier in zwei Verfahren zum selben Gegenstand einbezogen worden. Die Durchführung zweier separater Verfahren sei primär aus Kapazitätsgründen des Sekretariats erfolgt. Dies dürfe nicht zu ihrem Nachteil reichen, indem sie allein aus diesem Grund zweimal statt nur einmal Verfahrenskosten zu tragen habe. Aus all diesen Gründen dürften ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden, höchstens aber substantiell reduzierte.⁸³⁵ Anlässlich der Anhörung durch die WEKO vertiefte Birchmeier diesen Punkt noch. Es sei zu bedenken, dass es in ihrem Fall fraglich sei, ob sich die Selbstanzeige betriebswirtschaftlich überhaupt gelohnt habe. Denn die Kosten, die durch eine Kooperation entstünden, seien enorm, die Kosten der Verfahrensbeteiligung, die Anwaltskosten und die eigenen Kosten. Kämen noch die Verfahrenskosten hinzu, sei es fraglich, ob diese Kosten überhaupt die erlassene Sanktion überwögen. Hauptvorteil der Selbstanzeige wäre dann nur noch, dass man während der gesamten Zeit wenigstens nicht lügen müsse. Die Kostenauflegung gefährde jedoch das Institut der Selbstanzeige.⁸³⁶ Walo hält in ihren Anmerkungen zum Protokoll der Anhörung durch die WEKO fest, es bestehe kein Raum dafür, die Selbstanzeigerin von den Verfahrenskosten zu befreien. Sollte die WEKO dies im Widerspruch zu ihrer bisherigen Praxis gleichwohl tun, so müssten diese Kosten der Staatskasse auferlegt werden und dürften nicht auf die übrigen Parteien verteilt werden.⁸³⁷

1059. Zu diesen Vorbringen von Birchmeier ist vorab festzuhalten, dass die WEKO grosses Verständnis für das Anliegen von Birchmeier hat. Tatsache ist jedoch, dass sich der Gesetzgeber bei Einführung des Instituts der Selbstanzeige der Kostentragungsproblematik bewusst war resp. bewusst sein musste. Gleichwohl hat er davon abgesehen, nebst dem Sanktionserlass auch ein Verfahrenskostenerlass für Selbstanzeigerinnen vorzusehen (vgl.

⁸³⁵ Act. [...].

⁸³⁶ Act. [...].

⁸³⁷ Act. [...].

insbesondere Art. 3 GebV-KG e contrario, aber auch Art. 49a Abs. 2 KG e contrario). M.a.W. nahm er bewusst in Kauf, dass das Institut der Selbstanzeige durch eine weiterhin bestehende Pflicht auch einer Selbstanzeigerin zur Tragung von Verfahrenskosten womöglich geschmälert wird. Die andere Rechtslage in der EU ändert an der schweizerischen Rechtslage nichts. Dass nun Birchmeier wie die Mehrheit der anderen Parteien ebenfalls gegen das Kartellgesetz verstossen hat, steht fest. Sie ist damit ebenfalls als Verursacherin der entstandenen Verfahrenskosten zu qualifizieren – unter anderem auch, weil sie die Selbstanzeige erst nach Untersuchungseröffnung und Beginn der Hausdurchsuchungen einreichte, es sich hier mithin um eine Feststellungskooperation und nicht um eine Eröffnungskooperation handelt – und ihr sind entsprechend auch Verfahrenskosten aufzuerlegen. Eine Aufteilung „pro Kopf“ auch im Verhältnis zur Selbstanzeigerin erscheint vor dem Hintergrund der geltenden Rechtslage nicht unbillig, da sich auch die Selbstanzeigerin kartellrechtswidrig verhielt und der Gesetzgeber bewusst auf eine unterschiedliche Behandlung von Selbstanzeigerinnen und Nicht-Selbstanzeigerinnen bei der Kostenverteilung verzichtet hat. Eine Aufteilung „pro Kopf“ auch bezüglich Selbstanzeigerinnen entspricht denn auch der bisherigen Praxis der WEKO.⁸³⁸ Wenn sich die Selbstanzeigerin mit denjenigen Parteien vergleicht, welchen eine reduzierte oder gar keine Verfahrenskosten auferlegt wurden, so vergleicht sie zwei unterschiedliche Situationen. Denjenigen Parteien, die gar keine Verfahrenskosten zu tragen haben, konnte kein kartellrechtswidriges Verhalten nachgewiesen werden – die Ausgangslage ist nicht vergleichbar.⁸³⁹ Derjenigen Partei, welcher reduzierte Verfahrenskosten auferlegt werden, konnte nur in einem einzigen Fall eine unzulässige Verhaltensweise nachgewiesen werden, während alle übrigen Parteien, inklusive der Selbstanzeigerin, mehrmals gegen das KG verstossen haben – auch hier ist die Ausgangslage somit anders. Folglich ist auch Birchmeier ein Kostenanteil, und zwar bestimmt „pro Kopf“, aufzuerlegen.

1060. Die Gebühren für die verbleibenden einzelnen Unternehmen betragen demnach:

⁸³⁸ Statt anderer etwa RPW 2009/3, 222 Dispositiv Ziff. 7, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; Verfügung i.S. Heiz-, Kühl- und Sanitatanlagen, Dispositiv Ziff. 6, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Verfügung Heiz-, Kühl- und Sanitatanlagen (11.06.2013).

⁸³⁹ Insofern vergleichbar im Übrigen die Sachlage wie auch die Rechtsanwendung in der Verfügung i.S. Heiz-, Kühl- und Sanitatanlagen, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Verfügung Heiz-, Kühl- und Sanitatanlagen (11.06.2013).

Partei	Gebühren
Birchmeier	32'612.50
Hüppi	32'612.50
Walo	36'612.50
Keller-Frei	32'612.50
Toller	32'612.50
Tibau	32'612.50
Brunner	32'612.50
Hagedorn	32'612.50
Müller	32'612.50
Schiess (nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung)	32'612.50
Flexbelag	32'612.50
Kern	32'612.50
Egli	12'500.00

Zusammenstellung der Gebühren pro Partei.

1061. Die Gebühren von CHF 401'350.– (Verfahrenskosten resp. -gebühren insgesamt abzüglich der zu Lasten der Staatskassen auszuscheidenden, auf Kibag, Marti und Strabag entfallenden Verfahrenskostenanteile von CHF 30'000.– sowie abzüglich der auszuscheidenden Kosten der Entsiegelungsverfahren von CHF 6'500.–) werden den Parteien – freilich mit Ausnahme von Kibag, Marti und Strabag – unter solidarischer Haftung auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV⁸⁴⁰).

D Ergebnis

1062. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass Birchmeier, Brunner, Egli, Flexbelag, Hagedorn, Hüppi, Keller-Frei, Kern, Müller, Schiess, Tibau, Toller und Walo in den Jahren 2006–2009 in unterschiedlichen Konstellationen diverse Einzelsubmissionabreden getroffen haben (Fälle [...] mit Ausnahme von Fall [...]). Die im Fall [...] getroffene Einzelsubmissionsabrede stammt aus dem Jahre 2004 und ist daher nicht weiter zu verfolgen. In den Fällen [...] handelt es sich dabei um wirksamen Wettbewerb beseitigende Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG. In den Fällen [...] liegt eine erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG vor, während im Fall [...] keine erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs vorliegt und im Fall [...] mangels Rekonstruierbarkeit ebenfalls von einer nicht erheblichen Beeinträchtigung ausgegangen werden muss. Die wettbewerbsbeseitigenden ebenso wie die den wirksamen Wettbewerb erheblich behindernden Abreden sind gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren, wobei auf eine Belastung der Birchmeier ganz verzichtet wird (Art. 49a Abs. 2 KG). Bei Vorliegen von Konzernverhältnissen sind die Sanktionen unter solidarischer Haftbarkeit sowohl der jeweiligen Konzernmuttergesellschaft im Zeitpunkt der Verstösse als auch der jeweils handelnden Konzerntochtergesellschaft aufzuerlegen, was bezüglich Aktiengesellschaft Cellere (Schiess resp. nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung), Brebau

⁸⁴⁰ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

Holding AG (Egli), Brunner Erben Holding AG (Brunner), Gewerbezentrum Unterfeld AG (Birchmeier) sowie Walo Bertschinger Holding AG (Walo) der Fall ist.

1063. Die Untersuchung gegen Kibag, Marti und Strabag wird eingestellt.

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission gemäss Art. 30 Abs. 1 KG:

1. Aktiengesellschaft Cellere, Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, Brebau Holding AG, Egli Bau AG, Brunner Erben Holding AG, Brunner Erben AG, Chr. Müller + Co AG, Flexbelag-Bau AG Zürich, Gewerbezentrum Unterfeld AG, Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, Hagedorn AG, Hüppi AG, Keller-Frei AG, Kern Strassenbau AG, Tibau AG, Toller & Loher AG, Walo Bertschinger Holding AG sowie Walo Bertschinger AG wird untersagt,
 - 1.1. in Zusammenhang mit Tiefbauarbeiten Konkurrenten im Rahmen von Ausschreibungen um Schutz oder Stützofferten anzufragen oder solche anzubieten.
 - 1.2. sich in Zusammenhang mit Tiefbauarbeiten mit Konkurrenten vor Ablauf der Eingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
 - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften sowie
 - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.
2. Mit Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wegen Verletzung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c z.T. i.V.m. Abs. 1 KG aufgrund unzulässiger Wettbewerbsabreden (vgl. Rz 903 f.) belastet werden:
 - 2.1. Aktiengesellschaft Cellere und Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 35'000.–.
 - 2.2. Brebau Holding AG und Egli Bau AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 3'337.–.
 - 2.3. Brunner Erben Holding AG und Brunner Erben AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 29'154.–
 - 2.4. Chr. Müller + Co AG mit einem Betrag von CHF 12'197.–.
 - 2.5. Flexbelag-Bau AG Zürich mit einem Betrag von CHF 6'695.–.
 - 2.6. Gewerbezentrum Unterfeld AG und Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG mit einem Betrag von CHF 0.– (auf eine Belastung wird gemäss Art. 49a Abs. 2 KG ganz verzichtet)
 - 2.7. Hagedorn AG mit einem Betrag von CHF 14'345.–.
 - 2.8. Hüppi AG mit einem Betrag von CHF 77'360.–.
 - 2.9. Keller-Frei AG mit einem Betrag von CHF 76'734.–.
 - 2.10. Kern Strassenbau AG mit einem Betrag von CHF 6'468.–.
 - 2.11. Tibau AG mit einem Betrag von CHF 53'364.–.
 - 2.12. Toller & Loher AG mit einem Betrag von CHF 54'023.–.
 - 2.13. Walo Bertschinger Holding AG und Walo Bertschinger AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 124'531.–.

3. Zuwiderhandlungen gegen Ziffer 1 dieser Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.
4. Die Untersuchung gegen KIBAG Bauleistungen AG, Marti AG, Bauunternehmung und STRABAG AG wird ohne Folgen eingestellt.
5. Die Verfahrenskosten betragen CHF 437'850.–. Die auf KIBAG Bauleistungen AG, Marti AG, Bauunternehmung, und STRABAG AG entfallenden Verfahrenskosten von je CHF 10'000.–, insgesamt ausmachend CHF 30'000.–, werden zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden. Die verbleibenden Verfahrenskosten von CHF 407'850.– werden auferlegt:
 - 5.1. Aktiengesellschaft Cellere und Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, insgesamt CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
 - 5.2. Brebau Holding AG und Egli Bau AG insgesamt CHF 12'500.–, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
 - 5.3. Brunner Erben Holding AG und Brunner Erben AG insgesamt CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
 - 5.4. Chr. Müller + Co AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
 - 5.5. Flexbelag-Bau AG Zürich CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
 - 5.6. Gewerbezentrum Unterfeld AG und Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG insgesamt CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
 - 5.7. Hagedorn AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
 - 5.8. Hüppi AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
 - 5.9. Keller-Frei AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
 - 5.10. Kern Strassenbau AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
 - 5.11. Tibau AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
 - 5.12. Toller & Loher AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
 - 5.13. Walo Bertschinger Holding AG und Walo Bertschinger AG insgesamt CHF 36'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
6. Die beschlagnahmten Original-Papierdokumente werden der jeweils berechtigten Person nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen zurückgegeben und die beim Sekretariat vorhandenen, gespiegelten elektronischen Daten werden nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen gelöscht.
7. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - Aktiengesellschaft Cellere, Hodlerstrasse 2, 9009 St. Gallen
 - Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, Eggbühlstrasse 36, 8050 Zürich beide vertreten durch [...]
 - Brebau Holding AG, c/o Bretscher AG, Hertistrasse 26, 8304 Wallisellen
 - Egli Bau AG, Aemtlersstrasse 96a, 8003 Zürich

- Brunner Erben Holding AG, Alpenstrasse 3, 8152 Glattbrugg
- Brunner Erben AG, Alpenstrasse 3, 8152 Glattbrugg
beide vertreten durch [...]

- Chr. Müller + Co AG, Schwamendingenstrasse 34, 8050 Zürich

- Flexbelag-Bau AG Zürich, Eichrainstrasse 3, 8052 Zürich
vertreten durch [...]

- Gewerbezentrum Unterfeld AG, Gewerbestrasse 21, 5312 Döttingen
- Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, Gewerbestrasse 21, 5312 Döttingen
beide vertreten durch [...]

- Hagedorn AG, Rainstrasse 4, 8706 Meilen
vertreten durch [...]

- Hüppi AG, Widenholzstrasse 1, 8304 Wallisellen
vertreten durch [...]

- Keller-Frei AG, Hertistrasse 11, 8304 Wallisellen
vertreten durch [...]

- Kern Strassenbau AG, Solistrasse 88, 8180 Bülach
vertreten durch [...]

- KIBAG Bauleistungen AG, Seestrasse 404, 8038 Zürich

- Marti AG, Bauunternehmung, Thurgauerstrasse 68, 8050 Zürich

- STRABAG AG, Alpenstrasse 3, 8152 Glattbrugg
vertreten durch [...]

- Tibau AG, Limmattalstrasse 235, 8049 Zürich
vertreten durch [...]

- Toller & Loher AG, c/o Herr Kurt Loher, Plattenstrasse 94, 8706 Meilen
vertreten durch [...]

- Walo Bertschinger AG, Limmatstrasse 73, 8005 Zürich
- Walo Bertschinger Holding AG, Obere Zäune 24, 8001 Zürich
beide vertreten durch [...]

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Vincent Martenet
Präsident

Dr. Rafael Corazza
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbehörden und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.