



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

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

Entscheid der Wettbewerbskommission vom 6. Juli 2009

in Sachen

Untersuchung 22-0366 gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251)

betreffend

Elektroinstallationsbetriebe Bern

wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG.

Inhaltsverzeichnis

A	Sachverhalt	4
A.1	Gegenstand der Untersuchung	4
A.2	Verfahren.....	10
B	Erwägungen	13
B.1	Geltungsbereich.....	13
B.2	Vorbehaltene Vorschriften	13
B.3	Verhältnis KG zum BoeB	14
B.4	Unzulässige Wettbewerbsabrede.....	15
B.4.1	Wettbewerbsabrede	15
B.4.1.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	15
B.4.1.2	Wettbewerbsbeschränkung	16
B.4.1.3	Fazit	18
B.4.2	Marktabgrenzung	18
B.4.2.1	Allgemeines.....	18
B.4.2.2	Sachlicher Markt	18
B.4.2.3	Räumlicher Markt	19
B.4.3	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	20
B.4.3.1	Vorliegen horizontaler Preisabreden sowie Aufteilung nach Geschäftspartnern	20
B.4.3.2	Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG	24
B.4.3.2.1	Aussenwettbewerb	24
B.4.3.2.2	Innen- und Restwettbewerb.....	25
B.4.3.3	Ergebnis.....	27
B.5	Sanktionierung.....	27
B.5.1	Allgemeines.....	27
B.5.2	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	27
B.5.2.1	Unternehmen	27
B.5.2.2	Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG	27
B.5.3	Vorwerfbarkeit.....	28
B.5.4	Sanktionsbemessung	29
B.5.4.1	Einleitung und gesetzliche Grundlagen	29
B.5.4.2	Maximalsanktion	29
B.5.4.3	Konkrete Sanktionsberechnung.....	30
B.5.4.3.1	Basisbetrag	30
B.5.4.3.2	Dauer des Verstosses	33
B.5.4.3.3	Erschwerende und mildernde Umstände.....	33
B.5.4.3.4	Zwischenergebnis	37
B.5.4.3.5	Verhältnismässigkeitsprüfung.....	37
B.5.5	Bonusmeldungen – Vollständiger bzw. teilweiser Erlass der Sanktion.....	38
B.5.5.1	Allgemeines zur Sanktionsbefreiung	38
B.5.5.2	Allgemeines zur Sanktionsreduktion.....	38
B.5.5.3	Subsumtion	38
B.5.6	Ergebnis.....	42

C	Kosten	42
D	Dispositiv	44

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der Untersuchung bildet die Frage, ob grössere Elektroinstallationsfirmen im Raum Bern über Jahre untereinander Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a und c KG getroffen haben, konkret: ob ein Informationsaustausch über Offertpreise und -bedingungen, die Teilnahme an Ausschreibungen sowie die Festlegung von Offertpreisen und, damit verbunden, die Zuteilung von Kunden stattfand.

2. Einleitend ist festzuhalten, dass in vorliegendem Verfahren sämtliche Parteien einwilligten, einvernehmliche Regelungen abzuschliessen. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) verzichtet deshalb auf eine eingehende Abklärung des Sachverhaltes und damit – im Interesse der Parteien – insbesondere auf weitere Ermittlungsmassnahmen bezüglich der noch nicht vollständig eruierten Projekte¹. Vorliegende Ausführungen basieren demnach auf den sogenannten Kernprojekten, d.h. denjenigen Projekten, welche mithilfe der beschlagnahmten und den von den Parteien eingereichten Akten und gelieferten Informationen lückenlos rekonstruierbar und belegbar sind². Dass sich die folgenden Ausführungen entsprechend auf einen Teil des Sachverhaltes beschränken, ist die Prämisse, unter der die Lektüre und Würdigung der folgenden Ausführungen zu erfolgen hat. Infolge einvernehmlicher Regelungen ist zudem stellenweise die Begründungsdichte reduziert. Für den Fall der Nichtgenehmigung des Antrags und damit der einvernehmlichen Regelungen seitens der Wettbewerbskommission (WEKO) wäre der Sachverhalt vollumfänglich abzuklären und der WEKO zum Entscheid vorzulegen.

3. *Hintergrund/Anzeige:* Dem Sekretariat wurde anonym im April und wiederholt unter Nennung der Identität im Mai 2007 via E-Mail Anzeige erstattet. Der „Whistleblower“³, welcher selbst nicht am Kartell beteiligt war, meldete, dass diverse grössere Elektroinstallationsfirmen (ab ca. 30–40 Mitarbeitern) im Raum Bern, namentlich nannte er Atel Gebäudetechnik West AG, BKW ISP AG, Burkhalter Elektro AG, Energie Wasser Bern, ETAVIS Arnold AG, Gfeller Elektro AG, Scherler AG, Elektro und Telematik sowie eventuell weitere, sich seit Jahren wöchentlich zu Besprechungen trafen und sich über laufende Projekte der öffentlichen Hand wie von Privaten sowie über Preise etc. verständigen würden. Damit würden die Beteiligten versuchen, die Preise hochzuhalten sowie die Arbeiten nach Wunsch untereinander aufzuteilen. Die Treffen würden unter dem Begriff „Stamm“ abgehalten und die Firmen von den jeweiligen Geschäftsführern vertreten. Des Weiteren verwies der Anzeiger auf eine kantonale KMU-Vereinigung, die öffentliche Submissionen aufführe und bei welcher eingesehen werden könne, welches Unternehmen bei welcher Submission eine Offerte eingereicht habe⁴.

4. Nach weiteren Abklärungen wurde am 29. Januar 2008 eine Untersuchung eröffnet und die zu durchsuchenden Firmen bestimmt.

¹ Die Parteien bezeichnen Elektroinstallationsaufträge als „Projekte“, meist in Kombination mit der Ausführungsadresse oder dem Namen des entsprechenden Gebäudes zur genauen Identifikation.

² Für die Beweiswürdigung der übrigen – von sehr wahrscheinlich bis möglicherweise betroffenen – Projekte wären weitere Ermittlungsmassnahmen notwendig. Neben dem Abschluss einvernehmlicher Regelungen mit allen Parteien spricht für einen Verzicht auf weitere Erhebungen, dass der entsprechende Aufwand zum voraussichtlichen zusätzlichen Nutzen wohl *in casu* insofern in einem Missverhältnis stehen würde, als sich bereits aufgrund der vorliegenden Akten ein wiederholter Wettbewerbsverstoss der Parteien zweifelsfrei belegen lässt.

³ Im Folgenden: der Anzeiger.

⁴ Vgl. act. 1: Memorandum, Aktennotiz des KompZ Ermittlungen zur Anzeige im Fall 22-0366 Elektroinstallationsbetriebe Bern.

5. Die Untersuchung richtet sich gegen folgende Unternehmen⁵:

- Atel Gebäudetechnik West AG (Sitz Bern, heute Alpiq InTec West AG) ist eine Zweigniederlassung der Atel Gebäudetechnik West AG, Sitz Olten, ihrerseits Tochtergesellschaft der Atel Installationstechnik AG, Sitz Zürich (**Atel**).
- BKW ISP AG mit Sitz in Ostermündigen gehört zur BKW-Gruppe, Bern (**ISP**).
- Elektro Burkhalter AG mit Sitz in Bern ist eine an der Schweizer Börse kotierte Aktiengesellschaft, welche zur Burkhalter-Gruppe, Sitz Zürich, gehört (**Burkhalter**).
- ETAVIS Arnold AG hat ihren Sitz in Köniz und ist Teil der Etavis-Gruppe, Sitz Zürich (**Etavis**).
- Energie Wasser Bern (ewb) ist eine selbstständige, autonome öffentlich-rechtliche Anstalt der Stadt Bern (**ewb**).
- Gasser + Bertschy Elektro AG mit Sitz in Bern (**Gasser + Bertschy**). Gegen Gasser + Bertschy wurde die Untersuchung infolge erster Anhaltspunkte im Rahmen der Hausdurchsuchung und der beschlagnahmten Akten mit Schreiben vom 4. Februar 2008 eröffnet.
- Gfeller Elektro AG, Sitz Wohlen bei Bern (**Gfeller**).
- Scherler AG, Elektro und Telematik, Sitz Bern (**Scherler**).

Des Weiteren gegen folgende Verbände:

- Kantonal-Bernischer Verband der Elektroinstallationsfirmen (**KBVE**),
- Verband Stadtbernischer Elektroinstallationsfirmen (**VSTEI**) und
- Gewerbeverband KMU Stadt Bern (**KMU Bern**).

6. Die Hausdurchsuchungen erfolgten in einer koordinierten Aktion des Sekretariates mit Polizei und IT-Spezialisten am 31. Januar 2008 bei Atel, ISP, Burkhalter, Gfeller, Etavis, Scherler sowie dem gemeinsamen Sekretariat der Verbände.

7. Noch am 31. Januar 2008 beantragten drei Unternehmen zunächst telefonisch sowie mit umgehender schriftlicher Bestätigung per Fax die Teilnahme am Bonusprogramm und erklärten ihre Bereitschaft zur Kooperation. Die übrigen Parteien reichten in den folgenden Tagen Selbstanzeige ein.

Datum	Uhrzeit	Partei/Übermittlungsform
31. Januar 2008	10:29	Fax Gfeller (Telefonat: 9:53 Uhr)
	11:44	Fax Atel (Telefonat: 11:35 Uhr)
	18:34	Fax Burkhalter (Telefonat: 18:06 Uhr)
4. Februar 2008	18:16	Fax ewb
	19:21	Fax Scherler (Telefonat: 11:00 Uhr)
7. Februar 2008	16:12	Fax ISP
8. Februar 2008	18:10	Fax Gasser + Bertschy
15. Februar 2008		Eingang Schreiben Etavis ⁶

Tabelle 1: Chronologische Übersicht über das Eintreffen der Bonusmeldungen/Selbstanzeigen

8. Die Sachverhaltsabklärungen mittels der beschlagnahmten sowie den von den Parteien eingereichten Akten ergaben das folgende Bild:

⁵ Elektroinstallationsunternehmen erstellen Anlagen und Einrichtungen, welche der energetischen Versorgung dienen.

⁶ Act. 37.

9. Insgesamt sind in der Stadt Bern circa 50 Elektroinstallationsfirmen, im Raum Bern und Umgebung etwa 130 Betriebe tätig⁷. Daneben existieren die Verbände VSEI⁸, VSTEI, KVBE und KMU Bern. Via VSTEI wird eine Informationsplattform in Form einer Meldestelle betrieben, über welche die zur Offertstellung ausgeschriebenen Projekte erhoben sowie allfällige optionale Meldungen von Unternehmen, dass sie ein Projekt rechnen beziehungsweise zu rechnen gedenken, entgegengenommen werden. Im Gegenzug werden diese Unternehmen über die weiteren, bezüglich des gleichen Projektes meldenden Unternehmen orientiert⁹. Darüber hinaus gibt der VSEI ein Kalkulationsprogramm¹⁰ heraus. Sowohl das Kalkulationsprogramm des VSEI als auch die „Kalkulationshilfe Steiger“¹¹, die beiden überwiegend genutzten Kalkulationshilfen in der Branche, waren bereits Gegenstand von Vorabklärungen der WEKO, wobei 2005 weder die Vorabklärung 22-0333: Kalkulationshilfe VSEI noch die Vorabklärung 22-0332: Kalkulationshilfe Steiger in eine Untersuchung mündete, da die Parteien entsprechende Anpassungen vornahmen¹².

10. *Beschrieb der Elektroinstallationsbranche/der Kalkulationshilfen:* Wie erwähnt, sind in der Elektroinstallationsbranche vorwiegend zwei Kalkulationsprogramme gebräuchlich: Das Steiger-Modell sowie der Norm-Positionen-Katalog (NPK Programm), welcher vom Verband VSEI lanciert wurde. Ein Auftraggeber zieht bei grösseren Projekten meist einen Ingenieur oder Elektroplaner bei (in Einzelfällen fungieren auch Elektroinstallationsfirmen als Planer¹³), welcher die Submissionsunterlagen ausarbeitet, seinerseits vorkalkuliert (er gibt dem Bauherren einen Kostenvoranschlag ab) und sich um die Vergabe der Aufträge kümmert. Darüber hinaus stellt Letzterer via Vorgabe des zu verwendenden Kalkulationsprogramms an die Installationsfirmen die Vergleichbarkeit der Offerten sicher. Die den Unternehmen zugestellten Daten (Mengengerüste) können meist direkt in die über eine betriebliche Software laufenden Kalkulationshilfen eingelesen, firmenintern bearbeitet und sodann ausgefüllt retourniert werden¹⁴. Die vorgegebenen Preise stellen Richtpreise dar und die Kalkulationshilfen müssen mit firmeneigenen Zahlen hinterlegt werden, worauf die verwendenden Unternehmen in jeder Auflage hingewiesen werden.

11. *Auftragsvergabe:* Der Begriff Submission steht im Folgenden für das Vergabeverfahren von Elektroinstallationen, von deren Ausschreibung bis zur Vergabe des Auftrags. Es kann dabei grundsätzlich zwischen öffentlichen und privaten Submissionen unterschieden werden, wobei das Verfahren bei Aufträgen der öffentlichen Hand weitgehend gesetzlich vorgegeben ist¹⁵. Bei Submissionen von privaten Aufträgen besteht hingegen mehr Spielraum. So kön-

⁷ Vgl. die Mitgliederzahlen des VSTEI (<http://www.vstei.ch/>) sowie des KVBE (<http://www.kbve.ch/>).

⁸ Verband Schweizerischer Elektro-Installationsfirmen.

⁹ Im Rahmen der Vorabklärung 21-0063: Reglement der Informationsstelle (Partei war der Bauunternehmerverband) kam es 2001 auch zu einem Briefwechsel zwischen Sekretariat und VSTEI wegen ähnlicher Punkte im Reglement betreffend dessen Informationsstelle. Da infolge Intervention des Sekretariates der VSTEI die bis anhin praktizierten Preissitzungen einstellte, das Reglement entsprechend anpasste und einen Austausch inskünftig lediglich betreffend Erfahrungen sowie wegen technischer Fragen – nicht aber zu Absprachen des Preises – in Aussicht stellte, wurden seitens des Sekretariates keine weiteren Schritte unternommen.

¹⁰ Der sogenannte NPK (Norm-Positionen-Katalog), vgl. act. 60, S. 2, 3 (Atel) und act. 66 (Burkhalter).

¹¹ Diese Kalkulationshilfe ist nach ihrem Entwickler benannt [vgl. act. 60, S. 2 (Atel)].

¹² Die jährlich neu aufgelegten Kalkulationshilfen müssen und enthalten auch tatsächlich einleitend stets gut sichtbar einen Hinweis auf den Richtpreischarakter der angegebenen Preise, einhergehend mit der Aufforderung, die Kalkulationshilfen mit firmeneigenen Zahlen zu hinterlegen (vgl. Steiger Elektro Kalkulation 2007, Kapitel: Grundlagen der Kalkulation, Absatz D Akkordpreise: „Es wird dringend empfohlen, die in den Kalkulationsunterlagen vorhandenen Möglichkeiten zur Individualisierung der Preise zu nutzen. Eine starre Verwendung der vorgegebenen Preise kann als kartellrechtlich unzulässige Preisabrede angesehen werden.“. Vgl. ebenso Verband Schweizerischer Elektro-Installationsfirmen VSEI (Hrsg.), „VSEI – Kalkulation Das Lehrbuch für die Kalkulationen im Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbe“, August 2007, S. 11, fett gedruckt und gelb hinterlegt: „Die VSEI-Kalkulation muss den individuellen, betriebsspezifischen Kostenstrukturen jedes Elektroinstallationsbetriebes angepasst werden.“).

¹³ Vgl. act. 66 (Burkhalter).

¹⁴ Vgl. act. 60, S. 3 (Atel).

¹⁵ Vgl. für Ausschreibungen des Bundes: Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1), Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB; SR 172.056.11) sowie für Ausschreibungen der Kantone und Gemeinden: Inter-

nen beispielsweise Ersteingaben der an einer Submission beteiligten Anbieter in Abgebotsrunden¹⁶ weiter verhandelt werden. Der Elektroplaner, Architekt oder die sonst mit der Auftragsvergabe betraute Person/Stelle¹⁷ kontaktiert dabei in der Regel 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.

12. *Arbeitsgemeinschaften (ARGE)*: In Abhängigkeit unter anderem von Grösse und Erfüllungszeitraum eines Projektes kann sich dessen Ausführung in Form einer ARGE anbieten. Dazu verhandeln mehrere Unternehmen miteinander im Hinblick auf die gemeinsame Ausführung eines Projektes. Einigen sie sich auf die Bildung einer ARGE, sind neben anderen *offene* oder *stille* ARGE denkbar. Bei einer *stillen* ARGE übernimmt eine Unternehmung den sogenannten „Lead“ und tritt als alleinige Vertragspartei gegenüber dem Bauherren auf, ohne diesen über die übrigen, im Falle eines Vertragsabschlusses an der Ausführung beteiligten Unternehmen zu informieren. Hat der Auftraggeber hingegen Kenntnis von einer geplanten Zusammenarbeit, liegt eine *offene* ARGE vor. Möglich, aber nicht zwingend erforderlich, ist die Einreichung einer gemeinsamen Offerte durch die ARGE-Partner, aus welcher ersichtlich wird, dass und welche Unternehmen gemeinsam die Ausführung eines Auftrags im Falle dessen Erhaltes planen. Das Verhältnis der ARGE-Partner untereinander wird über Zusammenarbeitsverträge geregelt und die Ausführung gemeinsam bewerkstelligt. Gemeinsam ist den hier beschriebenen und für vorliegenden Fall relevanten Konstellationen, dass sich die Unternehmen nicht bezüglich eines Auftrags konkurrenzieren, sondern an dessen gemeinsamer Ausführung bereits in der Offertphase interessiert sind.

13. *Entstehungsgeschichte „E7“¹⁸*: In der Elektroinstallationsbranche fanden im Raum Bern schon seit geraumer Zeit Absprachen bi- und multilateraler Art sowie Treffen in diesem Zusammenhang statt. Während Atel aussagte, dass bereits seit den Neunzigerjahren bis ca. 2004 unregelmässig Treffen eines „Lügiclubs“ stattfanden¹⁹, datieren die frühesten aktenmässig belegten Kontakte aus dem Jahre 2004²⁰. Dieser Informationsaustausch wurde gemäss Parteiaussagen insbesondere in Hochkonjunkturzeiten gepflegt, so in den Jahren 2006 und 2007²¹. Hingegen sind auch zahlreiche Stützaktivitäten²² und in diesem Zusammenhang ein Austausch über Preise und Preiselemente aus den weniger konjunkturstarke Jahren vor 2005 belegt²³, zu welchen es in Einzelfällen auch mit nicht zu den E7 gehörigen Unternehmen kam. Entsprechend nennt ewb weitere, „nicht zum engeren Kreis gehörende“ Unternehmen²⁴.

14. Nachdem zumindest während der Jahre 2004/2005 keine regelmässigen Treffen und Kontakte mehr stattgefunden hatten, kam es Ende 2005/Anfang 2006 zu einer Zusammen-

kantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SR 172.056.5) und die kantonalen Ausführungserlasse (<http://www.ch.ch/gesetzestexte/index.html?lang=de>).

¹⁶ Abgebotsrunden bezeichnen vom Auftraggeber initiierte Preisverhandlungen, vgl. act. 30, S. 2 (ISP) sowie PETER GAUCH, Die Liberalisierung des öffentlichen Baumarktes und viele Fragen, in: Baurechtstagung, Freiburg 1997, Bd. 1, S. 24.

¹⁷ Vgl. Rz. 10.

¹⁸ Vgl. Rz. 14.

¹⁹ Vgl. act. 60a, Reg. 3, Beilage 3.1: Aktennotiz betreffend „Lügiclub“ (Atel); act. 20/25 S. 5, 6 (Burkhalter): es hätten bereits vor vielen Jahren bis 2002 und sodann erneut ab Herbst 2005, Anfang 2006 Treffen stattgefunden.

²⁰ Vgl. act. 3d, Reg. 4, Dok. 5 (Etavis); Das früheste von Burkhalter angegebene Projekt, ohne Beweise, datiert von 1994 [vgl. act. 66a, Reg. 7 (Burkhalter)].

²¹ Vgl. act. 66, S. 2 (Burkhalter) sowie für entsprechende Aussagen anlässlich der Einvernahmen: Act. 94, S. 5 (Burkhalter); act. 91, S. 9 (Gasser + Bertsch); act. 95, S. 9 (Gfeller).

²² Vgl. hinten Rz. 15.

²³ Vgl. act. 60a, Reg. 3, Beilage 3.1. und act. 77, S. 5 (Atel); act. 94, S. 3 und act. 20/25, Beilage: Offert-Absprachen sowie act. 66a, Reg. 2, 3 und 4 (Projektlisten; Burkhalter); act. 11a (Gasser + Bertsch).

²⁴ Act. 18, S. 2, 3.1. (ewb); vgl. auch act. 37, S. 5 (Etavis); act. 11a, Reg. 8, Dok. 23, 27, 28, 30 etc. (Gasser + Bertsch).

kunft der Parteien im Hinblick auf die Einlegearbeiten des Grossprojektes Westside²⁵. Dieses war aussagegemäss hinsichtlich Bauvolumen und Ausführungszeitraum für Berner Firmen nur in Form einer ARGE zu bewältigen. Obschon eine solche letztlich bei besagtem Projekt nicht zustande kam, beurteilten die beteiligten Unternehmen den Austausch als fruchtbar. Atel, ISP, Burkhalter, Gfeller, Etavis sowie Scherler beschlossen, weiterhin monatlich derartige Treffen zum Zweck des Informationsaustausches abzuhalten. Diese Gruppierung wurde als „Stamm“ und bereits kurz darauf, nach dem Beitritt Gasser + Bertschys 2006, als „E7“ (Synonym für die 7 grossen Elektroinstallationsfirmen im Raum Bern; im Folgenden: E7) bezeichnet. Gasser + Bertschy gab an, aller Wahrscheinlichkeit nach von Atel angefragt und zur Teilnahme am Stamm aufgefordert/eingeladen worden zu sein.

15. Die Teilnahme an den in der Regel einmal monatlich, jeweils Montag vormittags, stattfindenden Treffen war freiwillig. Diese Zusammenkünfte dienten gemäss Aussagen der Parteien unterschiedlichsten Zwecken: So unter anderem dem Besprechen der Lehrlings- und Ausbildungsproblematik, der Arbeitsauslastung und dem optimalen Ressourcen- und Kapazitätseinsatz der Beteiligten, der Marktpreisevaluation sowie der Bildung von ARGE. Des Weiteren sollte das Abwerben von Stammkunden mittels Dumpingangeboten verhindert²⁶, angemessene Preise respektive Margen²⁷ bewirkt sowie die Antizipierbarkeit des Verhaltens der Wettbewerber gefördert werden²⁸. Dazu wurden unter anderem Kalkulationsdaten betreffend diverser Projekte, Eingabepreise und Informationen zu Marktchancen sowie -risiken ausgetauscht²⁹. Die zahlreichen, von jeder Partei vorliegenden Handnotizen von E7-Treffen belegen hingegen ausschliesslich Interessensanmeldungen bezüglich einzelner Projekte seitens der Parteien³⁰. Jede Unternehmung brachte die für sie wichtigen Projekte anhand mitgebrachter eigener Offertlisten zur Sprache³¹. Nicht an einem Auftragserhalt interessierte Unternehmen waren sodann in der Regel bereit, die interessierte Partei zu unterstützen, wobei das konkrete weitere Vorgehen meist bilateral telefonisch oder aber auf elektronischem Weg festgelegt wurde³² (vgl. für Beispiele und konkrete Vorgehensvarianten Rz. 79 ff.). Sie reichten in der Folge zugunsten der für den Auftragserhalt vorgesehenen Unternehmung Stützofferten ein, worunter jede Offerte einer Unternehmung zu verstehen ist, welche bewusst den Auftragserhalt einer anderen Unternehmung über einen höheren eigenen Preis zu begünstigen sucht³³. Anlässlich den E7-Treffen wurden vornehmlich grössere Aufträge thematisiert³⁴. Der durchschnittliche Umsatz, welchen die Parteien je abgesprochenem Projekt erzielten, geht aus folgender Tabelle hervor:

²⁵ Vgl. allgemeine Aussagen der Parteien zur Entstehungsgeschichte von E7: Act. 26 und act. 77, S. 7 (Atel); act. 30, S. 2 f. und act. 78, S. 4 (ISP); act. 20/25, S. 5 f. (Burkhalter); act. 37, S. 2 (Etavis); act. 35 (Gasser + Bertschy); act. 23, S. 2; act. 95, S. 4 (Gfeller); act. 19, S. 2 (Scherler).

²⁶ Vgl. act. 35, S. 2 (Gasser + Bertschy) sowie act. 76, S. 2, A 1.2 (Gfeller).

²⁷ Vgl. bspw. act. 72a, Reg. 2, S. 3 und act. 107 (Etavis).

²⁸ So sollte unter anderem in Erfahrung gebracht werden können, wer von den E7-Teilnehmern bei einem Projekt eine Offerte einzureichen gedachte.

²⁹ Vgl. act. 18, S. 2, 2.2. (ewb).

³⁰ Vgl. act. 3a, Reg. 2 (Atel); act. 3b, Reg. 3 (ISP); act. 3c, Reg. 10 (Burkhalter); act. 3d, Reg. 2 (Etavis); act. 3f, Reg. 23 (Scherler).

³¹ Act. 26, S. 2 (Atel).

³² Einem Protokoll aus dem Jahre 2006 entsprechend, meldete sich meist die an einem Auftragserhalt interessierte Unternehmung im Anschluss an die E7-Treffen bei den übrigen, zu einer Unterstützung bereiten Firmen. Das Protokoll hält im Detail fest, wer sich in welcher Phase einer Submission bei wem in Sachen Preis zu melden hat; vgl. act. 3d, Reg. 2, Dok. 2 (Etavis).

³³ Vgl. auch PETER GALLI, ANDRÉ MOSER, ELISABETH LANG, EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band: Landesrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 324 „Schützofferten“; für Erläuterungen vgl. Fn. 638.

³⁴ Vgl. entsprechende/dahingehende Aussagen der Parteien: Act. 94, S. 4 (Burkhalter); act. 78, S. 14 (ISP) und act. 87, S. 5 (Etavis).

Unternehmen	Fälle	Umsatz	Durchschnitt
Atel	22	6'737'295.-	306'241.-
ISP	8	2'549'371.-	318'671.-
Burkhalter	18	4'989'499.-	277'194.-
Etavis	14	2'751'716.-	196'551.-
Gasser + Bertschy	10	2'291'028.-	229'103.-
Gfeller	16	7'686'559.-	480'410.-
Scherler	16	8'714'116.-	544'632.-
ewb	4	724'000.-	181'000.-
TOTAL	108	36'443'584.-	337'441.-

Tabelle 2: Durchschnittliche Werte der abgesprochenen Projekte

16. Neben dem eigenen und/oder dem von der stützenden Unternehmung zu kalkulierenden Eingabepreis wurden häufig Faktoren, mögliche Rabatte oder andere zentrale Kalkulationsparameter ausgetauscht, aber auch ganze Offerten für andere Firmen berechnet und diesen übermittelt respektive mit deren Firmenstempel versehen eingereicht. Fallweise kam es so zur Koordination entweder ausschliesslich der Ersteingabe, der Ersteingabe und der nachfolgenden Abgebotsrunden³⁵ oder aber in manchen Fällen auch lediglich zu einer Abstimmung der Abgebote. In den meisten Fällen bestand hingegen von der Ersteingabe bis hin zur Auftragsvergabe Kontakt zwischen den Parteien. Weiter kam es vor, dass mehrere Unternehmen eine ARGE bei einem bestimmten Projekt bilden wollten und, unter anderem um ihre Erfolgchancen bezüglich der Vergabe zu erhöhen, je eine selbständige Offerte mit abgesprochenem Preis einreichten. Meist wurde dabei die Unternehmung, welche das günstigste/beste Angebot offerieren und den Auftrag schlussendlich erhalten sollte, vorgängig bestimmt.

17. Eigentliche direkte Gegenleistungen für Stützofferten im Sinne von Ausgleichszahlungen oder Kartelldividenden wurden keine entrichtet. Die Parteien gaben an, dass sie davon ausgingen, bei ihrerseitigem künftigen Interesse an einem Auftrag ebenfalls unterstützt zu werden. Weiter, dass Scheinofferten auch im Interesse der stützenden Partei liegen konnten und dieser folgende Vorteile brachten: Sie mussten bei fehlendem Interesse, fehlenden Ressourcen etc. weder selbst zeit- und kostenintensiv kalkulieren noch die Offertanfragen leer zurückschicken, blieben damit beim Auftraggeber präsent und für allfällige weitere Auftragsvergaben im Rennen. Zudem bestand aussagegemäss bei Veränderungen der eigenen Auslastung im Ausführungszeitpunkt eventuell die Möglichkeit, mit Personal auszuhelfen oder an einer ARGE zu partizipieren. Auch die eigenen Stammkunden waren bis zu einem gewissen Grad vor der Konkurrenz geschützt³⁶.

18. In den seltenen, anlässlich E7-Treffen besprochenen Fällen, in welchen mehrere Parteien am selbständigen Auftragserhalt interessiert und im Vergabefall nicht zur Teilnahme an einer ARGE bereit waren, kam es zum „Freistilringen“, d.h. jede interessierte Unternehmung kalkulierte eigenständig und bemühte sich um den Erhalt des Auftrags³⁷.

³⁵ Zur Definition vgl. oben Rz. 11.

³⁶ Vgl. die folgenden Aktenstellen: Act. 26 (Atel); act. 59, S. 2 (ISP); act. 19, S. 2 (Scherler); sowie zum Schutz der Stammkundschaft: Act. 77, S. 15, 18 (Atel); act. 78, S. 7 (ISP); act. 94, S. 10 (Burkhalter); act. 91, S. 4 (Gasser + Bertschy); des Weiteren act. 37, S. 2 (Etavis); act. 76, S. 2, A 1.2 (Gfeller).

³⁷ Vgl. beispielsweise act. 94, S. 9 (Burkhalter); act. 87, S. 7, 11 (Etavis); act. 93, S. 4 (Scherler).

19. Das letzte Treffen der E7 fand vier Tage nach den Hausdurchsuchungen am 4. Februar 2008 auf Initiative der Verbände ohne Gasser + Bertschy, welche zu diesem Zeitpunkt noch nicht in die Untersuchung involviert war, statt und diente nach einhelligen Aussagen der Parteien dem Erfahrungsaustausch und der „Verarbeitung des Erlebten“. Neben der Frage nach der Person des Anzeigers wurden mögliche Vorgehensweisen gegenüber den Wettbewerbsbehörden besprochen. Am Ende beschloss man, dass sich jede Unternehmung eigenständig um eine allfällige rechtliche Vertretung kümmern und entsprechend selbständig gegenüber den Behörden auftreten würde. Potentiell kartellrechtsrelevante Abreden wurden hingegen keine mehr getroffen. Dem Treffen fern blieb, trotz Einladung, ewb.

20. Im Detail auf die Vorbringen der Parteien sowie einzelne betroffene Projekte zur Veranschaulichung deren Vorgehens wird – soweit notwendig – in den Erwägungen eingegangen³⁸.

A.2 Verfahren

21. Am 29. Januar 2008 eröffnete das Sekretariat gestützt auf eine Anzeige³⁹ die vorliegende Untersuchung 22-0366 Elektroinstallationsbetriebe Bern. Parteien in diesem Verfahren sind die in Rz. 5 genannten Unternehmen und Verbände.

22. Die Verbände wurden in die Untersuchung einbezogen, da gestützt auf die Aussagen des Anzeigers⁴⁰ und bisherige Erfahrungen⁴¹ einerseits Informationen bei ihnen vermutet wurden und andererseits eine allfällige Beteiligung der Verbände an den Absprachen nicht auszuschliessen war. Dieser Verdacht hat sich hingegen nicht erhärtet, es stellte sich vielmehr heraus, dass die Verbände nicht aktiv an den Absprachen beteiligt waren. Entsprechend waren weder Ermittlungsmassnahmen noch ein grosser Korrespondenzaufwand vonnöten, so dass das Verfahren gegen die Verbände ohne Kostenfolge eingestellt werden kann. Auch auf einen Einbezug des VSEI in das Verfahren konnte verzichtet werden, da das Meldewesen, obschon sicher für eine weitergehende Transparenz und Kontaktmöglichkeit sorgend, wenn überhaupt, für die Absprache vorliegend nur eine marginale Rolle spielte.

23. Am 31. Januar 2008 wurden um 9 Uhr in einer konzertierten Aktion bei den in Rz. 6 genannten Unternehmungen sowie im gemeinsamen Sekretariat der drei angeblich betroffenen Verbände VSTEl, KVBE und KMU Bern Hausdurchsuchungen in Unterstützung durch Polizei und IT-Spezialisten durchgeführt.

24. *Ablauf der Hausdurchsuchungen:* Die Betroffenen wurden zu Beginn der Hausdurchsuchungen über ihre Rechte inklusive der Möglichkeit einer Bonusmeldung und deren Bedeutung aufgeklärt und erhielten je eine Kopie der Untersuchungseröffnung sowie des Durchsuchungsbefehls. Auf dieselbe Weise, jedoch unter Verzicht auf eine Durchsuchung, wurde bezüglich ewb verfahren.

25. Die Hausdurchsuchungen konnten alle am 31. Januar 2008 abgeschlossen werden. Es wurde umfangreiches Aktenmaterial beschlagnahmt und dieses in Beschlagnahmeprotokollen mit Gegenstand, Fundort etc. exakt dokumentiert⁴². Die Server der Unternehmen wurden gespiegelt⁴³. Eine Siegelung wurde nicht beantragt.

26. Mit (Eröffnungs-) Schreiben vom 4. Februar 2008 wurde die Untersuchung auf Gasser + Bertschy ausgedehnt.

³⁸ Vgl. Teil B.

³⁹ Vgl. Rz. 3.

⁴⁰ Vgl. vorn Rz. 3.

⁴¹ Vgl. vorn Rz. 6, insbesondere Fn. 9 und 12.

⁴² Vgl. act. 3: Durchsuchungs- und Beschlagnahmungsprotokoll je durchsuchter Firma.

⁴³ Für Ergebnisse der Auswertung vgl. act. 3 a, Reg. 12 (Atel); act. 3b, Reg. 17 (ISP); act. 3d, Reg. 11 (Etavis); act. 11a (Gasser + Bertschy) und act. 3e, Reg. 5 (Gfeller).

27. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung unter Hinweis auf die 30-tägige Frist, innert welcher Dritte eine allfällige Verfahrensbeteiligung anmelden können (Art. 28 Abs. 2 KG), mittels amtlicher Publikation am 22. Februar 2008 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und am 4. März 2008 im Bundesblatt bekannt. Die Parteien wurden vorgängig per Fax über den Inhalt der Pressemitteilung orientiert. Innert Frist meldeten sich keine Dritten im Sinne von Art. 28 Abs. 2 KG.

28. Alle Parteien, ausgenommen die Verbände (vgl. oben Rz. 22), reichten eine Bonusmeldung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 lit. b sowie Art. 8 ff. SVKG⁴⁴ ein. Die chronologische Reihenfolge der Selbstanzeigen ist aus der Tabelle in Rz. 7 ersichtlich.

29. In den auf die Hausdurchsuchungen folgenden Tagen wurden alle Parteien im Hinblick auf die von ihnen getätigten Kooperationszusagen⁴⁵ zu einer Einvernahme vorgeladen. Atel und Scherler erschienen am 13. Februar 2008, ISP und ewb am 14. Februar 2008, Gasser + Bertschy am 15. Februar 2008, Burkhalter und Gfeller am 18. Februar 2008 und abschliessend Etavis am 22. Februar 2008 zur Einvernahme. Die Parteien wurden darüber hinaus über das geplante weitere Vorgehen sowie die von ihnen erwartete Mitarbeit und deren rechtliche Folgen gemäss KG-Sanktionsverordnung informiert. Sie wurden unter anderem aufgefordert, in den folgenden Wochen ihrerseits alle möglicherweise betroffenen Projekte zu beschreiben, Angaben zum Treffen vom 4. Februar 2008, zu ihrer Kenntnis des Kartellgesetzes und internen Antitrust-Compliance-Massnahmen zu machen sowie alle ihnen darüber hinaus zur Verfügung stehenden, potentiell relevanten Informationen sowie möglicherweise beweisrelevantes Material zu liefern. Zudem wurden diverse Fragen ihrerseits beantwortet. Die Einvernahmen wurden protokolliert und den Parteien zur Stellungnahme und anschließender Unterzeichnung zugestellt⁴⁶.

30. In der Folge rekapitulierten die Parteien ihr Abspracheverhalten während der vergangenen Jahre und reichten diesbezügliche Ausführungen sowie bei ihnen noch auffindbares belegendes Material ein. Mitte April konnte sodann mit der Sichtung der beschlagnahmten Akten inklusive der elektronischen Daten begonnen werden.

31. Die Parteien verzichteten allesamt darauf, den Sichtungen der anlässlich der Hausdurchsuchungen erstellten Serverkopien beizuwohnen. Ein Sichtungsprotokoll und Kopien der extrahierten Dokumente wurden der jeweils betroffenen Partei in der Folge zur Kenntnis gebracht.

32. Nach einer ersten Durchsicht und Bearbeitung des Aktenmaterials erschienen die Parteien erneut Ende Juni/Anfang Juli zu Einzelgesprächen in die Räumlichkeiten des Sekretariates. Sie wurden über den aktuellen Stand des Verfahrens, die ersten Untersuchungsergebnisse, insbesondere die Zahl und das Verhältnis der selbst angegebenen zu den zusätzlich aufgedeckten Projekten, und die verschiedenen Möglichkeiten des Verfahrensforganges orientiert. Gfeller als der ersten Partei, welche eine Bonusmeldung einreichte, wurde eine Mitteilung gemäss Art. 9 Abs. 3 lit. a SVKG übergeben, den übrigen Parteien eine Bestätigung ihrer bis anhin kooperativen Haltung. Sämtliche Parteien äusserten in der Folge ihr generelles Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung.

33. Nach Festsetzung der Sanktionsbandbreite und Entwurf einer einvernehmlichen Regelung mit übereinstimmendem Wortlaut für alle Parteien wurden ihnen diese Angaben bei einem weiteren individuellen Gespräch Anfang September 2008 eröffnet⁴⁷. Es bestand die Möglichkeit, zum Wortlaut der einvernehmlichen Regelung Stellung zu nehmen und Formu-

⁴⁴ Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung; SVKG) SR 251.5.

⁴⁵ Vgl. Rz. 7.

⁴⁶ Act. 77 (Atel); act. 78 (ISP); act. 94 (Burkhalter); act. 87 (Etavis); act. 86 (ewb); act. 95 (Gfeller); act. 91 (Gasser + Bertschy) und act. 93 (Scherler).

⁴⁷ Gemäss Art. 29 Abs. 1 KG schlägt das Sekretariat den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise der Beseitigung einer als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung vor.

lierungsvorschläge sowie anderweitige Anregungen zu machen. Darüber hinaus nahmen die Parteien Einsicht in die geschäftsgeheimnisbereinigten Verfahrensakten.

34. Nach Akteneinsicht und Abgabe ihres Einverständnisses zur definitiven Version der einvernehmlichen Regelung wurde diese den Parteien zur Unterzeichnung zugestellt und in-
nert Frist von allen unterzeichnet retourniert⁴⁸. Diese lautet – ergänzt mit dem jeweiligen Na-
men der Unternehmung – wie folgt:

Vorbemerkungen:

- a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG (Kartellgesetz, SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0366 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (Weko) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Dem Willen und der Bereitschaft der [Atel/Alpiq, ISP, Burkhalter, Etavis, ewb, Gasser + Bertschy, Gfeller, Scherler] zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung wird vom Sekretariat im Rahmen der Sanktionsbemessung Rechnung getragen. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der Weko eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF [...]– bis CHF [...]– zu beantragen⁴⁹. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der Weko. Sie erfolgt endgültig mit deren verfahrensabschliessenden Verfügung.
- c) Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der Weko nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt und – bei Vorliegen eines Verstosses – eine Sanktion gestützt auf das KG und die SVKG (KG-Sanktionsverordnung, SR 251.5) durch die Weko festgelegt.
- d) Die [Atel/Alpiq, ISP, Burkhalter, Etavis, ewb, Gasser + Bertschy, Gfeller, Scherler] verzichtet im Falle der Genehmigung vorliegender einvernehmlichen Regelung durch die Weko und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. b) im Sinne von lit. a) auf die Ergreifung von Rechtsmitteln.
- e) Bei diesem Ausgang des Verfahrens 22-0366 gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten der Parteien und damit der [Atel/Alpiq, ISP, Burkhalter, Etavis, ewb, Gasser + Bertschy, Gfeller, Scherler].

Vereinbarungen:

- 1) Die [Atel/Alpiq, ISP, Burkhalter, Etavis, ewb, Gasser + Bertschy, Gfeller, Scherler] verpflichtet sich in Zusammenhang mit Elektroinstallationen Konkurrenten im Rahmen von Ausschreibungen weder um Stützofferten anzufragen noch solche anzubieten.
- 2) Die [Atel/Alpiq, ISP, Burkhalter, Etavis, ewb, Gasser + Bertschy, Gfeller, Scherler] verpflichtet sich, sich in Zusammenhang mit Elektroinstallationen vor der Auftragserteilung nicht mit Konkurrenten über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden auszutauschen.
- 3) Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen in Zusammenhang mit (a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften sowie (b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer bzw. Unterakkordant.
- 4) Die [Atel/Alpiq, ISP, Burkhalter, Etavis, ewb, Gasser + Bertschy, Gfeller, Scherler] verpflichtet sich, geplante Arbeitsgemeinschaften in Zusammenhang mit Elektroinstallatio-

⁴⁸ Atel, 18. November 2008; ISP, 13. November 2008; Burkhalter, 17. November 2008; Etavis, 17. November 2008; ewb, 21. November 2008; Gasser + Bertschy, 20. November 2008; Gfeller, 24. November 2008; Scherler, 19. November 2008; allen Parteien gezeichnet zugestellt am 26. November 2008, vgl. act. 269.

⁴⁹ Vgl. die Höhe der Bandbreiten: Rz. 171.

nen gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens im Zeitpunkt der Offertstellung die Namen der Firmen, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft mitwirken, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft, bei der einem einzelnen Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprechpartnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem Auftraggeber auftritt.

35. Am 18. Mai 2009 wurde den Parteien der Antragsentwurf zur Stellungnahme zugestellt.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

36. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

37. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

38. Verfügungsadressatinnen und damit Parteien des vorliegenden Verfahrens sind Atel/Alpiq, ISP, Burkhalter, ewb, Etavis, Gasser + Bertschy, Gfeller, Scherler sowie die Verbände VSTEI, KVBE und KMU Bern⁵⁰. Sie sind allesamt als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Auf entsprechende Ausführungen betreffend die Verbände kann vor dem Hintergrund der ohnehin erfolgenden Einstellung der Untersuchung gegen diese⁵¹ vorliegend verzichtet werden. Ist im Folgenden demnach von *Parteien* die Rede, sind stets ausschliesslich die in das Verfahren involvierten Elektroinstallationsbetriebe, das heisst die E7 sowie ewb, gemeint.

39. Die Möglichkeit direkter Sanktionen⁵² besteht seit der KG-Revision 2003⁵³. Da man sich jedoch im Rahmen der einvernehmlichen Regelungen auf die Projekte ab 2006, dem Gründungsjahr von E7, beschränkt, ist keine übergangsrechtliche Problematik bei der Anwendung des Kartellgesetzes zu berücksichtigen und dieses ohne Weiteres anwendbar.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

41. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

⁵⁰ Vgl. Rz. 5.

⁵¹ Vgl. Rz. 22.

⁵² Vor der Revision konnte ein Kartellrechtsverstoss nicht direkt sanktioniert werden. Dies war erst beim Verstoss gegen eine einvernehmliche Regelung oder behördliche Anordnung, das heisst im Wiederholungsfalle möglich. Gemäss Art. 49a KG können bestimmte Verletzungen kartellrechtlicher Bestimmungen nun direkt sanktioniert werden.

⁵³ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen – Änderung vom 20. Juni 2003, AS 2004, 1385 ff.

B.3 Verhältnis KG zum BoeB

42. Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen⁵⁴ sieht in Art. 11 lit. 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. Der Wortlaut von Art. 11 lit. e BoeB deckt sich weitgehend mit demjenigen von Art. 5 KG. Es stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des BoeB (und damit VoeB⁵⁵) zum KG – mithin, ob ein und derselbe Sachverhalt (Submissionsabsprache) Gegenstand sowohl des submissionsrechtlichen (Art. 11 BoeB) als auch des kartellrechtlichen (Art. 5 KG) Verfahrens sein kann. Diese Frage ist in Übereinstimmung mit der REKO/WEF⁵⁶ zu bejahen⁵⁷. Erfüllt ein Sachverhalt je einen der gesetzlichen Tatbestände des KG und des BoeB, können beide Gesetze parallel zur Anwendung kommen⁵⁸. Zur Begründung kann Folgendes angeführt werden:

43. Zunächst schützen das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen und das Kartellgesetz unterschiedliche Rechtsgüter⁵⁹. Art. 11 lit. e BoeB dient dem Schutz des öffentlichen Ausschreibers⁶⁰. Der öffentliche Auftraggeber soll in erster Linie die öffentlichen Mittel wirtschaftlich einsetzen (Art. 11 lit. c BoeB). Es ist jedoch nicht Aufgabe der öffentlichen Vergabestellen, den wirksamen Wettbewerb durchzusetzen. Der Schutz dieses Rechtsgutes obliegt allein der WEKO⁶¹. Umgekehrt ist es für die Anwendung des Kartellgesetzes ohne Bedeutung, inwieweit die Interessen des Auftraggebers verletzt werden⁶². Der Schutz des Rechtsguts „wirksamer Wettbewerb“ (im Sinne des Kartellgesetzes) tritt somit neben den Rechtsgüterschutz des BoeB und weist damit eine selbstständige Bedeutung auf. Die Vorschriften des öffentlichen Vergaberechts sowie diejenigen des Kartellrechts sind somit kumulativ anwendbar.

44. Der aus der Sicht des Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen eingeschränkte Rechtsgüterschutz (nämlich der Schutz des öffentlichen Ausschreibers) zeigt sich insbesondere darin, dass sich Art. 11 lit. e BoeB nur auf verdeckte (Preis-) Absprachen bezieht, das heisst auf Absprachen, die der Auftraggeberin nicht offengelegt werden⁶³. Das Kartellgesetz trifft derartige Unterscheidungen nicht und bekämpft unzulässige Abreden (Art. 5 KG) unabhängig davon, ob sie offen oder verdeckt erfolgen, oder ob sie der Marktgegenseite bekannt sind oder ihr vorenthalten werden.

45. Schliesslich unterscheiden sich die beiden Verfahren auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolge. Während nach Art. 11 lit. e BoeB die zuständige Behörde die Teilnehmer an einer Submissionsabsprache nur (aber immerhin) aus dem Verfahren ausschliessen kann, kann die WEKO seit 1. April 2004 gemäss Art. 49a KG auch direkte Sanktionen verhängen⁶⁴.

⁵⁴ BoeB; SR 172.056.1 (vgl. Fn. 15).

⁵⁵ VoeB; SR 172.056.11 (vgl. Fn. 15).

⁵⁶ Rekurskommission für Wettbewerbsfragen.

⁵⁷ Vgl. RPW 2005/1, S. 191 f., Rz. 5.2 (Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/WEKO).

⁵⁸ PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 75, These Nr. 28.3; PETER GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 69; HEINZ LEITNER, Öffentliche Beschaffungen und Kartellrecht, AJP 1/2003, S. 23 ff.

⁵⁹ Im Ergebnis auch GAUCH, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz, in: recht 1997/5, S. 167.

⁶⁰ Vgl. GAUCH, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR NF] 114 [1995], S. 332, Rz. 10a.

⁶¹ GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER (zit. in Fn. 58), Nr. 321. Siehe auch BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabsprache – Rechtslage und Wirklichkeit, Freiburg 1999, AISUF Bd. 181, Rz. 785.

⁶² Vgl. INGENSTAU/KORBION, VOB Teile A und B, Kommentar, 13. Aufl., Düsseldorf 1996, S. 770, Rz. 29.

⁶³ GAUCH (zit. in Fn. 60), S. 332, Rz. 10.

⁶⁴ RPW 2002/1, S. 139 f., Rz. 22 (Betsanierung Schweizerische Landesbibliothek/SLB).

46. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Beurteilung von Vergangenhets-sachverhalten die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden im Bereich der öffentlichen Beschaffungen bestätigt⁶⁵.

47. Zusammenfassend ergibt sich die kumulative Anwendbarkeit der Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens und des Kartellgesetzes⁶⁶.

B.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede

48. 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).

B.4.1 Wettbewerbsabrede

49. 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.

50. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

B.4.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

51. Die Parteien sind Unternehmen gleicher Marktstufe und als solche Konkurrenten hinsichtlich der in der Elektroinstallationsbranche von öffentlichen Stellen ausgeschriebenen beziehungsweise privat zu vergebenden Aufträge. Sie haben sich sowohl untereinander als auch mit Dritten während Jahren über Projekte, Kalkulationselemente sowie insbesondere über Preise und Vergabewünsche, d.h. betreffend Kunden, ausgetauscht. Dies unter anderem zu dem Zweck, den Wettbewerb zu beschränken und das Ergebnis der Submission (insbesondere grösserer Projekte) zugunsten eines von ihnen zu beeinflussen. Mit den E7-Treffen und damit spätestens Anfang 2006 fand eine Institutionalisierung dieses situativen (Absprache-) Verhaltens statt, indem regelmässige Treffen eingeführt und anlässlich derselben die jeweils an der Ausführung eines Projektes interessierte Unternehmung eruiert und damit das für den Erhalt des Auftrags vorgesehene Unternehmen bestimmt wurde. Die Konkretisierung der jeweils projektbezogenen Vorgehensweise und damit die eigentlichen Absprachen erfolgten weiterhin auf bi-/multilaterale Weise zwischen der am Auftragserhalt interessierten Unternehmung und den sie stützenden⁶⁷.

52. Auch ohne explizite schriftliche Regelung ihres gegenseitigen Verhältnisses beziehungsweise Vorgehens gingen die E7 von einer weitgehenden Berücksichtigung ihrer Interessen und der Einhaltung der projektbezogenen Vereinbarungen aus. Die Unternehmen wussten und mussten zufolge Kommunikation ihrer Interessen anlässlich der E7-Treffen wis-

⁶⁵ RPW 2005/3, S. 582, Rz. 3.3 (Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG, Reko, Weko).

⁶⁶ So auch RPW 2008/1, S. 94 f. (Strassenbeläge Tessin); vgl. auch Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Hrsg.), Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Die Vergabeprinzipien und ihre Konkretisierung in der Rechtsprechung der BRK, Rz. 84.

⁶⁷ Vgl. Rz. 15 ff. sowie act. 77, S. 20 (Atel) und act. 94, S. 6 (Burkhalter). Anfänglich erstellte Protokolle (vgl. act. 3d Reg. 2, Dok. 1–3) belegen, dass darin, entgegen der Aussagen der Parteien [vgl. Rz. 17 sowie act. 26 (Atel); act. 30 (ISP); act. 23, S.2 (Gfeller)], der Schwerpunkt der monatlichen Treffen lag.

sen und wollen, dass dies eine Koordinierung in Sachen Eingabepreis respektive einen Verzicht auf Konkurrenzangebote zur Folge hatte.

53. Sowohl das Verhalten der Parteien vor 2006 als auch nach Initiierung der E7 bekundet demnach eindeutig ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken. Im vorliegenden Verfahren wird infolge einvernehmlicher Regelungen hingegen ausschliesslich der Zeitraum ab 2006 betrachtet. Für diesen liegen dem Sekretariat nachweislich bereits über 100 abgesprochene⁶⁸ Projekte und damit Submissionsabreden vor. In den E7-Treffen⁶⁹ ist sodann ein verbindendes und die Frequenz der Absprachen erhöhendes Element zu sehen, welches den einzelnen Abreden ab 2006 gleichsam einen Rahmen und damit Stabilität gab.

54. Auch wenn bestritten würde, dass die relevanten Abreden aus einem derart zusammengesetzten Verhalten (Interessenbekundung anlässlich E7 und bi-/multilaterale Absprache) bestanden und damit die E7-Treffen Teil derselben waren, eine Art Institutionalisierung darstellend, so wäre doch anzuerkennen, dass die kontinuierliche Teilnahme an den E7-Treffen, also regelmässige persönliche Kontakte, zumindest die Voraussetzungen für das Treffen von Absprachen verbesserte und diese sodann projektbezogen auch stattgefunden haben⁷⁰. Ob die Absprachen als mündliche Vereinbarung oder aber abgestimmte Verhaltensweise zu kategorisieren ist, spielt im Ergebnis für vorliegende, mit einvernehmlichen Regelungen beschlossene Untersuchung keine Rolle und wird entsprechend nicht weiter vertieft.

B.4.1.2 Wettbewerbsbeschränkung

55. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Gerade das Bestreben der Parteien, bei den jeweiligen Projekten einen aus ihrer Sicht angemessenen Preis beziehungsweise genügende Marge zu erzielen, grössere Aufträge unter den E7 zu verteilen sowie ein Abwerben von (Stamm-) Kunden zu verhindern (vgl. Rz. 15), zeigt, dass die Verhaltensweisen eine Preis- und Kundenbeeinflussung zu Gunsten der Parteien *bezweckt* haben. Das beschriebene Vorgehen (vgl. B.4.1.1) ermöglichte es den Parteien darüber hinaus auch faktisch, ihre Angebote abzustimmen und das Verhalten der Wettbewerber zu antizipieren. Die dem Bauherren sodann zum Entscheid vorliegenden Offerten waren zufolge der Abstimmung nicht Ergebnis funktionierender Wettbewerbs und führten in der Regel zum Entscheid für die im Vorfeld durch die E7 bestimmte Unternehmung⁷¹, womit die Abrede auch eine Wettbewerbsbeschränkung *bewirkte*⁷².

56. Spezielle Beachtung gilt dem Fall, in welchem mehrere Unternehmen auf Wunsch einer anderen Unternehmung Stützofferten einreichen, ohne selbst am Erhalt des Auftrags interessiert zu sein. Es wurde vorgebracht, in diesem Fall läge aufgrund fehlenden eigenen Interesses an einem Auftrag kein Wettbewerbsverhältnis vor und könne demnach auch ein Informationsaustausch in Sachen Preis mit anschliessender Scheinofferte nicht als Abrede gelten⁷³. Diese Auffassung kann nicht geteilt werden, da ausser Acht bleibt, dass das Verhältnis eines Absprechers zur Submission für die Frage des Vorliegens einer wettbewerbsrelevanten Abrede unwesentlich ist: Kartellrechtswidrig verhalten sich auch diejenigen Unterneh-

⁶⁸ Unabhängig davon, ob die jeweilige Absprache von den Parteien zugegeben oder bestritten wurde.

⁶⁹ Gemäss CHRIST (zit. in Fn. 61) ändert – auch ohne sich dessen bewusst zu sein – bereits die wechselseitige Kenntnisnahme das Verhalten der Absprecher im Wettbewerb und führt damit zu einem angepassten und abgestimmten Bietverhalten. Der gegenseitige Kontakt vermindert den Geheimwettbewerb auf Bieterseite, weil er Rückschlüsse auf das Preisverhalten der anderen erlaubt. Das Marktangebot kann sich so nicht mehr bilden und der Sinn einer Submission wird *ad absurdum* geführt (vgl. S. 90, Rz. 346).

⁷⁰ Entsprechende Argumentation in: RPW 04/3, 734 (Markt für Schlachtschweine – Teil B).

⁷¹ Vgl. Rz. 92.

⁷² Vgl. auch Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (zit. in Fn. 66), Rz. 126: „Die Rekurskommission führte aus, dass jedwede Absprache zwischen den Submittenten den Wettbewerb um den Beschaffungsauftrag beeinträchtigt, was vorab dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz widerspreche“.

⁷³ Act. 173, S. 3 (Burkhalter).

men, welche vereinbarungsgemäss Abstand von einem Angebot nehmen⁷⁴. Eine Scheinofferte erweckt den Eindruck einer ernstgemeinten Offerte, wirkt sich auf den Entscheid des Bauherren aus, indem dieser von einer verfälschten Entscheidungsbasis, konkret spielenden Marktmechanismen, ausgeht, und ist somit wettbewerbsrelevant.

57. *Zwischenfazit*: Das über Jahre praktizierte Verhalten der Parteien *bezweckte und bewirkte* eine Wettbewerbsbeschränkung, die Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 1 KG sind erfüllt. Bereits infolge der bisherigen Abklärungen können den Parteien, wie erwähnt⁷⁵, über 100 derartige Submissionsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG lückenlos nachgewiesen werden (die sogenannten Kernprojekte, vgl. Rz. 2; zum konkreten Ablauf und den Auswirkungen der Absprachen hinten Rz. 79 ff.).

58. Über die einzelnen projektbezogenen Absprachen und das verbindende Element der E7-Treffen hinaus, ist *in casu* wahrscheinlich, dass eine Rotationsabrede⁷⁶, eine die einzelnen Absprachen gleichsam umfassende Rahmenvereinbarung, vorgelegen hat und der Markt unter den E7 aufgeteilt wurde. Die Unternehmen machten eine Unterstützung anderer von der eigenen abhängig. Sie gingen davon aus, bei zukünftigem ihrerseitigem Interesse ebenfalls von den E7 gestützt zu werden⁷⁷ respektive bei allfälligem Personalbedarf der unterstützten Partei im Ausführungszeitpunkt und gleichzeitig fehlender eigener Auslastung aushelfen zu können (vgl. Rz. 17).

59. Die Parteien waren zudem fortgesetzt zu einer Unterstützung bereit, obschon die „Gegenleistung“ (in Form eines zukünftig auszuführenden Projektes) noch nicht einmal bestimmt war⁷⁸. Besteht jedoch insofern eine Relation zwischen den Projekten, als die Parteien ihre Unterstützung bei einem Projekt von der eigenen bei einem späteren Projekt abhängig machen, so geht der Wille der Parteien über eine Absprache des konkreten Einzelfalles hinaus und ist auf eine Rotation beziehungsweise längerfristige Aufteilung des Marktes gerichtet.

60. Neben der Zuteilung einzelner Aufträge/Kunden ging es insbesondere um den Erhalt der Stammkundschaft, indem Stammkundenverhältnisse von den E7 respektiert und so der wiederholte Vertragsabschluss durch die immer gleiche Unternehmung ermöglicht wurde⁷⁹. Die projektbezogenen Abstimmungen waren in der Regel erfolgreich und führten insbesondere bei Stammkundenverhältnissen regelmässig zum Vertragsabschluss mit der „zuständigen“ Unternehmung. Ein Stützen der Konkurrenz findet nicht aus rein altruistischen Beweggründen statt, weshalb weiter davon ausgegangen werden könnte, dass alle Teilnehmer abwechselnd bei den abgesprochenen Ausschreibungen in Abhängigkeit von ihrer Grösse und freien Kapazitäten zum Zuge kamen und somit eine Rotation stattgefunden hat. Darauf deutet auch die grosse Anzahl der nachweislich abgesprochenen Projekte⁸⁰. Infolge einvernehmlicher Regelungen wird diesem Aspekt *in casu* nicht weiter nachgegangen. Hingegen

⁷⁴ Vgl. CHRIST (zit. in Fn. 61), S.20, N. 65 f.

⁷⁵ Vgl. Rz. 53.

⁷⁶ Erfolgt eine systematische Absprache einer Vielzahl von Projekten über einen bestimmten, längeren Zeitraum, so spricht man von einem sogenannten Rotationskartell. Damit ist eine systematische Auf-/Zuteilung von Kunden mittels [Preis-] Absprachen über einen längeren Zeitraum mit wechselnden begünstigten Unternehmen gemeint. Unabhängig vom einzelnen Projekt unterstützen sich diese dabei gegenseitig und profitieren gleichsam abwechselnd von der Unterstützung durch die übrigen zum Kreis der Absprechenden gehörenden Unternehmen. Darin ist der Ausgleichsmechanismus zu sehen, der für die Stabilität eines solchen, über einen längeren Zeitraum praktizierten Systems unabdingbar ist. Eigentliche Ausgleichszahlungen sind nicht zwingend erforderlich.

⁷⁷ Die Parteien sagten aus, dass sie – unterstützten sie eines der E7-Unternehmen – davon ausgingen, ihrerseits bei einem zukünftigen (zu diesem Zeitpunkt noch nicht näher definierten) Projekt ebenfalls unterstützt zu werden [vgl. act. 77, S. 13, 18 (Atel); act. 91, S. 6 (Gasser + Bertschy)]; siehe auch Rz., 15, 17.

⁷⁸ Vgl. Rz. 58.

⁷⁹ Vgl. für entsprechende Aussagen anlässlich der Einvernahmen: act. 77, S. 15, 18 (Atel); act. 78, S. 7 (ISP); act. 94, S. 10 (Burkhalter); act. 91, S. 4 (Gasser + Bertschy); des Weiteren act. 37, S. 2 (Etavis); act. 76, S. 2, A 1.2 (Gfeller).

⁸⁰ Rz. 15: Tabelle 2, aus welcher die Anzahl abgesprochener Projekte je Unternehmung ersichtlich wird sowie die Rz. 53 und 57.

wäre auch eine solche Rotationsabrede in jedem Fall als Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

B.4.1.3 Fazit

61. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Parteien eine Vielzahl an Submissionsabsprachen, einzelne Projekte betreffend, getroffen haben, bei welchen die E7-Treffen jeweils das verbindende Element darstellten. Besagte Absprachen sind als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Darüber hinaus wird die Frage des Vorliegens eines Rotationskartells trotz starker Indizien nicht weiter vertieft.

62. Nachfolgend wird der Abredemechanismus der E7 und dessen Auswirkungen auf den Wettbewerb anhand ausgesuchter Beispiele⁸¹ veranschaulicht und belegt. Auf eine ausführliche und detaillierte Auflistung aller betroffener Submissionsprojekte sowie Darstellung des jeweiligen Vorgehens wird verzichtet⁸².

B.4.2 Marktabgrenzung

63. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind unter anderem Absprachen, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Um die vorliegenden Absprachen auf ihre Wirkung überprüfen und gegebenenfalls eine Beseitigung des Wettbewerbs feststellen zu können, muss vorgängig der relevante Markt abgegrenzt werden.

B.4.2.1 Allgemeines

64. In sinngemässer Anwendung von Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU⁸³ umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

65. Räumlich umfasst der Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU analog).

B.4.2.2 Sachlicher Markt

66. Der Ausschreiber respektive potentielle Auftraggeber fragt eine seinen Wünschen entsprechende und mittels der Ausschreibungs-/Projektunterlagen konkretisierte Dienstleistung im Bereich Elektroinstallationen⁸⁴ nach. Bei Vorliegen eines Rotationskartells würde sich die Frage der Marktabgrenzung stellen⁸⁵. Für eine derartige Marktdefinition wären hingegen weitere Abklärungen bezüglich der noch nicht vollumfänglich eruierten Projekte vonnöten. Ausgehend von einer grossen Zahl einzelner Submissionsabsprachen und zumal sämtliche Parteien den Abschluss des Verfahrens mittels einvernehmlicher Regelung wünschten, be-

⁸¹ Vgl. Rz. 79 ff.

⁸² Dies mit Rücksicht auf den Abschluss einvernehmlicher Regelungen und den damit einhergehenden Versuch, auch im Interesse der Parteien den Ermittlungs- und damit Zeit-/Kostenaufwand möglichst tief zu halten (vgl. auch Rz. 2).

⁸³ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17 Juni 1996 (VKU); SR 251.4.

⁸⁴ Unter Elektroinstallationen versteht man sowohl die Neuinstallation als auch die Reparatur, Erhalt und Sanierung von Anlagen und Einrichtungen, die der energetischen Versorgung dienen. Vgl. auch Fn. 5.

⁸⁵ Vgl. auch RPW 2008/1, S. 94 f. (Strassenbeläge Tessin) und RPW 2007/4, S. 517 ff.: Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern (LTSH) durch armasuisse. Siehe für entsprechend pragmatisches, statt einer Abgrenzung des Marktes auf die Abrede respektive ein systematisches Verhalten abstellendes Vorgehen in der EU: Competition in Bidding Markets, Policy Roundtables, OECD 2006, insbesondere S. 160 (für die Niederlande), S. 195 (für England) etc.

schränken sich die folgenden Ausführungen auf den Nachweis der von den einzelnen Absprachen betroffenen Märkte.

67. Betrachtet man die einzelne Submissionsabsprache, so ist davon auszugehen, dass der Ausschreiber respektive potentielle Auftraggeber eine spezifische, seinen Wünschen entsprechende und mittels der Ausschreibungs-/Projektunterlagen konkretisierte Dienstleistung nachfragt⁸⁶.

68. Vorliegend sind sowohl Aufträge der öffentlichen Hand als auch privater Ausschreiber (Marktgegenseite) von Interesse. Bei den abgesprochenen Elektroinstallationen handelt es sich überwiegend um grosse Projekte, das heisst Aufträge ab einem bestimmten Installationsvolumen, zu deren Ausführung meist lediglich die Parteien in der Lage waren⁸⁷. Die abgesprochenen einzelnen Projekte, welche für vorliegendes Verfahren Berücksichtigung finden, wurden infolge einvernehmlicher Regelung sodann auf die sogenannten Kernprojekte beschränkt⁸⁸.

69. Deshalb wird zusammenfassend für den vorliegenden Fall auf die einzelnen abgesprochenen Projekte abgestellt⁸⁹.

B.4.2.3 Räumlicher Markt

70. Räumlich ist der relevante Markt im Einzugsgebiet für die konkrete Elektroinstallation zu sehen und damit auf den Raum Bern zu begrenzen. Wie in der Baubranche allgemein, so ist auch im Elektroinstallationsbereich ein gewisser Distanzschutz zufolge hoher Transportkosten zu verzeichnen⁹⁰: Die zunehmende Distanz einer Unternehmung vom Ausführungsort führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags⁹¹. Hinzu kommt die generelle Tendenz der Auftraggeber, ihnen bekannte⁹², demnach meist ortsansässige respektive ortskundige, und damit in der Regel städtisch oder zumindest regional tätige Unternehmen zu favorisieren. Entsprechend liegen auch keine Hinweise vor, dass ferner domizillierte Gesellschaften an- beziehungsweise nachgefragt wurden und kamen bei den analysierten Projekten im Raum Bern auch tatsächlich keine auswärtigen/ausserkantonalen oder gar ausländischen Unternehmen zum Zug.

⁸⁶ Was der Nachfrager als substituierbar erachtet, spezifiziert er in den Ausschreibungsunterlagen. Ohne vertiefte Abklärungen vorzunehmen, kann davon ausgegangen werden, dass der sachlich relevante Markt somit das Durchführen der ausgeschriebenen Elektroinstallation umfasst. Vgl. auch RPW 2002/1, S. 130 ff. (Betonanierung Schweizerische Landesbibliothek/SLB).

⁸⁷ Vgl. Rz. 14 f.

⁸⁸ Vgl. vorn Rz. 2

⁸⁹ Vgl. für ein entsprechendes Vorgehen in Frankreich: Conseil de la concurrence, Décision n° 07-D-15 du 9 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France, p. 83: « Considérant que chaque marché public passé selon la procédure de l'appel d'offres constitue un marché de référence [...] ; considérant que si cette circonstance permet de délimiter et d'identifier le marché de référence, peuvent néanmoins être sanctionnées en application de l'article L. 420-1 du code de commerce, non seulement les pratiques anticoncurrentielles affectant exclusivement ce marché, mais aussi l'entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés et produisant des effets sur lesdits marchés, en ce qu'elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts [...] ».

⁹⁰ Vgl. CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen – Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung von Submissionsabsprachen unter besonderer Berücksichtigung des Art. 146 StGB, Zürich Basel Genf 2008, S. 88; STEFAN KELLER, Der flexible Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe – Ein Beitrag zur Überwindung der Suche nach dem „richtigen“ Rentenalter in der Schweiz, Diss. Freiburg i.Ue. 2008, AISUF Bd. 272, S. 767 sowie act. 87, S. 6 (Etavis).

⁹¹ Vgl. dazu CHRIST (zit. in Fn. 59), S. 79.

⁹² Vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC (zit. in Fn. 33), Rz. 368.

71. 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 festlegt⁹³ und begrenzt⁹⁴.

72. Zusammenfassend ist der räumliche Markt demnach vorliegend *regional* auf den Raum Bern, das heisst die Stadt Bern mit Agglomeration, maximal aber kantonal zu begrenzen, was im Übrigen auch der Einschätzung der Parteien entspricht⁹⁵.

B.4.3 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

73. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

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

B.4.3.1 Vorliegen horizontaler Preisabreden sowie Aufteilung nach Geschäftspartnern

74. Obschon in der Elektrobranche vorwiegend zwei Kalkulationsprogramme gebräuchlich sind, welche eine gewisse Angleichung der Offertpreise bewirken können⁹⁶, und obschon mit der oft zwischengeschalteten Stufe des Elektroplaners⁹⁷ (respektive grossen institutionellen Kunden⁹⁸) eine in Sachen Preis informierte „Marktgegenseite“ besteht⁹⁹, stellt der Preis doch meist entscheidendes Kriterium bei einer Submission und damit bedeutendster Wettbewerbsparameter dar¹⁰⁰. Des Weiteren bewirken auch Absprachen eines sich bereits in einer bestimmten Bandbreite bewegenden Preises eine Beschränkung des Wettbewerbs, indem die Preistransparenz erhöht und die Preisbildungsmechanismen desselben zusätzlich eingeschränkt beziehungsweise gänzlich ausgeschaltet werden. Ein Marktangebot ist nicht gleichbleibend, sondern ständiger Veränderung unterworfen, welche durch eine Einschränkung der Marktmechanismen nicht mehr ungestört stattfinden kann. Insofern ist es begriffsimmanent gar nicht möglich, einen Marktpreis mittels Absprache festzulegen und kann eine Preisabsprache nie einen „Marktpreis“ zur Folge haben¹⁰¹. Preisabsprachen in einem Markt mit oh-

⁹³ Vgl. die detaillierte Regelung in Boeb, VoeB sowie kantonales Recht (vgl. Fn. 15). Zudem: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (zit. in Fn. 66), Rz. 180: Die Ausschreibung schliesst all jene Wirtschaftsteilnehmer von der Verfahrensteilnahme aus, welche die gesuchte Leistung überhaupt nicht zu erbringen vermögen, und sie spürt in einem gewissen Ausmass auch schon vor, welche Bieter mehr und welche weniger Chancen auf den Zuschlag haben werden. Gemäss CHRIST (zit. in Fn. 59) hat beispielsweise bereits die Wahl des Publikationsmediums über dessen Streubereich, Sprache etc. eine Auswirkung auf die zu erwartenden Offerten. Darüber hinaus gibt das Vergaberecht unter Umständen eine Mindestzahl an einzuholenden Offerten vor.

⁹⁴ Vgl. auch RPW 2002/1, S. 141, Rz. 26 (Betonsanierung Schweizerische Landesbibliothek/SLB) sowie LEITNER (zit. in Fn. 58), S. 29.

⁹⁵ Gemäss Etavis beschränkt sich das Marktumfeld auf [...] (act. 37, S. 2); vgl. auch act. 18, S. 3 (ewb): von der Abrede umfasstes Gebiet: Stadt Bern und Agglomeration; vgl. auch act. 32, S. 2, 4. (Atel); act. 30, S. 1 f. (ISP: geht vom Mittelland als relevantem Markt aus).

⁹⁶ Vgl. Bekanntmachung zur Verwendung von Kalkulationshilfen, <http://eww.wekointern.evd.admin.ch/>.

⁹⁷ Vgl. Rz. 10.

⁹⁸ Vgl. act. 19, S. 4 (Scherler): „Insbesondere grosse institutionelle Kunden, welche überregional, national oder sogar international arbeiten, haben klare Kenntnis des Marktwertes einer Elektroinstallation. Darüber hinaus hat der Elektroplaner als Fachingenieur im Sinne einer treuhänderischen Vertretung des Bauherren ein fundamentales Interesse, seinen Kostenvoranschlag in Übereinstimmung mit dem Marktpreis zu definieren“.

⁹⁹ Vgl. für dahingehende Aussagen auch act. 77, S. 18 (Atel) und act. 91, S. 13 (Gasser + Bertschy).

¹⁰⁰ Vgl. neben anderen allgemein zur Bedeutung des Preises im Vergaberecht Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (zit. in Fn. 66), S. 61 f.

¹⁰¹ Vgl. Aussagen der Parteien, dass der von ihnen festgelegte Preis trotz Absprache in der Regel ein Marktpreis gewesen sei [bspw. act. 77, S. 18 (Atel); act. 91, S. 13 (Gasser + Bertschy); act. 19, S. 4 f. (Scherler); act. 37, S. 2 (Etavis): „Die Stützoofferten lagen nie über dem Marktpreis“, „es handelte sich dabei um marktübliche Preise“].

nehin hoher Preistransparenz wirken sich vielmehr – gerade weil sie den verbleibenden Wettbewerb und damit die Preisbeschränkungsmechanismen desselben zusätzlich einschränken, wenn nicht gar gänzlich beseitigen – besonders gravierend aus und wiegen somit schwer¹⁰².

75. *Vermutungstatbestand*: Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen und -komponenten und erfasst ferner direkte ebenso wie indirekte Preisfixierungen. Auf welche Weise die Preisfestsetzung erfolgt, ist somit für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand nicht entscheidend¹⁰³.

76. Wie ausgeführt¹⁰⁴, haben die Parteien über Jahre und mit zunehmender Häufigkeit ihre Offerten – insbesondere die jeweiligen Eingabepreise (direkte Preisfestsetzung) sowie Preisrespektive Kalkulationselemente (indirekte Preisfestsetzung) – bezüglich ausgesuchter Elektroinstallationsaufträge abgestimmt, um die Auftragsvergabe zu steuern, und somit Kunden zugeteilt.

77. Anlässlich der E7-Treffen wurde der gewünschte jeweilige Auftragnehmer aus dem Kreis der E7 bestimmt (Kundenzuteilung). In Absprache mit diesem wurde sodann im Anschluss das konkrete Vorgehen, insbesondere der von den nicht für den Auftragserhalt vorgesehenen Unternehmen zu offerierende Preis, festgelegt. Das für den Erhalt des Auftrags ausgewählte Unternehmen berechnete ganze Offerten zuhanden der anderen Unternehmen, übermittelte ihnen (elektronisch oder telefonisch) die notwendigen Berechnungsparameter oder gab ihnen den eigenen Offertpreis mit der Bitte bekannt, diesen nicht zu unterschreiten. Auch im Hinblick auf allfällige Abgebots-¹⁰⁵ beziehungsweise Rabattverhandlungen¹⁰⁶ wurde ein entsprechendes Verhalten an den Tag gelegt.

78. Anfänglich erstellte Protokolle hielten entsprechend das Folgende fest (sic!): „wir alle melden unsere Projekte, Preise: immer exkl. MwSt.; jeder ist vorbereitet und nimmt seine Offert.- und Bewerbungsliste mit; bei Planungsanfragen sollte einer aus dieser Runde zum Einsatz kommen (Problem: Ausführung & Planung)“¹⁰⁷. Des Weiteren wurde beschlossen, dass in der Offertphase „der Projektleader die Beteiligten einen Tag vor dem Eingabetermin informiert (Preisangabe)“, in der Abgebotsphase sich hingegen „die Beteiligten beim Projektleader melden (Rückinfo)“¹⁰⁸.

79. Zur allgemeinen Illustration des Vorgehens sowie einzelner Facetten desselben wird für jede Unternehmung im Folgenden auf ein Projekt verwiesen. So kann für Atel das Projekt [...] herangezogen werden, eine Vergabe der öffentlichen Hand ohne Verhandlungsrunden¹⁰⁹. Atel wusste von [X], [Y] und [Z], dass diese Unternehmen ebenfalls eine Offerte für das Projekt [...] ausarbeiten würden. Atel bat die besagten Unternehmen, ihren Preis bei diesem Auftrag nicht zu unterbieten, wozu sich diese bereit erklärten. In der Folge liess Atel den Unternehmen per E-Mail ihre Eingabepreise¹¹⁰ inklusive Sonderpositionen¹¹¹ zukommen. Atel erhielt sodann als preisgünstigster Anbieter den Auftrag für CHF [...] inkl. MwSt.

¹⁰² Vgl. auch Sanktionsbemessung, Rz. 122.

¹⁰³ Vgl. RPW 2004/3, S. 740 (Markt für Schlachtschweine – Teil B).

¹⁰⁴ Vgl. Rz. 13, B.4.1.1.

¹⁰⁵ Vgl. Rz. 11, insbesondere Fn. 16.

¹⁰⁶ In seltenen Fällen erfolgte eine erste Koordinierung auch erst während der Abgebotsverhandlungen.

¹⁰⁷ Vgl. act. 3d, Reg. 2, Dok. 1 (Etavis): „1. Beschlussprotokoll, E-Treff vom 13. Januar 2006“, Punkt 3.

¹⁰⁸ Vgl. act. 3d, Reg. 2, Dok. 2 (Etavis): „Beschlussprotokoll 2, E-Treff, vom 13. März 2006“, Punkt 1.

¹⁰⁹ Vgl. zu diesem Projekt im Allgemeinen: act. 60a, Reg. 4, S. 6, Projekt 68 (Atel) und act. [...].

¹¹⁰ Act. 60c, Reg. 68, Beweis 18 (Atel): CHF [...] inkl. MwSt. für [Z] (verglichen mit Eingabepreis Atel: +2%); CHF [...] inkl. MwSt. für [Y] (+3%) und CHF [...] inkl. MwSt. für [X] (+8%).

¹¹¹ Sonderpositionen sind situativ zu definierende, in den Kalkulationshilfen nicht mit Richtwerten hinterlegte Arbeitsschritte und damit besonders arbeitsintensiv. Ein Transfer der entsprechenden Angaben spart der unterstützenden Unternehmung damit Zeit und Geld und stellt darüber hinaus sicher, dass die Offerten richtig kalkuliert, preislich aber genügend diversifiziert sind.

80. Exemplarisch für die Abredetätigkeit von ISP dient das Projekt [...] ¹¹². Anlässlich der E7-Sitzung vom [...] ¹¹³ bat ISP die schlussendlich ebenfalls offerierenden Parteien ([W], [X], [Y]), die ARGE (bestehend aus ISP/[Z] sowie einer Drittunternehmung) ¹¹⁴ bei diesem Projekt zu stützen. Mit E-Mail vom [...] teilte ISP [W] ¹¹⁵, [X] ¹¹⁶ und [Y] ¹¹⁷ die von ihnen jeweils zu offerierenden Eingabepreise ¹¹⁸ mit. In der ersten Abgebotsrunde kommunizierte ISP den drei stützenden Unternehmen die jeweiligen ungefähren Abgebotspreise per Telefon ¹¹⁹. In die weiteren Verhandlungen wurden in der Folge nur noch die ARGE ISP/[Z]/Drittunternehmen sowie eine weitere Unternehmung ¹²⁰ einbezogen. Die ARGE senkte im Laufe der Verhandlungen ihren Preis auf CHF [...] inkl. MwSt. ¹²¹ und erhielt den Auftrag schliesslich für CHF [...] inkl. MwSt. ¹²². Obschon die ARGE *in casu* offen gegenüber dem Auftraggeber auftrat, liegt ein kartellrechtswidriges Verhalten vor, als die ARGE-Teilnehmer andere Unternehmen um Stützofferten ¹²³ baten und diese in der Folge auch erhielten.

81. Burkhalter wünschte unter anderem das Projekt Umbau [...], auszuführen, welches sodann zufolge Unterstützung auch an besagtes Unternehmen ging. Dazu fragte Burkhalter [...] anlässlich einer E7-Sitzung die anderen E7-Unternehmen, wer bereit sei, sie bei diesem Projekt zu unterstützen. Den sich hierzu bereit erklärenden Unternehmen [W], [V], [Y] und [Z] kommunizierte Burkhalter im Anschluss ihre Eingabepreise ¹²⁴, woraufhin diese fünf E7-Unternehmen (davon vier ohne eigenes Interesse am Erhalt des Auftrags) an der Submission teilnahmen ¹²⁵. Die Abrede hatte Erfolg und führte zum Vertragsabschluss mit Burkhalter, welche in der Folge Arbeiten in der Grössenordnung von CHF [...] bei diesem Projekt ausführte ¹²⁶.

82. Weiter ist für das Vorgehen der E7, exemplarisch für Etavis, das Projekt [...], zu schildern ¹²⁷: Dieses Projekt der öffentlichen Hand wurde in einer Submission ohne Abgebotsrunden vergeben. Etavis thematisierte den Auftrag an einer E7-Sitzung im [...] und bat die zwei einzigen Mitbewerber ¹²⁸, [X] und [U] ¹²⁹, sie zu unterstützen. [X] wurde der etwaige Eingabepreis per E-Mail ¹³⁰ und [U] telefonisch ¹³¹ kommuniziert. Da keine Verhandlungsrunden ab-

¹¹² Vgl. zu diesem Projekt im Allgemeinen: act. 59a, Reg. 1, Projekt 3 (ISP); act. [...]; act. [...]; act. [...] und act. [...].

¹¹³ Vgl. Handnotizen: Act. [...] und act. 3b, Reg. 5, Dok. 12 (ISP).

¹¹⁴ [Z], ISP und [X] haben im [...] bereits als ARGE das Projekt [...] ausgeführt. ISP fragte sodann [Z] und [X] beim Projekt [...] um eine gemeinsame Ausführung des Auftrags als ARGE an. [X] hatte zufolge Kapazitätsengpässen jedoch kein Interesse. Die Drittunternehmung hatte ihrerseits bereits für [...] installiert und führte sodann, aufgrund der guten Beziehungen zum Bauherren, die Abgabeverhandlungen für die ARGE [act. (...)].

¹¹⁵ E-Mail von ISP an [...]: Act.[...]; Antwort-E-Mail vom [...] an ISP: Act. 3b, Reg. 5, Dok. 3 (ISP).

¹¹⁶ E-Mail von ISP an [...]: Act. [...].

¹¹⁷ E-Mail von ISP an [...]: Act. [...].

¹¹⁸ Vgl. act. 59a, Reg. 3 (ISP): Notizen und E-Mails zu gewünschtem Eingabepreis von [Y] (ca. CHF [...] inkl. MwSt.), [X] (ca. CHF [...] inkl. MwSt.) und [W] (ca. CHF [...] inkl. MwSt.). [X] reichte sodann eine Offerte über CHF [...] inkl. MwSt. [act. (...)] und [Y] über CHF [...] inkl. MwSt. ein [act. (...)].

¹¹⁹ Vgl. act. 3b, Reg. 5 (ISP), Dok. 10: Für [W] [...] inkl. MwSt.; Dok. 9: Für [X] CHF [...] inkl. MwSt. sowie Dok. 11: Für [Y] max. CHF [...] inkl. MwSt.

¹²⁰ Act. [...].

¹²¹ Act. 3b, Reg. 5, Dok. 2 (ISP).

¹²² Act. 3b, Reg. 5, Dok. 1 (ISP).

¹²³ Vgl. zu diesem Begriff Rz. 16.

¹²⁴ Nur [W] und [V] erwähnen, Burkhalter bei diesem Projekt gestützt zu haben. Keine Erwähnung dieses Projektes bei [Z] und [Y].

¹²⁵ Act. 66a, Reg. 2, Dok. 1; act. 3c, Reg. 5, Dok. 1 (Burkhalter).

¹²⁶ Act. 66a, Reg. 2, Dok. 1 (Burkhalter).

¹²⁷ Vgl. zu diesem Projekt im Allgemeinen: act. 72a, Reg. 2 und 3, Projekt 1.04 (Etavis) und act. [...].

¹²⁸ Etavis gibt bei der Einvernahme vom 22. Februar 2008 zu Protokoll, dass sie bei diesem Projekt von den einzigen beiden Mitbewerbern unterstützt wurden (act. 87, S. 9).

¹²⁹ Etavis gibt an, dass [U] gestützt habe (act. 72a, Reg. 3, Projekt 1.04).

¹³⁰ E-Mail vom [...], in welchem Etavis [X] um einen Eingabepreis von ca. CHF [...] exkl. MwSt. bittet (act. [...]). [X] reicht daraufhin ein Angebot über CHF [...] ein (act. [...]).

¹³¹ Act. 72a, Reg. 3, Projekt 1.04 (Etavis).

gehalten wurden, erhielt Etavis als Offerent des günstigsten Angebots plangemäss den Zuschlag mit einem Eingabepreis von CHF [...] inkl. MwSt.¹³².

83. ewb: Das *Projekt* [...], bei einigen Unternehmen auch als Projekt [...] bekannt, stand unter der Bauherrschaft der [...]. Mitte [...] wurden verschiedene Elektroinstallationsunternehmen im Rahmen eines Einladungsverfahrens zu einer Baustellenbegehung eingeladen. Im Rahmen dieser Begehung bekundete der Vertreter von ewb den ihm bekannten Mitbewerbern ([W]¹³³, [X], [Z] und eine Drittunternehmung) sein Interesse an der Ausführung dieses Auftrags und bat sie, das noch durch ewb auszuarbeitende Angebot nicht zu unterbieten. Nach der Angebotskalkulation übermittelte ewb den vier Mitbewerbern telefonisch seinen Eingabepreis, welchen die Mitbewerber nicht unterschreiten sollten¹³⁴. Nach Eingabe der Angebote im [...] wurde unter anderem ewb zu einer Abgebotsrunde eingeladen. Am [...] erhielt ewb vom Bauherren eine schriftliche Zusage für die Auftragsausführung für CHF [...] inkl. MwSt.¹³⁵.

84. Projekt [...]/Gasser + Bertschy¹³⁶: Nach Erhalt der Offertunterlagen des Architekten kontaktierte Gasser + Bertschy [W]¹³⁷, [X] und [Z] telefonisch und bat diese um Stützofferten bei besagtem Projekt. Nachdem obgenannte Unternehmen ihre Unterstützung zugesichert hatten, erhielten sie von Gasser + Bertschy Ende Dezember per E-Mail¹³⁸ sowohl die Berechnungsgrundlagen als auch detaillierte Angaben über den zu verwendenden Steigerfaktor, den Rabatt, das Skonto sowie den Endbetrag inkl. MwSt. je stützender Unternehmung¹³⁹. Gasser + Bertschy reichte die eigene Offerte zu CHF [...] ein und wurde am [...] vom Bauherren zu einem Vergabegespräch eingeladen. Der Auftrag ging sodann für pauschal CHF [...] an Gasser + Bertschy.

85. Projekt [...]/Gfeller¹⁴⁰: Anlässlich der E7-Sitzung vom [...] teilte Gfeller mit, dass Interesse an der Ausführung des Projektes bestehe, da sie auch die Submission dafür erstellt. Im Folgenden wurden [W], [X], [V]¹⁴², [U]¹⁴³ und [Z] gebeten, den Eingabepreis von Gfeller nicht zu unterbieten. Entsprechend einer allgemeinen bei Gfeller beobachtbaren Präferenz¹⁴⁴ wurden die Preise den Mitkonkurrenten telefonisch kommuniziert¹⁴⁵. Da sämtliche Offerten über dem Kostenvoranschlag des Architekten lagen, nahm dieser geringe Anpassungen an den Submissionsunterlagen vor und stellte sie den bereits am Submissionsverfahren Beteiligten erneut zu. Abermals gelangte Gfeller an die Mitofferenten von E7, transferierte ihnen die veränderten Positionen von Gfeller mit den entsprechenden Preisen und bat sie, darüber hinaus die Konditionen ihrer Eingaben unverändert beizubehalten¹⁴⁶. Die Absprache hatte Erfolg und führte zur Vergabe des Auftrags für pauschal CHF [...] inkl. MwSt. an Gfeller¹⁴⁷.

¹³² Act. 3d, Reg. 2, Dok. 19 (Etavis).

¹³³ Vgl. zu diesem Projekt im Allgemeinen: act. [...].

¹³⁴ Act. 61a, Reg. 8, S. 3 f. (ewb): Beschrieb Projektablauf.

¹³⁵ Act. 61a, Reg. 8, Dok. 8 (ewb), Werkvertrag.

¹³⁶ Act. 88, Projekttabelle, S. 1 (Gasser + Bertschy): Beschrieb Projektablauf [...].

¹³⁷ Vgl. zu diesem Projekt im Allgemeinen: Act. [...]; act. [...] und act. [...].

¹³⁸ Act. [...]; act. [...].

¹³⁹ Vorgaben für [W]: Faktor [...], Rabatt [...], Skonto [...], Endbetrag inkl. MwSt. ca. CHF [...] [act. (...)]; für [Z]: Faktor [...], Rabatt [...], Skonto [...], Endbetrag inkl. MwSt. ca. CHF [...] [act. (...)]; für [X]: Endbetrag inkl. MwSt. CHF [...] [act. (...)].

¹⁴⁰ Vgl. zu diesem Projekt im Allgemeinen: Act. [...]; act. [...] und act. [...].

¹⁴¹ Siehe Notizen zu dieser Sitzung von [Z] (act. [...]) und [W] (act. [...]), welche zudem auf der internen Projektliste einen Vermerk „Stützangebot Gfeller [...] inkl.“ bei diesem Projekt angebracht haben.

¹⁴² Act. [...], Beilage: E-Mail vom [...] von Gfeller an [V].

¹⁴³ Act. [...]: E-Mail vom [...] von Gfeller an [U] mit dem genauen Eingabepreis.

¹⁴⁴ Vgl. auch act. 95, S. 6 (Gfeller).

¹⁴⁵ Siehe Handnotizen act. [...] und Beschrieb act. 76a, Reg. 9 (Gfeller). Darüber hinaus reichte [W] noch eine E-Mail von Gfeller ein, mit der Anweisung, ca. CHF [...] inkl. MwSt. zu offerieren (act. [...]) und auch bei [V] findet sich unter den Beweisen eine E-Mail mit der Bitte um Unterstützung und einen Eingabepreis von ca. CHF [...] inkl. MwSt. (act. [...], Beilage E-Mail vom [...]).

¹⁴⁶ Siehe detaillierter act. [...].

¹⁴⁷ Vgl. für Gfeller act. 76a, Reg. 9. [X] vermerkt einen Eingabepreis von CHF [...] inkl. MwSt. (act. [...]); [Z] einen Preis von CHF [...] (act. [...]) und [W] einen Preis von CHF [...] (act. [...]). [V] gab dem Wunsch von

86. Projekt [...] / Scherler¹⁴⁸: Anlässlich einer E7-Sitzung im [...] ¹⁴⁹ bekundete Scherler sein Interesse am in Planung stehenden Projekt [...]. Als im darauffolgenden Juni die Offertunterlagen für das Projekt [...] vom öffentlichen Bauherren versandt wurden, bat Scherler die beiden schlussendlich mitofferierenden E7-Unternehmen [V] und [Y]¹⁵⁰, sie mit Scheinofferten zu unterstützen. Scherler transferierte daraufhin [Y] die berechnete, von [Y] einzureichende Offerte per E-Mail¹⁵¹ und kommunizierte zudem den eigenen Eingabepreis¹⁵². Scherler liess [V] die komplett kalkulierte Offerte auf postalischem Weg zukommen¹⁵³, so dass letztere nur noch den Vorspann auszufüllen hatte. Der Auftrag in der Grössenordnung von CHF [...] ging schliesslich an Scherler.

87. *Fazit*. Es ist somit anhand der Akten nachgewiesen und evident, dass es während Jahren zu Preis- und Kundenabsprachen der E7 kam. Die an den Abreden beteiligten Unternehmen stehen zudem der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb¹⁵⁴. Demnach greift die Vermutung in Art. 5 Abs. 3 lit. a und c KG, wonach der wirksame Wettbewerb projektbezogen jeweils beseitigt war. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die Vermutung allenfalls widerlegt werden kann.

B.4.3.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

88. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer – aktueller und potentieller – Aussen-¹⁵⁵ oder Innenwettbewerb¹⁵⁶ besteht.

B.4.3.2.1 Aussenwettbewerb

89. Für die Prüfung der Intensität allfällig bestehenden Aussenwettbewerbs kann vorab auf die Marktabgrenzung unter B.4.2 verwiesen werden. Es gilt im Folgenden zu prüfen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potentiellen Wettbewerb diszipliniert wurden, d.h. ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen und damit volkswirtschaftliche Schäden zu verursachen.

90. *Aktueller Wettbewerb*: Wie erwähnt¹⁵⁷, begrenzt der potentielle Auftraggeber grundsätzlich bei privat beziehungsweise öffentlich zu vergebenden Aufträgen (mit Ausnahme der im offenen Verfahren zu vergebenden Aufträge) mit Zustellung der Offertanfrage den Markt unter anderem in persönlicher Hinsicht. Ist der Kreis der als Offerenten in Frage kommenden Unternehmen einmal bestimmt, wird dieser in aller Regel nicht mehr verändert und es liegt ein in sich geschlossener Markt vor, in welchem kein Aussenwettbewerb, weder aktueller noch potentieller Natur, mehr spielt¹⁵⁸. Ein unbeteiligter Marktteilnehmer kann den Gang des Verfahrens grundsätzlich nicht mehr beeinflussen. Dieser wird ausschliesslich, im Rahmen des rechtlich Vorgegebenen, vom Ausschreiber bestimmt. Demnach kann Wettbewerb gene-

Gfeller entsprechend nicht unter CHF [...] inkl. MwSt. ein [act. (...), Beilage: E-Mail vom (...) von Gfeller an (...) (Preis der Ersteingabe)] und [U] wurde per E-Mail angewiesen, nicht unter CHF [...] inkl. MwSt. zu offerieren [act. (...)/Preis der Ersteingabe (...)].

¹⁴⁸ Vgl. zu diesem Projekt im Allgemeinen: Act. 69a, Reg. 8, Projekt 25 (Scherler) und act. [...].

¹⁴⁹ Vgl. Handnotizen [...] (act. [...]) und Scherler (act. 3f, Reg. 23, Dok. 13).

¹⁵⁰ Siehe E-Mail von Scherler an [Y] zwecks Stützofferte: Act. 69a, Reg. 80 (Scherler).

¹⁵¹ Act. 69a, Reg. 80 (Scherler): E-Mail vom [...].

¹⁵² CHF [...] inkl. MwSt. (vgl. für Fundstelle: Fn. 151).

¹⁵³ Vgl. act. [...]: Brief von [Y] an [V] betreffend [...] mit kalkulierter Offerte in der Beilage.

¹⁵⁴ Vgl. Rz. B.4.1.1.

¹⁵⁵ Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen.

¹⁵⁶ Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen.

¹⁵⁷ Vgl. Rz. 71.

¹⁵⁸ Vgl. auch oben Rz. 71.

rell – wenn überhaupt – nur im Hinblick auf zukünftige Aufträge – welche aber eigene Märkte begründen – und jeweils gerade bis zur Zustellung der Offertanfrage bestehen¹⁵⁹.

91. Die E7 sind die seit Jahren grössten und, gemäss eigenen Aussagen, grundsätzlich einzigen Unternehmen im Raum Bern, welche für die Ausführung von Aufträgen ab einem gewissen Installationsvolumen in Frage kommen¹⁶⁰. Einem Aktivwerden externer Konkurrenz steht zudem der in der Elektroinstallationsbranche (wie der Baubranche allgemein) bestehende Distanzschutz entgegen¹⁶¹. Entsprechend kam es häufig vor, dass vorwiegend – wenn nicht gar ausschliesslich – E7-Unternehmen an den betroffenen Submission teilnahmen und vom Bauherren um eine Offerte angefragt wurden. Selbst wenn hingegen einzelne weitere Unternehmen an einer Submission beteiligt waren¹⁶², verblieb in der Regel, infolge Absprache der E7, das von ihnen ausgewählte Unternehmen im Rennen um die Vergabe und setzte sich schlussendlich durch. Der allfällig verbleibende Wettbewerbsdruck durch an der Submission beteiligte Dritte war offensichtlich zu gering, als dass er das Funktionieren und Gelingen der Abreden hätte verhindern können. Daneben gilt es Folgendes zu berücksichtigen: Hatte es das vorbestimmte E7-Unternehmen infolge höherer Offertpreise der es stützenden Unternehmen als preisgünstigster Anbieter in die Verhandlungsrunden geschafft, so fanden diese ausgehend vom offerierten abgesprochenen Preis statt. Auch beim schlussendlich zum Auftragserhalt führenden Angebot des E7-Unternehmens konnte es sich folglich – da vom ursprünglich abgesprochenen Preis abgeleitet – nicht mehr um einen Marktpreis handeln¹⁶³.

92. Auch von der Möglichkeit mehrerer kleinerer Unternehmen, sich in Bezug auf die Ausführung eines (offen ausgeschriebenen) Projektes in einer ARGE zusammenzuschliessen, ging und geht nur ungenügender Wettbewerbsdruck aus. Es ist ein insofern wenig realistisches Szenario – welches zudem nur selten erfolgreich zum Vertragsabschluss mit der ARGE führen dürfte – als diese, um einen konkurrenzfähigen Preis anbieten zu können, zunächst die Grössen- und Erfahrungsvorteile der E7 bezüglich grösserer Projekte wettzumachen hätte. Kommt hinzu, dass kleineren Unternehmen ein derartiges Vorgehen wohl bloss in Einzelfällen beliebt dürfte, wären doch bei einem allfälligen Zuschlag meist ein Grossteil ihrer Ressourcen über einen längeren Zeitraum gebunden, mit der Folge mangelnder Flexibilität und Anpassungsfähigkeit bei sich ändernden Marktverhältnissen, was ein Geschäftsrisiko darstellt¹⁶⁴.

93. *Zusammenfassend* kann festgehalten werden, dass die eine Offertanfrage erhaltenden Unternehmen in ihrer Preisgestaltung zwar insofern nicht völlig frei sind, als sie ein Interesse an weiteren Offertanfragen seitens des potentiellen Auftraggebers aber auch Dritten haben, dies jedoch nichts daran ändert, dass, bezogen auf den relevanten Markt in Form eines konkreten Projektes, weder genügend aktueller noch potentieller Wettbewerb herrscht. Der im Bezug auf im offenen Verfahren ausgeschriebene respektive zukünftige Projekte allenfalls bestehende Wettbewerb übt kaum disziplinierende Wirkung aus. Die Vermutung in Art. 5 Abs. 3 KG wird demnach auf diesem Weg nicht beseitigt.

B.4.3.2.2 Innen- und Restwettbewerb

94. Zu prüfen bleibt, ob die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs und damit der Unzulässigkeit der Abrede mittels verbleibendem Innenwettbewerb widerlegt werden kann. Die Untersuchung hat gezeigt, dass in der weit überwiegenden Zahl der Fälle sich die Par-

¹⁵⁹ Vgl. Rz. 90, wonach in geschlossenen Märkten weder aktueller noch potentieller Wettbewerb spielt.

¹⁶⁰ Vgl. act. 94, S. 10 (Burkhalter), act. 95, S. 11 (Gfeller) und act. 87, S. 4 (Etavis).

¹⁶¹ Vgl. CHRIST (zit. in Fn. 61), S. 79; ferner KELLER (zit. in Fn. 90); ähnlich auch ISP anlässlich der Einvernahme: Act. 78, S. 6 (ISP) sowie Rz. 70.

¹⁶² Die Unternehmen waren meist über diesen Umstand durch die Meldestelle des Verbandes orientiert (vgl. Rz. 9).

¹⁶³ Vgl. die diesbezüglichen Ausführungen in Rz. 74.

¹⁶⁴ Vgl. für in diese Richtung gehende Aussage act. 78, S. 6 (ISP).

teien an die Preisabreden hielten und absprachegemäss die schlussendlich den Auftrag erhaltende Unternehmung stützten¹⁶⁵. Damit bestand unter den E7 auf den relevanten Märkten, d.h. hinsichtlich der abgesprochenen Projekte, auch kein wirksamer Innenwettbewerb.

95. Eine Beseitigung des Preiswettbewerbs wiegt zufolge Bedeutung dieses Wettbewerbsparameters zudem schwer¹⁶⁶ und die daran anknüpfende Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung ist nicht durch Wettbewerb bezüglich jedweder Parameter aufzuwiegen¹⁶⁷. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang festgehalten, 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-/Teil-) Wettbewerb fortbesteht¹⁶⁸.

96. In der Elektroinstallationsbranche sind keine solchen anderen, entscheidenden Wettbewerbsparameter auszumachen. Sicherlich ist der Ruf eines seriösen Unternehmens, das eine auftragsgemässe Ausführung der nachgefragten Elektroinstallation gewährleistet, von Bedeutung. Hierin ist aus Sicht der WEKO aber eine Grundvoraussetzung für das dauerhafte Verbleiben im Markt und weniger ein im Bezug auf den einzelnen Auftrag spielender Wettbewerbsparameter zu sehen. Dieses Kriterium eignet sich denn auch nicht für Differenzierungen zwischen den Parteien, welche allesamt, zufolge fester Verankerung im Berner Markt, scheinbar aus Sicht der Nachfrager diese Anforderung erfüllen. Auch ist eine gewisse Konkurrenzierung bei der Kundenbetreuung denkbar, was aber im Ergebnis nichts daran ändert, dass zumeist der Preis das entscheidende Kriterium bei der Auftragsvergabe ist¹⁶⁹. Erklärtes Ziel der Parteien war es denn auch, mittels Preisabsprachen die Vergabe der Projekte zu steuern. Wäre für die Auftragsvergabe Wettbewerb bezüglich anderer Parameter (ebenso) zentral gewesen, so hätten sie folglich zum Erreichen ihres Zieles auch diesbezügliche Konkurrenzierungen unterlassen und Absprachen treffen müssen. Dies machten die Parteien aber weder geltend – sie betonten vielmehr die Bedeutung des Faktors Preis für den Erhalt eines Auftrags¹⁷⁰ – noch finden sich entsprechende Anhaltspunkte in den Akten. Folglich kann aus der Tatsache, dass die Preisabreden meist erfolgreich zum Auftragserhalt durch die vorbestimmte Partei führten, gefolgert werden, dass in dieser Branche andere Wettbewerbsparameter, welche mangelnden Preiswettbewerb aufzuwiegen vermögen, nicht spielen.

97. *Fazit:* Demnach steht zusammenfassend fest, dass projektbezogen zahlreiche Preisabsprachen getroffen wurden und die jeweils daran anknüpfende Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG nicht umgestossen werden kann. Lässt sich die Vermutung nicht widerlegen, so erübrigt sich eine Prüfung der Erheblichkeit und können die Abreden auch nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein (vgl. Art. 5 Abs. 1 KG). Wie die WEKO im Fall Strassenbeläge Tessin¹⁷¹ klar zum Ausdruck gebracht hat, zeitigen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG „stets volkswirtschaftliche und sozial schädliche Auswirkungen und sind per se erheblich“, weshalb auch die direkte Sanktionierbarkeit unter anderem an diesen Tatbestand anknüpft. Wie sich die Lage im Falle des Vorliegens eines Rotationskartells gestalten würde, kann vorliegend offen bleiben¹⁷². Anzumerken bleibt, dass die Wettbewerbsbehörden davon ausgehen, bei weiterer Abklärung des Sachverhaltes und sorgfältiger Abgrenzung eines Gesamtmarktes – wenn auch vielleicht nicht die Beseitigung – so aber doch eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf diesem hätten nachweisen zu können.

¹⁶⁵ Vgl. auch Rz. 60, 79 ff. und Rz. 91.

¹⁶⁶ Vgl. dazu obige Ausführungen in Rz. 74.

¹⁶⁷ Vgl. RPW 2001/4, S. 669 (Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung).

¹⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts vom 14. August 2002 (BGE 129 II 18), E. 8.1; RPW 2002/4 S. 747 (Buchpreisbindung).

¹⁶⁹ Vgl. auch entsprechende Aussagen der Parteien: act. 91, S. 5 (Gasser + Bertschy); act. 37, S. 3 (Etavis).

¹⁷⁰ Vgl. Fn. 169.

¹⁷¹ Vgl. auch RPW 2008/1, S. 109, Rz. 178 (Strassenbeläge Tessin).

¹⁷² Vgl. die diesbezüglichen Ausführungen Rz. 58 ff. sowie Rz. 66.

B.4.3.3 Ergebnis

98. Die Wettbewerbsabreden, welche die Parteien in wechselnden Konstellationen untereinander betreffend Preise und Preis-/Kalkulationselemente trafen, beseitigten den wirksamen Wettbewerb auf den jeweils aus Einzelprojekten bestehenden Märkten. Die Preisabreden sind gestützt auf Art. 5 Abs. 1 und 3 lit. a und c KG unzulässig und gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar.

B.5 Sanktionierung

B.5.1 Allgemeines

99. Aufgrund ihrer *ratio legis* sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003¹⁷³ eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern¹⁷⁴. Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden¹⁷⁵.

B.5.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

100. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben.

B.5.2.1 Unternehmen

101. 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 abgestellt¹⁷⁶. Die Parteien vorliegender Untersuchung sind offensichtlich als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren¹⁷⁷.

B.5.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

102. Die Regelung sieht in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle im Sinne horizontaler oder vertikaler Absprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor. 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 belastet¹⁷⁸.

103. Eine Sanktionierung der ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: 1) Die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG und 2) die Unzulässigkeit dieser Abrede¹⁷⁹.

¹⁷³ Vgl. Rz. 39.

¹⁷⁴ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft 2001), BBl 2002, S. 2022 ff., insb. S. 2023, 2033 ff., 2041; PATRICK DUCREY, Vorbem. zu Art. 50–57, N. 1, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Freiburg 2002, S. 92.

¹⁷⁵ Botschaft 2001 (zit. in Fn. 174), S. 2034.

¹⁷⁶ Statt aller: JÜRIG BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 49a N. 6, und DUCREY (zit. in Fn. 174), Art. 50, N. 8.

¹⁷⁷ Vgl. Rz. 38.

¹⁷⁸ Vgl. auch PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz – Handkommentar, Art. 49a, N. 1.

¹⁷⁹ 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, S. 34.

104. Wie vorstehend eingehend und unter Rz. 98 zusammenfassend dargelegt, haben die Parteien während zweier Jahre die Preise zahlreicher Projekte abgesprochen, mit der Folge, dass der projektbezogene Wettbewerb jeweils beseitigt war. Dieses Verhalten ist im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG unzulässig, weshalb der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG mit jedem Projekt erfüllt wurde und somit ein wiederholter Verstoss gegen das Kartellgesetz vorliegt.

B.5.3 Vorwerfbarkeit

105. Für die Verhängung einer Verwaltungssanktion ist typischerweise kein Verschulden und damit Nachweis eines im strafrechtlichen Sinne vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen vonnöten¹⁸⁰. Getreu dem Wortlaut wird Vorwerfbarkeit auch für eine Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG nicht verlangt. Da die WEKO ein entsprechendes Erfordernis in diversen Entscheiden dennoch bisher geprüft hat¹⁸¹, folgen der Vollständigkeit halber Ausführungen zu diesem Aspekt. Dies obschon Vorwerfbarkeit *in casu*, wie den folgenden Ausführungen zu entnehmen ist, ohnehin zu bejahen ist.

106. Wird Vorwerfbarkeit vorausgesetzt¹⁸², so liegt diese schon dann vor, wenn dem zu sanktionierenden Unternehmen der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 – *in casu* i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG – als objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne eines Organisationsverschuldens angelastet werden kann¹⁸³. Ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit kann die bei der juristischen Person nicht nachweisbaren subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen ersetzen und zu einer Sanktionierung des Unternehmens selbst führen¹⁸⁴. Das Kartellgesetz darf dabei für Unternehmen (als dessen Adressaten) allgemein als „bekannt“ vorausgesetzt werden¹⁸⁵. Sie müssen grundsätzlich alles Mögliche und Notwendige vorkehren, um sicherzustellen, dass es in ihrer Unternehmung und durch diese nicht zu Wettbewerbsverstössen kommt.

107. Den an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten Unternehmen kann *in casu* mehr als ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit angelastet werden. Die Parteien haben während mindestens zwei Jahren regelmässig Preisabsprachen, welche zu den schwerwiegendsten Formen zu zählen sind, getroffen. Dass Vorwerfbarkeit bei einem solchen, sogenannten harten Kartell gegeben ist, liegt auf der Hand.

108. Der ein Organisationsverschulden begründende Organisationsmangel ist darin zu sehen, dass offensichtlich geeignete Massnahmen, derartige Kartellrechtsverstösse zu verhindern, nicht getroffen wurden. Leitende Angestellte/Organe waren über Jahre in die Vorkommnisse involviert. Die Kontrolle im Unternehmen war entsprechend – sofern überhaupt beabsichtigt – nicht ausreichend, geeignete Massnahmen wurden keine ergriffen und die Unternehmenskultur war nicht vom Wettbewerbsgedanken geprägt. Aufgrund dieses die Unter-

¹⁸⁰ Vgl. etwa bereits die Entscheide der Weko „BNP/Paribas“, RPW 2001/1, S. 144 ff., S. 152 Rz. 35; „X/C-AG und D-AG“, RPW 2000/2, S. 257 ff., 262 f. Rz. 30, und „Curti & Co. AG“, RPW 1998/4, S. 613 ff., S. 617 f. Rz. 21 ff.; zustimmend ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: *Wirtschaft und Strafrecht*, FS für N. Schmid, Zürich 2001, S. 585 ff., S. 589, sowie PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR)*, Band V/2 (Kartellrecht), von Büren/David (Hrsg.), Basel/ Genf/München 2000, S. 520.

¹⁸¹ Vgl. RPW 2006/4, S. 660 f. (Unique); RPW 2007/2, S. 232 f. (Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern/“Publigroupe“).

¹⁸² Vgl. beispielsweise ZURKINDEN/TRÜEB (zit. in Fn. 178), Art. 49a, N. 3.

¹⁸³ PETER REINERT, Art. 49a, N. 5, in: *Handkommentar zum Kartellgesetz – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Baker & McKenzie (Hrsg.), Bern 2007; RPW 2007/2, S. 234 m.w.H. in Fn. 63 (Publigroupe).

¹⁸⁴ In diesem Sinne BORER (zit. in Fn. 176), Art. 50, N. 7 i.V.m. Art. 49a, N. 10 ff. m.w.H.

¹⁸⁵ Vgl. CHRISTOPH TAGMANN, *Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz*, Diss. Zürich 2008, S. 285 als auch Art. 8 Abs. 1 Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz [PublG]; SR 170.512).

nehmen treffenden Organisationsverschuldens, ist ihnen der Kartellrechtsverstoss direkt zuzuschreiben und anzulasten.

109. *Fazit*: Gemäss dem Gesagten ist auch das allfällige Erfordernis (subjektiver) Vorwerfbarkeit zufolge eines den Parteien direkt zurechenbaren Organisationsverschuldens gegeben¹⁸⁶. Zusammenfassend ist demnach erneut festzuhalten, dass die Parteien den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben und zu sanktionieren sind.

B.5.4 Sanktionsbemessung

B.5.4.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen

110. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Dieser Betrag stellt als Maximalsanktion die Obergrenze des Bussenrahmens dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich sodann nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 2 Abs. 1 SVKG).

111. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sind in der KG-Sanktionsverordnung geregelt (vgl. Art. 1 lit. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen der WEKO, wobei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit¹⁸⁷ und Gleichbehandlung diesem Spielraum Grenzen setzt¹⁸⁸. 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 ist¹⁸⁹.

B.5.4.2 Maximalsanktion

112. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10% des gesamten vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (Art. 49a KG i.V.m. Art. 7 SVKG)¹⁹⁰. Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den für die Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen geltenden Kriterien gemäss Art. 4 und 5 VKU¹⁹¹.

113. Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen sind. Die von den Parteien angegebenen Gesamtumsätze der letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz gehen aus folgender Übersicht hervor:

¹⁸⁶ So im Ergebnis auch der Entscheid REKO/WEF „Rhône-Poulenc/Merck“; RPW 2002/2, S. 399 f.; RPW 2002/3, S. 524 ff., S. 533 (Schweiz. National-Versicherungs-Ges./Coop Leben).

¹⁸⁷ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

¹⁸⁸ Vgl. REINERT, Art. 49a, N. 14 sowie RPW 2006/4, Rz. 236 (Unique).

¹⁸⁹ Vgl. entsprechende Aussage betreffend der EU: TAGMANN (zit. in Fn. 185), S. 293.

¹⁹⁰ Vgl. auch ZURKINDEN/TRÜEB (zit. in Fn. 178), Art. 49a, N. 3.

¹⁹¹ RPW 2007/2, Rz. 321 (Publigroupe) sowie REINERT, Art. 49a, N. 9; in Sachen SVKG vgl. vorn Fn. 83.

Atel	CHF [...]	ewb	CHF [...]
ISP	CHF [...]	Gasser + Bertschy	CHF [...]
Burkhalter	CHF [...]	Gfeller	CHF [...]
Etavis	CHF [...]	Scherler	CHF [...]

Tabelle 3: Konzernumsätze der Parteien von 2006 bis und mit 2008

114. Die mögliche Maximalsanktion je Unternehmung ist folgender Übersicht zu entnehmen:

Atel	CHF [...]	ewb	CHF [...]
ISP	CHF [...]	Gasser + Bertschy	CHF [...]
Burkhalter	CHF [...]	Gfeller	CHF [...]
Etavis	CHF [...]	Scherler	CHF [...]

Tabelle 4: Maximalsanktion je Unternehmung

B.5.4.3 Konkrete Sanktionsberechnung

115. Nach Art. 49a Abs. 1 KG sowie Art. 2 Abs. 1 SVKG ist bei der Bemessung der Sanktion die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch dieses erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen¹⁹². Darüber hinaus ist den spezifischen Umständen im Einzelfall Rechnung zu tragen¹⁹³.

116. Die konkrete Sanktionsbemessung erfolgt in drei Schritten: Zunächst ist der sogenannte Basisbetrag zu berechnen. 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)¹⁹⁴.

B.5.4.3.1 Basisbetrag

117. 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 den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG)¹⁹⁵.

I. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

118. Für vorliegendes Verfahren wurden die Märkte auf die einzelnen ausgeschriebenen Elektroinstallationsaufträge im Raum Bern begrenzt¹⁹⁶. Die Umsätze, welche die Parteien während der letzten drei Jahre auf diesen relevanten Märkten erzielt haben, beziffern sich in folge Addition derselben wie folgt:

¹⁹² Vgl. auch Rz. 110.

¹⁹³ Vgl. TAGMANN (zit. in Fn. 185), S. 169; siehe auch RPW 2007/2, Rz. 329 (Publigruppe).

¹⁹⁴ RPW 2006/4, Rz. 237 (Unique).

¹⁹⁵ Vgl. auch Rz. 109.

¹⁹⁶ Vgl. Rz. 110 sowie die beispielhafte Anführung einzelner Projekte unter Rz. 79 ff. Es wurden nur diejenigen Projekte berücksichtigt, welche mittels der beschlagnahmten und eingereichten Akten der Parteien als auch ersten Ermittlungen bereits ausreichend belegt waren (Kernprojekte, vgl. Fn. 2).

	2006	2007	2008	Total
Atel	3'107'140.–	3'630'155.–	0.–	6'737'295.–
ISP	940'514.–	1'608'857.–	0.–	2'549'371.–
Burkhalter	1'974'552.–	2'834'685.–	180'262.–	4'989'499.–
Etavis	2'160'159.–	591'557.–	0.–	2'751'716.–
ewb	514'000.–	140'000.–	70'000.–	724'000.–
Gasser + Bertschy	809'600.–	961'841.–	519'587.–	2'291'028.–
Gfeller	1'847'722.–	5'322'327.–	516'510.–	7'686'559.–
Scherler	3'786'186.–	4'853'522.–	74'408.–	8'714'116.–
Total	15'139'873.–	19'942'944.–	1'360'767.–	36'443'584.–

Tabelle 5: Umsätze auf den relevanten Märkten 2006 bis und mit 2008

119. Die obere Grenze des Basisbetrags beläuft sich, wie oben in Rz. 117 erwähnt, auf 10% der in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Schweizer Märkten erzielten Umsätze. Aufgrund der in der Tabelle 5 gemachten Angaben ergeben sich im vorliegenden Fall für die Parteien folgende Obergrenzen:

Atel	CHF 673'729.–	ewb	CHF 72'400.–
ISP	CHF 254'937.–	Gasser + Bertschy	CHF 229'103.–
Burkhalter	CHF 498'950.–	Gfeller	CHF 768'656.–
Etavis	CHF 275'172.–	Scherler	CHF 871'412.–

Übersicht 6: Obergrenzen Basisbeträge der Parteien

II. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

120. Gemäss Art. 3 SVKG ist die Höhe des Basisbetrags je nach Art und Schwere des Verstosses gestützt auf den Umsatz festzusetzen¹⁹⁷. Die Parteien haben sich, wie oben dargelegt¹⁹⁸, unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer der Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist. Dabei stehen objektive¹⁹⁹ Faktoren im Vordergrund und ist nach dem abstrakten Gefährdungspotential des Verstosses²⁰⁰, seiner volkswirtschaftlichen Schädlichkeit zu fragen.

121. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanter 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 Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, sind 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 hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche

¹⁹⁷ Vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), Link auf <http://eww.wekointern.evd.admin.ch/>, S. 2 f.

¹⁹⁸ Vgl. Rz. 109.

¹⁹⁹ D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Kartellgesetzrevision 2003 (zit. in Fn. 179).

²⁰⁰ Vgl. PATRICK KRAUSKOPF/DOROTHEA SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, S. 12, in: sic!1/2003.

gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen²⁰¹.

122. Im vorliegenden Fall liegen keine Gründe vor, um von den obgenannten generellen Einschätzungen abzuweichen: Die getroffenen Preisabsprachen sind dem Abredetypus nach schwere Verstösse. Sie haben den Wettbewerb auf den relevanten, ihrerseits bereits durch vergleichsweise hohe Preistransparenz gekennzeichneten Märkten²⁰², jeweils beseitigt. Kommt erschwerend weiter hinzu, dass auch Kunden unter den Parteien zugeteilt wurden²⁰³ und damit mehrere Wettbewerbsparameter tangiert waren. Daraus folgt, dass die *in casu* begangenen grundsätzlich schwere Verstösse gegen das Kartellrecht darstellen.

123. Abzuschwächen vermag diese Einschätzung allenfalls, dass die E7 keine streng organisierte Gruppe waren, welche entschlossen eine Wettbewerbsbeschränkung mit umfassenden Auswirkungen auf den Markt umsetzte (geringe „Professionalisierung“)²⁰⁴. Ausgleichs- und Sanktionsmechanismen bestanden keine. Darüber hinaus sollen nach Aussage der Parteien Preisabsprachen in der Branche gleichsam verbreitet sein²⁰⁵ und vorliegend nicht primär dem Abschöpfen einer hohen Kartellrente, sondern wirtschaftlich durchaus berechtigten Zwecken gedient haben²⁰⁶. Sowohl institutionelle Kunden als auch die häufig zwischengeschaltete Stufe der Elektroplaner respektive Generalunternehmer können als in Sachen Preis informierte Marktgegenseite bezeichnet werden.

124. Das von den Parteien wiederholt vorgebrachte Argument, es hätten aus den abgesprochenen Projekten kaum Gewinne – manchmal gar Verluste – resultiert²⁰⁷, spielt hingegen für die umsatzbasierte Berechnung der Sanktion keine Rolle. Insbesondere kann daraus nicht auf *per se* geringe volkswirtschaftliche Schädlichkeit geschlossen werden. Eine solche Wertung widerspräche nicht nur der Auffassung des Gesetzgebers, sondern würde auch auf eine Abwägung mit der Frage, inwieweit die Ineffizienzen wohl gerade auf die Wettbewerbsverstösse zurückzuführen sind, hinauslaufen. Als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips wurde diesem Aspekt jedoch dennoch bei der Schwere Beachtung geschenkt.

125. Keine gesonderte Berücksichtigung erfährt die formelle Nichtzugehörigkeit von ewb zu E7. ewb war über Jahre regelmässig in die Absprachen der E7 verwickelt und somit faktisch beteiligt. Dass es im Vergleich anzahlmässig weniger Absprachen traf, findet zudem bereits in einem geringeren, der Sanktionsberechnung zugrunde liegenden Umsatz Ausdruck.

126. Die erwähnten Kriterien und Wertungen führen demnach zu einem für die Berechnung des Basisbetrags zu berücksichtigenden Satz von 7% für die Parteien und damit zu folgenden Basisbeträgen:

Atel	CHF 471'611.–	ewb	CHF 50'680.–
ISP	CHF 178'456.–	Gasser + Bertschy	CHF 178'401.–
Burkhalter	CHF 349'265.–	Gfeller	CHF 538'059.–
Etavis	CHF 192'620.–	Scherler	CHF 609'988.–

Übersicht 7: Basisbeträge für die Parteien

²⁰¹ Vgl. Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 197), Art. 3.

²⁰² Vgl. Rz. 74.

²⁰³ Vgl. Rz. 76 und Rz. 87 f.

²⁰⁴ Vgl. beispielsweise für höheren Institutionalisierungs- und Umsetzungsgrad RPW 2008/1, S. 85 ff., insbesondere S. 96 ff. (B 4.2.1 Konvention) sowie Rz. 176 f. (Strassenbeläge Tessin).

²⁰⁵ Einzelne wenige Belege für Absprachen auch mit Drittunternehmen finden sich in folgenden Akten: act. 11a, Reg. 8 (Gasser + Bertschy); act. 18 (Meldeformular Bonusmeldung), S. 2 (ewb); act. 37, S. 5 (Etavis).

²⁰⁶ Ziele seien insbesondere die Pflege der Stammkundschaft, das Erzielen einer ausgeglicheneren Auslastung etc. gewesen (für Fundstellen vgl. Fn. 36).

²⁰⁷ Vgl. beispielhaft act. 249, S. 2 (Etavis).

B.5.4.3.2 Dauer des Verstosses

127. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrags um bis zu 50%, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren gedauert hat. Ferner besteht die Möglichkeit einer bis zu 10-prozentigen Erhöhung für jedes weitere Jahr. Betreffend Umfang der Erhöhung steht der WEKO ein breites Ermessen zu²⁰⁸, wobei ihrer bisherigen Praxis ein Prozentsatz von 10% pro berücksichtigtem Jahr entspricht²⁰⁹.

128. Obgleich es zu bi- und multilateralen Absprachen bereits vor Gründung der E7 kam, wird für vorliegendes Verfahren, wie oben ausgeführt, nur auf den Zeitraum von Januar 2006 bis zur Untersuchungseröffnung im Januar 2008 und damit auf zwei Jahre abgestellt²¹⁰. Zudem wurde, da alle Parteien dem Abschluss einer einvernehmlichen Regelung zustimmten, auf den Nachweis eines Rotationskartells verzichtet²¹¹. Entsprechend flossen ausschliesslich die Umsätze der Kernprojekte²¹² in die Sanktionsbemessung ein. Obschon somit vorliegend die einzelnen Elektroinstallationsaufträge als relevante Märkte berücksichtigt werden²¹³ und demnach die Dauer der projektbezogenen Absprachen (genau genommen dieses Abspracheteils²¹⁴) nur vergleichsweise kurz ausfiel, mit jedem Projekt neu beginnend, rechtfertigt sich *in casu* aus Sicht der Wettbewerbsbehörden wie folgt die Erhebung eines Zuschlages:

129. Den E7-Treffen kommt vorliegend eine insofern zentrale Bedeutung zu, als sie stabilisierender Teil der Absprachen waren und dazu beitrugen, die Frequenz und den Umfang der Absprachetätigkeit insgesamt zu erhöhen²¹⁵. E7 ist Ausdruck einer Institutionalisierung des Abspracheverhaltens während zweier Jahre, was einen Zuschlag für die Dauer dieser „Rahmenabsprache“ rechtfertigt. Darüber hinaus ist mit über 100 nachweislich abgesprochenen Projekten²¹⁶ während zweier Jahre die Absprachedichte so hoch, dass sie mit einem dauerhaften Wettbewerbsverstoss gleichgesetzt werden und sich im Ergebnis auch wie ein solcher ausgewirkt haben können. Selbst wenn diese Argumentation hingegen bestritten würde, so wäre in jedem Fall für eine solche Vielzahl wiederholter Einzelabsprachen und damit in kurzen Abständen wiederholte Wettbewerbsverstösse über einen langen Zeitraum ein Repetitionszuschlag²¹⁷ zu erheben.

130. Gemäss dem Gesagten rechtfertigt sich eine Erhöhung des Basisbetrags um 20%. Dies im Übrigen für alle Parteien, war Gasser + Bertschy, trotz leicht verzögertem Hinzustossen zu E7, doch praktisch von Anfang an bei dieser Gruppierung dabei, insbesondere aber nahezu während des ganzen, Berücksichtigung findenden Zeitraums. Auch ewb war während dieser beiden Jahre regelmässig in die Absprachen verwickelt und damit faktisch beteiligt²¹⁸.

131. Zusammenfassend wird gemäss Art. 4 SVKG je Unternehmung ein Zuschlag von 20% (entsprechend zwei Jahren) auf dem jeweiligen Basisbetrag für das dauerhafte Absprechen einzelner Projekte erhoben.

B.5.4.3.3 Erschwerende und mildernde Umstände

132. In einem letzten Schritt ist schliesslich erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG Rechnung zu tragen. Grundsätzlich können diejenigen Aspekte, wel-

²⁰⁸ Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 197), S. 3.

²⁰⁹ Vgl. RPW 2007/2, S. 237 (Publigroupe) sowie RPW 2007/2, S. 301 (Terminierung Mobilfunk).

²¹⁰ Vgl. Rz. 13 ff.

²¹¹ Vgl. dazu Rz. 2 und Rz. 60.

²¹² Vgl. Rz. 2.

²¹³ Dies lässt den Basisbetrag bereits bedeutend geringer ausfallen als im Falle des Abstellens auf ein Rotationskartell.

²¹⁴ Vgl. Rz. 53 f.

²¹⁵ Vgl. Rz. 53 f.

²¹⁶ Vgl. auch Rz. 53 und Rz. 57.

²¹⁷ Art. 5 Abs. 1 lit. a SVKG.

²¹⁸ Vgl. auch Rz. 125.

che im Rahmen der Kooperation und damit über den Bonus abgegolten werden, nicht erneut als mildernde Umstände Berücksichtigung finden.

I. Erschwerende Umstände

Mutmasslicher Gewinn

133. 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 Abs. 1 lit. b SVKG Rechnung zu tragen²¹⁹. Dies setzt natürlich voraus, dass eine Gewinnberechnung oder -schätzung im Einzelfall überhaupt möglich ist, was in der Praxis regelmässig nicht oder aber nur schwer der Fall sein dürfte. Diesfalls wäre der errechnete Sanktionsbetrag, der erwünschten Präventivwirkung wegen, so weit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft²²⁰.

134. Die Parteien betonen, dass die Gewinne in der Regel gering ausfielen, einige abgesprochenen Projekte gar defizitär abgeschlossen wurden. Neben dem Fakt, dass aus niedrigem Gewinn nicht auf eine niedrige Kartellrente geschlossen werden kann, wird bei der Sanktionsberechnung grundsätzlich nur ein besonders hoher Gewinn erschwerend, im umgekehrten Fall aber nicht mildernd berücksichtigt²²¹. Lediglich in denjenigen Fällen, in welchen gar kein Gewinn erzielt wurde, kann eine Sanktionsminderung vorgenommen werden²²². Dieses Vorgehen erscheint – vor dem Hintergrund der mit der Sanktionierung avisiereten präventiven Wirkung und der, der Ermittlung des Basisbetrags zugrundeliegenden Annahme eines „eher bescheidenen Gewinns“²²³ von durchschnittlich 15 – 20% – durchaus gerechtfertigt. Da im Übrigen für die Sanktionsbemessung auf den Umsatz abgestellt wird, scheinen besonders niedrige Gewinne wenn – dann ausschliesslich und wie vorliegend geschehen²²⁴ im Rahmen der Schwere des Verstosses berücksichtigt werden zu können²²⁵.

Behinderung der Ermittlungen

135. Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c SVKG wird erschwerend berücksichtigt, wenn ein Unternehmen die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigert oder versucht hat, die Untersuchungen sonstwie zu behindern. Insbesondere der Versuch, Beweismittel zu vernichten, stellt eine Behinderung der Untersuchung dar²²⁶.

136. Parteien, welche von Massnahmen der Wettbewerbsbehörden betroffen sind, werden von Anfang an auf ihre Rechte und Pflichten hingewiesen. Von ihnen wird und kann deshalb erwartet werden, dass sie ihr Verhalten reflektieren und sich konsistent in ihren Handlungen zeigen. Es rechtfertigt sich demnach, eine allfällige Behinderung oder Erschwerung der Ermittlungen, gleichwohl in welchem Verfahrensstadium, negativ im Rahmen der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen²²⁷. Eine entsprechende Erhöhung wird vorliegend bei [Z] und [U] für folgendes Verhalten vorgenommen:

²¹⁹ Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 197), S. 1, 2 und 4.

²²⁰ Vgl. Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 197), S. 4 sowie REINERT (zit. in Fn. 183), Art. 49a, N. 16; siehe auch RPW 2006/4, Rz. 264 (Unique).

²²¹ Vgl. TAGMANN (zit. in Fn. 185), S. 258 f.

²²² TAGMANN (zit. in Fn. 185), S. 274, Fn. 1290; ebenso Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 197), S. 1, Art. 2, Abs 1.

²²³ Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 197), S. 2, Art. 3 lit. b; OECD-Studien sprechen von einem „Minimalgewinn“; DÄHLER/KRAUSKOPF (zit. in Fn. 199), S. 142: Der mutmassliche Gewinn wird „bei der Festlegung des Basisbetrages im Sinne eines Minimalgewinns mitberücksichtigt“.

²²⁴ Vgl. Rz. 124.

²²⁵ Vgl. Rz. 124.

²²⁶ Vgl. Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 197), S. 4, Art. 5 Buchstabe c.

²²⁷ Für ein entsprechend bedachtes Vorgehen der zur Kooperation bereiten Unternehmen plädierend ZURKINDEN/TRÜEB (zit. in Fn. 178), Art. 49a, N. 10.

137. [Z] wurde zu Beginn der Hausdurchsuchungen über deren Charakter als Amtshandlung und das damit einhergehende Verbot der Vornahme von die Ermittlungen erschwerenden Handlungen explizit hingewiesen. Dennoch war während der Hausdurchsuchung bei [Z] ein relevanter Aktenordner „vorübergehend verschwunden“²²⁸. Dieser konnte dem verantwortlichen Mitarbeiter – einem Mitglied der Geschäftsleitung, dessen Büro durchsucht wurde – wieder abgenommen werden. Die Wettbewerbsbehörden sehen darin einen Versuch, Akten verschwinden zu lassen, und tragen diesem als erschwerendem Umstand bei der Sanktionsbemessung Rechnung. Der an die Dauer angepasste Basisbetrag wird für [Z] somit um 10% erhöht.

138. Weiter rechtfertigt sich eine Erhöhung des Sanktionsbetrags bei [U]: [U] wurde von der von den Hausdurchsuchungen betroffenen Partei [Z] über die Intervention des Sekretariates informiert²²⁹. Es vernichtete sodann sämtliche kompromittierende Akten und löschte entsprechende elektronische Daten. Die betroffene Festplatte stellte der verantwortliche Mitarbeiter jedoch in der Folge dem Sekretariat zum Versuch der Wiederaufbereitung der Daten zur Verfügung. Diese konnten teilweise wiederhergestellt werden²³⁰. An einem Kartell beteiligte Unternehmen müssen grundsätzlich bei Intervention der Wettbewerbsbehörden damit rechnen, ebenfalls in deren Fokus zu gelangen und ihr Verhalten vor diesem Hintergrund wählen²³¹. Wird ein Unternehmen folglich über laufende Ermittlungshandlungen gegen das Kartell, an welchem es beteiligt ist, informiert, so muss das Vernichten von Akten in der Folge als Versuch gewertet werden, die Ermittlungen sowohl generell als auch insbesondere gegen sie selbst zu erschweren. Die Vernichtung aller potentiell relevanten Dokumente wird *in casu* zufolge „tätiger Reue“²³² der Unternehmung ebenfalls mittels einem Prozentsatz von 10% erschwerend berücksichtigt.

Besondere erschwerende Umstände

139. Neben einem besonders hohen Gewinn wird gemäss Art. 5 Abs. 2 SVKG zusätzlich erhöhend berücksichtigt, wenn ein Unternehmen zur Wettbewerbsbeschränkung angestiftet oder aber eine führende Rolle gespielt hat (lit. a). Neben der einen Sanktionserlass ausschliessenden Wirkung, welche eine derartige Rolle im Kartell zur Folge hätte, kommt ihr demnach eine generell sanktionserhöhende zu.

140. In den Akten finden sich zwar wenige Anhaltspunkte für eine initiative Rolle einer der Parteien. Da sich diese mithilfe der bisherigen Ermittlungen hingegen nicht erhärten liessen, ist auf eine entsprechende Erhöhung *in casu* zu verzichten²³³.

II. Mildernde Umstände

Aufgabe Beteiligung am Wettbewerbsverstoss

141. Alle Parteien haben mit dem Tätigwerden des Sekretariates, konkret den Hausdurchsuchungen vom 31. Januar 2008, ihr wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aufgegeben. Da dieser Umstand für die Frage eines allfälligen Bonusse relevant ist²³⁴, kann ihm nicht als milderndem Umstand zusätzliche Berücksichtigung zuteil werden²³⁵.

142. Auch kooperatives Verhalten könnte ausserhalb einer Bonusmeldung mildernd berücksichtigt werden, sofern es über die spezifisch kartellrechtlich geforderte Mitarbeit im Verfahren hinausgeht. *In casu* wird hingegen dem kooperativen Verhalten der Parteien bereits, und

²²⁸ Vgl. act. [...] (Z).

²²⁹ Vgl. act. [...] (U).

²³⁰ Vgl. act. [...] (U).

²³¹ Entsprechend die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung über den Erlass und die Ermässigung von Geldbussen in Kartellsachen vom 8.12.2006 (2006/C 298/11, S. 19, Rz. 12, lit. c).

²³² Die Unternehmung stellte den Wettbewerbsbehörden in der Folge freiwillig die Festplatte zur Verfügung.

²³³ Vgl. Fn. 263.

²³⁴ Vgl. Rz. 154.

²³⁵ Vgl. Rz. 132.

damit auch ausschliesslich²³⁶, über die Sanktionsreduktionen infolge Bonusmeldungen Rechnung getragen²³⁷.

143. Auch wenn man von einem allenfalls leicht verzögerten Hinzustossen Gasser + Bertschys zu den E7 und damit geringfügig kürzeren Beteiligung der Unternehmung an dieser Gruppierung ausgeht²³⁸, fällt dieser Punkt nicht sanktionsmildernd ins Gewicht. Darüber hinaus findet er bereits in dem für die Sanktionsbemessung für die Unternehmung veranschlagten geringeren Umsatz Ausdruck.

Einvernehmliche Regelung

144. Bei Vorliegen eines direkt sanktionierbaren Tatbestandes ist eine einvernehmliche Regelung ausschliesslich in Bezug auf die Art und Weise der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und/oder das zukünftige Verhalten möglich²³⁹. Die Sanktionshöhe kann nicht verhandelt werden²⁴⁰.

145. Hingegen wird der Wille und die Bereitschaft der Parteien zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung von den Wettbewerbsbehörden als kooperatives Verhalten und – ausserhalb der Bestimmungen über den Bonus – als mildernder Umstand gewürdigt. Den Parteien muss die Möglichkeit belassen werden, mit den Behörden infolge Selbstanzeige zu kooperieren, den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung hingegen abzulehnen. Hat aber die Nichtzustimmung zu einer einvernehmlichen Regelung keine negativen Auswirkungen auf die Höhe des Bonus, so scheint es auch sachgerecht, im umgekehrten Fall eine zu diesem hinzutretende Reduktion zu gewähren.

146. Sodann gilt es die Frage nach dem Umfang der Milderung zu beantworten: Die WEKO hat bereits verschiedentlich den Abschluss einvernehmlicher Regelungen sanktionsmildernd berücksichtigt, so bei den Untersuchungen Publigroupe, Documed und, unter Gewährung einer Reduktion von 25%, bei Unique²⁴¹. Zu beurteilen waren jeweils Verstösse gegen Art. 7 – nicht 5 – KG. Darüber hinaus lagen keine Bonusmeldungen vor. Der Abschluss einvernehmlicher Regelungen wurde als kooperatives Verhalten gewürdigt und diesem sodann gemäss Art. 6 SVKG Rechnung getragen²⁴². Die Höhe der mit Berücksichtigung der einvernehmlichen Regelungen einhergehenden Reduktion kann in einem Fall wie dem vorliegenden nicht die gleiche sein, wie in den bisherigen Verfahren ohne Bonusmeldungen, in welchen die Kooperation vollumfänglich auf diesem Wege abgegolten wurde. Die Vorteile wie Verkürzung und Vereinfachung des Verfahrens sowie in der Regel ein engerer Kontakt mit den Behörden während desselben treten diesfalls stärker in den Vordergrund. Zudem gilt es zu bedenken, dass die Attraktivität des Bonusprogramms gewährleistet bleiben muss und die Komplementarität der beiden Instrumente und damit eine Kumulation der Reduktionen nicht dazu führen darf, dass die Bussen ihres präventiven Charakters verlustig gehen.

147. Die WEKO erachtet aus diesen Gründen für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung in derartigen Konstellationen grundsätzlich einen Prozentsatz von 10 – 20% als

²³⁶ Vgl. auch TAGMANN (zit. in Fn. 185), S. 278.

²³⁷ Vgl. B.5.5.

²³⁸ Vgl. Rz. 128.

²³⁹ Vgl. auch RPW 2006/4, Rz. 270 (Unique).

²⁴⁰ TAGMANN (zit. in Fn. 185), S. 308.

²⁴¹ Vgl. die bisherige Praxis RPW 2008/3, S. 409 (Documed); RPW 2007/2, S. 238 (Publigroupe); RPW 2006/4, S. 665 f. (Unique). Siehe auch für die EU, welche in derart gelagerten Fällen eine Reduktion von 10% für sachgerecht erachtet: Roundtable on the experience with direct settlements in cartel cases vom 21. Oktober 2008, S. 3, Rz. 4. Siehe auch Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen (2008/C 167/01), Rz. 32 sowie die Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, (2006/C 210/02). Gemäss französischem Recht können die Behörden den Parteien bei Abschluss einvernehmlicher Regelungen bis zu 50% der Sanktion erlassen (Art. L-464-2 III code de commerce).

²⁴² Vgl. RPW 2006/4, Rz. 271 (Unique).

angemessen. Vor diesem Hintergrund und unter Würdigung der gesamten Umstände des vorliegenden Falles ist *in casu* für alle Parteien ein Prozentsatz von 20% gerechtfertigt. Weitere erschwerende oder mildernde Umstände gemäss Art. 5 und 6 SVKG sind keine ersichtlich.

B.5.4.3.4 Zwischenergebnis

148. Zusammenfassend berechnet die WEKO die Sanktionen demnach wie folgt: Für die Berechnung des Basisbetrags wird, zufolge vergleichsweiser Schwere des Verstosses, ein Prozentsatz von 7% herangezogen. Die resultierenden Beträge werden in einem zweiten Schritt mit einer Erhöhung um 20% an die Dauer der wiederholten Absprachen – insbesondere des von den E7-Treffen repräsentierten Abspracheteils – von 2 Jahren angepasst. In einem dritten und letzten Schritt werden als mildernder Umstand der Abschluss einvernehmlicher Regelungen durch alle Parteien berücksichtigt.

149. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionsmildernden Faktoren erachtet die WEKO folgende Verwaltungssanktionen als den Verstössen der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

Atel	CHF 271'648.–	ewb	CHF 29'192.–
ISP	CHF 102'791.–	Gasser + Bertschy	CHF 103'921.–
Burkhalter	CHF 201'177.–	Gfeller	CHF 0.–
Etavis	CHF 110'949.–	Scherler	CHF 395'272.–

Übersicht 8: Ordentliche Höhe der Sanktion je Partei

B.5.4.3.5 Verhältnismässigkeitsprüfung

150. Schlussendlich muss eine Busse, als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, für das betroffene Unternehmen finanziell tragbar sein²⁴³. Dieses Kriterium wird hingegen regelmässig schwer zu beurteilen sowie in Relation zur Risikobereitschaft und Anlagestrategie einer Unternehmung zu setzen sein, weshalb es nur bei drohenden Marktaustritten Berücksichtigung finden kann. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht²⁴⁴. Der Sanktionsbetrag sollte zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen²⁴⁵. Auf der anderen Seite ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes im Minimum die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen²⁴⁶.

151. Vorliegend haben die Parteien über Jahre Absprachen getroffen²⁴⁷. Setzt man die berechneten Bussen in Relation zu den von den Parteien in den vergangenen Jahren erwirtschafteten Unternehmensumsätzen, so müssen die Sanktionen – auch vor dem von den Parteien geltend gemachten Hintergrund einer momentan abflauenden Konjunktur – als eindeutig tragbar beziehungsweise zumutbar bezeichnet werden²⁴⁸.

²⁴³ Vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF (zit. in Fn. 199), S. 144.

²⁴⁴ So im Ergebnis auch REINERT (zit. in Fn. 183), Art. 49a, N. 14.

²⁴⁵ KRAUSKOPF/SENN (zit. in Fn. 200), S. 14, 15.

²⁴⁶ Vgl. Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 197), Art. 5: Erschwerende Umstände, Abs. 1, lit. b.

²⁴⁷ Vgl. für die Umsätze nur der Kernprojekte: Tabelle 5, Rz. 118.

²⁴⁸ Vgl. für die Unternehmensumsätze der Parteien: Tabelle 3, Rz. 113.

B.5.5 Bonusmeldungen – Vollständiger bzw. teilweiser Erlass der Sanktion

152. Wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen Erlasses und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses aufgeführt sind.

B.5.5.1 Allgemeines zur Sanktionsbefreiung

153. 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 lit. a, *Eröffnungskooperation*) oder
- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 lit. 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 haben²⁴⁹.
- In beiden Fällen setzt ein Erlass der Sanktion hingegen voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 lit. b SVKG).

154. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG neben der (umgehenden) *Einstellung der Beteiligung* am Wettbewerbsverstoss, von einem Unternehmen *kumulativ* verlangt, dass

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist,
- es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt,
- weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat und
- seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige [...] einstellt²⁵⁰.

B.5.5.2 Allgemeines zur Sanktionsreduktion

155. Gemäss Art. 12 SVKG setzt eine Reduktion der Sanktion voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren *unaufgefordert mitgewirkt* und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die *Teilnahme* am betreffenden Wettbewerbsverstoss *eingestellt hat*.

B.5.5.3 Subsumtion

156. Vorliegende Untersuchung wurde infolge Anzeige eines Dritten ins Rollen gebracht²⁵¹. Ein 100-prozentiger Sanktionserlass infolge Eröffnungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a SVKG ist demnach nicht mehr möglich. Am Kartell beteiligte Unternehmen kön-

²⁴⁹ In diesem Sinne TAGMANN (zit. in Fn. 185), S. 275; ZURKINDEN/TRÜEB (zit. in Fn. 178), Art. 49a, N. 8.

²⁵⁰ Vgl. auch REINERT (zit. in Fn. 183), Art. 49a, N. 20 und 22.

²⁵¹ Vgl. Rz. 3.

nen in einem derartigen Fall nur noch zufolge Feststellungskooperation in den Genuss einer Sanktionsbefreiung respektive Reduktion kommen²⁵².

157. Sämtliche Parteien reichten im Verlauf der Hausdurchsuchungen respektive in den Folgetagen eine Bonusmeldung ein und wünschten, vollumfänglich mit den Wettbewerbsbehörden zu kooperieren. Als erstes Unternehmen meldete Gfeller am 31. Januar 2008 um 10:29 Uhr seine Kooperationsbereitschaft²⁵³ und positionierte sich damit als primärer Aspirant für einen Sanktionserlass.

158. Obschon den Wettbewerbsbehörden die zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses notwendigen Informationen in Form der (noch nicht ausgewerteten) beschlagnahmten Akten im Zeitpunkt der Bonusmeldungen eigentlich (und *ex post* betrachtet) bereits zur Verfügung standen²⁵⁴, kann *in casu* davon ausgegangen werden, dass sowohl ein 100-prozentiger Sanktionserlass für die erste meldende Partei als auch eine Sanktionsreduktion für die weiteren Selbstanzeiger noch möglich sind. Dies aus folgenden Gründen:

159. Die Parteien erklärten nicht nur umgehend, d.h. *bevor* die Wettbewerbsbehörden mit der Auswertung des beschlagnahmten Materials beginnen und von den darin enthaltenen Informationen überhaupt Kenntnis nehmen konnten, ihren Kooperationswillen, sie setzten diesen auch unverzüglich in die Tat um. Sie kooperierten von Anfang an mit dem Sekretariat, indem sie Hintergrundwissen lieferten, welches die Auswertung der Akten – insbesondere auch eine gezielte Suche in diesen – erleichterte und beschleunigte. Dadurch trugen die Parteien *wesentlich* zur Ermittlung des Sachverhaltes und zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei.

160. Zudem gilt es zu beachten, dass zu Beginn der Untersuchung und insbesondere auch im Zeitpunkt der Bonusmeldungen noch keine Gewähr dafür bestand, dass das beschlagnahmte Material aussagekräftig und zum Nachweis eines allfälligen Wettbewerbsverstosses tauglich wie auch ausreichend sein würde²⁵⁵. Vor diesem Hintergrund und im Interesse einer wirksamen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts bleiben Bonusmeldungen für die Wettbewerbsbehörden interessant. Besteht hingegen für die Unternehmen keine Chance mehr auf einen vollständigen Erlass der Sanktion, so schrumpft der Anreiz zur Kooperation und Einreichung einer Bonusmeldung markant – der Bonuswettstreit erlahmt.

161. Ebenso wenig der Praktikabilität und Verfahrensökonomie zuträglich und wohl auch nicht mit dem Rechtssicherheitsgedanken sowie Treu und Glauben vereinbar wäre es, einem Unternehmen zunächst die Mitarbeit im Hinblick auf einen allfälligen Sanktionserlass vorzuschlagen, nach Auswertung der Akten (mit dessen Hilfe *nota bene*) hingegen festzustellen, dass die zentralen Informationen auch ohne seine Kooperation aus den Akten hätten gewonnen werden können. Es käme einer Art „suspensiv bedingtem Sanktionserlass“ respektive einer „Kooperation auf Probe“ gleich, würde den Parteien anlässlich der Hausdurchsuchung einerseits ein Sanktionserlass infolge Feststellungskooperation in Aussicht gestellt, dieser anderer- und seinerseits aber vom Ergebnis der Ermittlungen abhängig gemacht²⁵⁶. Da die Wirksamkeit der Bonusregelung unter anderem wesentlich davon abhängt, dass das

²⁵² Vgl. Rz. 153.

²⁵³ Vgl. zur chronologischen Reihenfolge der Meldungen Rz. 7.

²⁵⁴ Vgl. Art. 8 Abs. 4 lit. b SVKG.

²⁵⁵ Der Anzeiger lieferte zwar detaillierte Angaben, welche er allerdings mit keinerlei Belegen zu substantiieren vermochte. Vgl. Rz. 3.

²⁵⁶ Die Funktionalität des neuen Institutes der Bonusmeldungen hängt massgeblich vom Anreiz, welchen Absprecher zur Kooperation mit den Behörden haben, und damit einem funktionierenden „Bonus-Wettstreit“, ab. Bestünde bis zum Abschluss eines u.U. langwierigen Verfahrens Unsicherheit, ob man für seine Mithilfe schlussendlich denn auch belohnt würde, würden wohl zahlreiche Unternehmen von einer Kooperation absehen.

Unternehmen vorgängig beurteilen kann, ob und inwieweit es in den Genuss einer Sanktionsbefreiung kommt²⁵⁷, ist von einer derartigen Vorgehensweise abzusehen.

162. Demnach kann davon ausgegangen werden, dass es dem Ermessen der Wettbewerbsbehörden obliegt, ob – und wenn ja – bis wann ein 100-prozentiger Sanktionserlass aufgrund Feststellungskooperation noch möglich ist²⁵⁸. Die gegenteilige Annahme würde dem Zweck der in Art. 8 Abs. 1 lit. b SVKG statuierten Feststellungskooperation zuwider laufen, mit welcher unter anderem eben gerade eine wesentliche Erleichterung der Sachverhaltsermittlungen durch die Wettbewerbsbehörden avisiert wurde²⁵⁹. Damit soll dem Risiko begegnet werden, dass ein Verfahren, welches die Wettbewerbsbehörde aus eigenem Antrieb (d.h. ohne vorgängige Selbstanzeige) eröffnet hat, aufgrund mangelnder Beweise blockiert oder aber übermässig erschwert wird²⁶⁰.

163. *Zwischenfazit:* Demnach ist die WEKO in Ausübung des ihr zustehenden pflichtgemässen Ermessens und in Würdigung aller einzelfallspezifischen Umstände der Ansicht, dass *in casu* der Beitrag der Parteien zur Beweiserhebung eine rasche und wirksame²⁶¹ Feststellung der Wettbewerbsverstösse im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. b SVKG ermöglichte und ein 100-prozentiger Sanktionserlass wie auch eine Sanktionsreduktion für die übrigen Selbstanzeiger/Parteien, welche eine Bonusmeldung einreichen, grundsätzlich möglich bleibt.

164. *Mass der Reduktion:* Allgemein ist hingegen von folgendem Grundsatz auszugehen: Je später die Kooperation einsetzt, desto häufiger wird ein 100-prozentiger Erlass aufgrund Feststellungskooperation zu verwehren sein dürfen. Und auch das Mass einer allfälligen Reduktion dürfte abnehmen: Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG richtet sich die Höhe der Reduktion massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den ein Bonusaspirant zum Verfahrenserfolg liefert. Tendenziell wird gesagt werden können, dass die Bedeutung eines möglichen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren abnehmen wird.

165. Entsprechend scheint der Rahmen möglicher Reduktionen in einer Konstellation wie der vorliegenden mit der Gewährung von 40% bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen voll ausgeschöpft. Vor dem Hintergrund bereits erfolgter Hausdurchsuchungen – d.h. dem Vorliegen umfassenden und ergiebigen Aktenmaterials, sowie einer Bonusmeldung mit zeitlicher Priorität – ist eine 50-prozentige Sanktionsreduktion nicht mehr angemessen. Dies auch da andere (Verfahrens-) Konstellationen denkbar sind, in denen dem Beitrag der zweiten und aller weiteren meldenden Parteien noch eine bedeutendere Rolle für die Ermittlungen zugemessen werden kann und folglich das Maximum gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG sachgerecht erscheint.

166. Die Wettbewerbsbehörden stufen die Kooperation der übrigen meldenden Parteien alles in allem als *in casu* dennoch wertvoll ein. Unter Würdigung aller Umstände und insbesondere vor dem Hintergrund der erstmaligen Anwendung des Bonusprogrammes erachten sie deshalb – bei Vorliegen der übrigen, im folgenden zu prüfenden Voraussetzungen – eine Reduktion um die vollen 40% als angemessen.

²⁵⁷ WALTER STOFFEL, Neueste Entwicklungen im schweizerischen Kartellrecht, in: Internationales Kartellrechtsforum/Band 6, C. Baudenbacher (Hrsg.), Basel 2005.

²⁵⁸ Vgl. auch die Botschaft 2001 (zit. in Fn. 174), welche auf S. 2039 festhält, dass es von den pflichtgemäss gewürdigten Umständen des Einzelfalles abhängen soll, ob und in welchem Umfang ein kooperierendes Unternehmen vom Bonus profitiert.

²⁵⁹ Vgl. Botschaft 2001 (zit. in Fn. 174), S. 2038.

²⁶⁰ Vgl. Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 197), S. 7, lit. b.

²⁶¹ Die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts stand bei der Einführung direkter Sanktionen im Vordergrund, vgl. Botschaft 2001 (zit. in Fn. 174), S. 2041.

167. *Übrige Voraussetzungen für einen Erlass/Reduktion der Sanktion:* Alle Parteien stellten ihre Teilnahme am Wettbewerbsverstoss umgehend ein²⁶² und eine führende respektive anstiftende Rolle konnte bislang keiner Partei nachgewiesen werden²⁶³.

168. *Bonus plus:* Die Reduktion der Sanktion kann bis zu 80% betragen, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG vorlegt (Art. 12 Abs. 3 KG). [...] beantragte einen *Bonus plus* und wies die Wettbewerbsbehörden auf ein [...] Treffen diverser [...] hin, welches möglicherweise ein sogenanntes „Frühstückskartell“ darstellen könnte. Dem Wortlaut besagten Artikels ist nicht zu entnehmen, dass Aspirant für einen Bonus plus nur dasjenige Unternehmen sein kann, das an dem von ihm angezeigten weiteren Wettbewerbsverstoss selbst beteiligt ist. Ob ein unzulässiger Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 vorliegt, prüft die WEKO im Rahmen einer Untersuchung gemäss Art. 26 ff. KG, weshalb die von besagtem Unternehmen vorzulegenden Beweismittel oder Informationen zumindest genügende Anhaltspunkte für einen solchen liefern müssten (vgl. Art. 27 Abs. 1 KG). Im vorliegenden Fall konnten keinerlei Beweise für das Vorliegen eines weiteren Kartells geliefert werden und liegen keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Eröffnung einer Untersuchung vor. Der Bonus plus kann [...] folglich nicht gewährt werden.

169. *Fazit:* Die Voraussetzungen von Art. 8 und 12 SVKG sind erfüllt, weshalb Atel, ISP, Burkhalter, Etavis, ewb, Gasser + Bertschy und Scherler in den Genuss einer Sanktionsreduktion von 40% kommen. Vollständig erlassen wird die Busse Gfeller als der erstmeldenden Unternehmung.

170. *Staffelung der Reduktion/Bonusses in Relation zum Rang der Bonusmeldung:* Von der Möglichkeit, die Höhe der Sanktionsreduktion vom Rang der jeweiligen Selbstanzeige abhängig zu machen, wird *in casu* kein Gebrauch gemacht²⁶⁴. Im vorliegenden Verfahren erfolgten alle Bonusmeldungen zeitnah zur Hausdurchsuchung, weshalb die Wettbewerbsbehörden die Materialien nicht gestaffelt, entsprechend dem Rang der Meldung, heranzogen, sondern daraus einen der Sachverhaltsermittlung dienenden „Informationspool“ bildeten. Hingegen kommt diesem Entscheid insofern keinerlei Präjudizwirkung zu, als plausibel scheint, dass bei grösseren/zunehmenden Abständen zwischen den Selbstanzeigen sich die Wahrscheinlichkeit, dass die Akten der später meldenden Unternehmen noch einen wesentlichen Beitrag zum Verfahren liefern, beträchtlich verringern dürfte²⁶⁵. In derart gelagerten Fällen müsste aus heutiger Sicht der WEKO insofern eine Staffelung erfolgen, als die Angaben einer zu einem späteren Zeitpunkt meldenden Unternehmung nur subsidiär und in Ergänzung allfälliger beschlagnahmter sowie von früher meldenden Unternehmen eingereichten Akten herangezogen werden dürften²⁶⁶. Der zeitliche Abstand zum anzeigenden respektive ersten meldenden Unternehmen stellt insofern einen gangbaren Gradmesser für die unter Umständen schwer eruierbare Bedeutung des Beitrags einer Unternehmung zum Verfahrenserfolg dar. Hingegen bleibt darüber hinaus auch eine Staffelung unabhängig von der Wichtigkeit des Beitrags und rein in Abhängigkeit vom Meldezeitpunkt/Rang der Selbstanzeige denkbar.

²⁶² Vgl. Rz. 7 und 19: Anlässlich des Treffens am 4. Februar 2008 wurden keine weiteren Wettbewerbsabreden getroffen und auch der Verdacht, dass eine Partei weiterhin versucht hat, sich mit anderen Unternehmen abzusprechen, liess sich bislang nicht verifizieren.

²⁶³ Die Anhaltspunkte, dass einem Unternehmen eine führende Rolle bei den E7-Treffen zukam, konnten nicht erhärtet werden, weshalb entsprechend dem strafrechtlichen Grundsatz *in dubio pro reo* von keiner solchen Rolle auszugehen ist (vgl. auch Rz. 14 sowie hinten Rz. 140).

²⁶⁴ Wie in der EU könnte beispielsweise der zweiten meldenden Unternehmung 30 – 50% der Sanktion, der darauf folgenden 20 – 30% und so weiter erlassen werden [vgl. Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermässigung von Geldbussen in Kartellsachen (zit. in Fn. 229), Rz. 26].

²⁶⁵ Vgl. Art. 12 Abs. 2 SVKG sowie Rz. 164.

²⁶⁶ Vgl. auch Art. 10 sowie 12 Abs. 2 SVKG.

B.5.6 Ergebnis

171. Zusammenfassend gestaltet sich die Sanktionsberechnung tabellarisch wie folgt:

Bemessung der Sanktion (in CHF)	Atel	ISP	Burkhalter	Etavis	Gasser + Bertschy	Gfeller	Scherler	ewb
Maximalhöhe der Sanktion in Mio.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Umsatz auf den relevanten Märkten	6'737'295	2'549'371	4'989'499	2'751'716	2'291'028	7'686'559	8'714'116	724'000
Obergrenze des Basisbetrags 10%	673'730	254'937	498'950	275'172	229'103	768'656	871'412	72'400
Basisbetrag konkreter Fall 7%	471'611	178'456	349'265	192'620	160'372	538'059	609'988	50'680
Zuschlag für Dauer 20%	94'322	35'691	69'853	38'524	32'074	107'612	121'998	10'136
Mutmasslicher Gewinn 0%								
Erschwerende Umstände 10%					19'245		73'199	
Mildernde Umstände - einvernehmliche Regelung -20%	-113'187	-42'829	-83'824	-46'229	-38'489	-129'134	-146'397	-12'163
Zwischenergebnis	452'746	171'318	335'294	184'915	173'202	516'537	658'787	48'653
Reduktion der Sanktion zufolge Bonus -40%	-181'098	-68'527	-134'118	-73'966	-69'281		-263'515	-19'461
Reduktion der Sanktion zufolge Bonus -100%						-516'537		
Total (gerundet)	271'648	102'791	201'177	110'949	103'921	0	395'272	29'192

C Kosten

172. Nach Art. 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung KG²⁶⁷ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

173. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Beweiswürdigung und damit des erstellten Sachverhaltes eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder sich die Parteien unterziehen (Art. 3 Abs. 2 lit. b und c GebV-KG *e contrario*). Einzig für den Fall, dass sich die Anhaltspunkte nicht erhärten lassen und das Verfahren entsprechend einzustellen ist, entfällt eine Gebührenpflicht.

174. Demnach sind Verursacher eines Verfahrens diejenigen Unternehmen, die mit ihrem kartellrechtswidrigen Verhalten ursächlich für diesbezügliche Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden sind. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so können grundsätzlich alle Kartellisten gemeinsam und in gleichem Masse als dessen Verursacher gelten. Entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, welche in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis stossend erscheinen liessen, eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vornimmt. Insbesondere Gleichheits- aber auch Praktikabilitätserwägungen stehen dabei im Vordergrund.

175. Den Verfügungsadressatinnen²⁶⁸ konnte vorliegend ein Verstoss gemäss Art. 49a Abs. 1 KG nachgewiesen werden. Eine Gebührenpflicht derselben ist somit zu bejahen²⁶⁹.

²⁶⁷ Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998, Stand 4. Juli 2006 (GebV-KG); SR 251.2.

²⁶⁸ Vgl. Rz. 38.

²⁶⁹ Vgl. B.4.3.3.

Besondere Umstände – insbesondere eine eindeutige asymmetrische Interessenslage respektive eindeutig unterschiedliche Beteiligung am Wettbewerbsverstoss – liegen nicht vor, weshalb die Kosten pro Kopf verteilt werden. Von der Gebührenpflicht ausgenommen werden die drei Vereine VSTEI, KBVE und KMU Stadt Bern, da sie zufolge Nichtteilnahme am Wettbewerbsverstoss keinen nennenswerten Aufwand verursacht haben und das Verfahren gegen sie eingestellt wird²⁷⁰.

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

177. Der Zeitaufwand für vorliegende Untersuchung belief sich auf insgesamt 2606.65 Stunden. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich für 486 Stunden ein Ansatz von CHF 120.– (Praktikanten), 2041.65 Stunden à CHF 200.– (wissenschaftliche Mitarbeiter) sowie die Verrechnung von 79 Stunden zu CHF 250.–, gesamt ergebend CHF 486'400.–.

178. Die Gebühren von gesamt CHF 486'400.– werden den Verfügungsadressatinnen zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV). Atel/Alpiq, ISP, Burkhalter, Etavis, ewb, Gasser + Bertschy, Gfeller und Scherler haben demnach je CHF 60'800.– zu entrichten.

²⁷⁰ Vgl. Rz. 22.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhaltes und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die von den Verfügungsadressatinnen Alpiq InTec West AG, BKW ISP AG, Burkhalter Elektro AG, Etavis Arnold AG, Energie Wasser Bern, Gasser + Bertschy Elektro AG, Gfeller Elektro AG und Scherler AG, Elektro und Telematik, während der Jahre 2006 – 2008 praktizierten/getroffenen Preisabsprachen betreffend Elektroinstallationsaufträge im Raum Bern nach Massgabe von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässig sind.

2. Die Wettbewerbskommission genehmigt je Verfügungsadressatin gemäss Ziffer 1 eine einvernehmliche Regelung mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz. 34):

- Die [Atel/Alpiq, ISP, Burkhalter, Etavis, ewb, Gasser + Bertschy, Gfeller, Scherler] verpflichtet sich in Zusammenhang mit Elektroinstallationen Konkurrenten im Rahmen von Ausschreibungen weder um Stützofferten anzufragen noch solche anzubieten.
- Die [Atel/Alpiq, ISP, Burkhalter, Etavis, ewb, Gasser + Bertschy, Gfeller, Scherler] verpflichtet sich, sich in Zusammenhang mit Elektroinstallationen vor der Auftragserteilung nicht mit Konkurrenten über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden auszutauschen.
- Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen in Zusammenhang mit
 - (a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften sowie
 - (b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer bzw. Unterakkordant.
- Die [Atel/Alpiq, ISP, Burkhalter, Etavis, ewb, Gasser + Bertschy, Gfeller, Scherler] verpflichtet sich, geplante Arbeitsgemeinschaften in Zusammenhang mit Elektroinstallationen gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens im Zeitpunkt der Offertstellung die Namen der Firmen, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft mitwirken, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft, bei der einem einzelnen Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprechpartnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem Auftraggeber auftritt.

3. Die Verfügungsadressatinnen gemäss Ziffer 1 werden gestützt auf Art. 49a KG für die vorstehend beschriebenen Wettbewerbsverstösse mit folgenden Beträgen belastet:

Alpiq InTec West AG	CHF 271'648.–
BKW ISP AG	CHF 102'791.–
Burkhalter Elektro AG	CHF 201'177.–
Etavis Arnold AG	CHF 110'949.–
Energie Wasser Bern	CHF 29'192.–
Gasser + Bertschy Elektro AG	CHF 103'921.–
Gfeller Elektro AG	CHF 0.–
Scherler AG, Elektro und Telematik	CHF 395'272.–

4. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der unter Ziffer 2 des Dispositivs genehmigten einvernehmlichen Regelungen zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.

5. Zuwiderhandlungen gegen diese einvernehmlichen Regelungen können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

6. Im Übrigen wird die Untersuchung gegen den Gewerbeverband KMU Stadt Bern, den Kantonal-bernischen Verband der Elektroinstallationsfirmen und den Verband Stadtbernischer Elektroinstallationsfirmen ohne Kostenfolge eingestellt.
7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 486'400.– werden den Adressatinnen der Verfügung zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 60'800.–, und unter solidarischer Haftung auferlegt.
8. [Rechtsmittelbelehrung]
9. [Eröffnung]