



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

2012/2

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 145.- Ausland

(Form: 727.000.12/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la

concurrence

CH-3003 Berne

(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 145.- étranger

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della

concorrenza

CH-3003 Berna

(Editore)

Distribuzione:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 145.- estero

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

2012/2

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

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

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

Juli/juillet/luglio 2012

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

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

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

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
	1. FTTH Freiburg	171
	2. Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel	209
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Swatch Lieferstopp – Verlängerung der vorsorglichen Massnahmen vom 6. Juni 2011	260
	2. Zwischenverfügung vom 10. August 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau betreffend Akteneinsicht	264
	3. Verfügung vom 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau	270
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Sony/Mubadala – EMI MP	426
	2. Strabag SE/Astrada AG	437
8.	BGBM LMI LMI	
	1. Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur	438
B 7	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Arrêt du 27 mars 2012 de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève dans la cause M. J.-B. May et May Taxi & Limousine S.A. et Commission de la concurrence contre Service du commerce	449
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	455
	Index (deutsch, français e italiano)	457

B Verwaltungsverfahrenliche Praxis

Pratique administrative

Prassi amministrativa

B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission

Secrétariat de la Commission de la concurrence

Segreteria della Commissione della concorrenza

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. FTTH Freiburg

Schlussbericht vom 16. Februar 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend FTTH Freiburg wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

A Sachverhalt

1. Im Kanton Freiburg haben sich die Kooperationspartner auf ein Gemeinschaftsunternehmen als Kooperationsform für den Aufbau und Betrieb einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur geeinigt. Sie wollen bis zum Jahr [...] auf dem Gebiet des Kantons Freiburg eine Glasfaseranschlussinfrastruktur mit dem Ziel aufbauen, sämtliche Liegenschaften zu erschliessen (Fiber to the home, nachfolgend: FTTH).¹ An diesem Gemeinschaftsunternehmen mit dem Namen SLNC sollen Swisscom mit 60 % und u.a. Groupe E über eine hierfür zu gründende Aktiengesellschaft mit 40 % beteiligt sein.² Als Grund für die Ausgestaltung der Kooperation als Gemeinschaftsunternehmen geben die Kooperationspartner an, dass der Koordinationsbedarf aufgrund des flächendeckenden Aufbaus grösser sei als bei anderen Kooperationen und der Aufbau am besten durch ein Gemeinschaftsunternehmen bewältigt werden könne.³

2. Die vorliegende Vorabklärung wurde im Anschluss an die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens und nicht wie in den anderen Städten aufgrund einer Meldung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens nach Art. 49a Abs. 3 KG eröffnet.

A.1 Glasfaseraufbau in der Schweiz

3. Derzeit werden in verschiedenen Regionen der Schweiz Glasfasernetzwerke in Kooperation zwischen regionalen Energieversorgungsunternehmen (nachfolgend: EVU) und Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) aufgebaut. Im Rahmen von so genannten Widerspruchsverfahren haben die EVU und Swisscom ihre Kooperationsverträge der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) unterbreitet. Da das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) in einzelnen Vertragsklauseln Wettbewerbsbeschränkungen festgestellt

hat, welche geeignet sein könnten, den wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen, wurden verschiedene Vorabklärungen eröffnet.

4. Seit 2006 planen EVU in der Schweiz den Aufbau eines Glasfasernetzes. Während die EVU anfänglich noch das Einfasernetzmodell propagierten, hat sich Swisscom konsequent für ein Vierfasernetz eingesetzt. Unter Vermittlung der Eidgenössischen Kommunikationskommission (nachfolgend: ComCom) wurde unter anderem an so genannten Roundtables zwischen EVU, Fernmeldediensteanbieterinnen (nachfolgend: FDA) und Kabelnetzbetreibern die Einigung erzielt, in der Schweiz ein Vierfasernetzwerk als Standard aufzubauen.

5. [...] Für die Beschreibung der Glasfaserkooperation werden folgende Netzelemente unterschieden: Der Bereich In-house bzw. die Steigzone bezeichnet den Abschnitt zwischen der optischen Steckdose („Optical Termination Outlet“; nachfolgend: OTO) in der Nutzungseinheit (nachfolgend: NE) und dem Hauseingang („Building Entry Point“, nachfolgend: BEP). Der Drop umfasst den Abschnitt zwischen BEP und dem „Distribution Point“ (nachfolgend: DP) bzw. „Interconnection Point“ (nachfolgend: IP). Der Feeder bezeichnet den Bereich zwischen DP und dem „Point of Presence“ (nachfolgend: POP), der im Falle von Swisscom die Anschlusszentrale und im Falle der jeweiligen EVU meist die Trafostation ist. Im jeweiligen POP können dann die Glasfasern über den optischen Hauptverteiler („optical main distribution frame“ nachfolgend: OMDF) beleuchtet und in Betrieb genommen werden. [...]

¹ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Rz 12.

² Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Rz 13 und Rz 21.

³ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Rz 17.

A.1.1 Kooperation im Kanton Freiburg

6. [...]
7. [...]
8. [...]
9. [...]
10. [...]
11. [...]
12. [...]
13. [...]
14. [...]

A.1.2 Ausgestaltung der Kooperation

15. [...]

A.2 Gegenstand der Vorabklärung

16. Der Aufbau der Glasfasernetzwerkinfrastruktur wurde von den Parteien als Zusammenschlussvorhaben gemäss Art. 9 KG gemeldet. Im Rahmen ihrer Prüfung kam die WEKO aber zu dem Schluss, dass die Voraussetzungen für ein Vollfunktionsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nicht gegeben waren. Aus diesem Grund sind die Kooperation sowie die Kooperationsverträge als Abreden zu qualifizieren.

17. Um zu prüfen, ob es sich hierbei um möglicherweise unzulässige Wettbewerbsabreden handelt, hat das Sekretariat der WEKO in der Folge am 28. April 2011 eine Vorabklärung eröffnet. In diesem Rahmen wurde abgeklärt, ob die bei der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zwischen Swisscom und Groupe E vereinbarten Vertragsklauseln unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 KG und/oder Art. 7 KG darstellen können.

18. Im Rahmen der Vorabklärung werden insbesondere die zwischen den Kooperationspartnern geschlossenen und dem Sekretariat der WEKO vorliegenden Verträge untersucht. Diese sind:

- a. Statuten der SLNC
- b. Contrat de Constitution
- c. Contrat fibre de service
- d. Contrat de Partenariat
- e. Règlement d'organisation de SLNC
- f. Principes d'Appels d'Offres pour la construction du réseau FTTH
- g. Contrat canalisation à câbles (DUCT)
- h. Kooperationsvertrag FTTH – Kanalisation
- i. Contrat d'utilisation de fibres optiques

19. Die Vorabklärung beschränkt sich im Rahmen der Analyse auf die im Zusammenschlussvorhaben eingereichten Vertragsklauseln im Hinblick auf deren Qualifikation nach Art. 5 KG. Eine Untersuchung des Sachverhalts gemäss Art. 7 KG bleibt vorbehalten.

A.3 Die Parteien

20. Groupe E ist die ehemalige öffentlich-rechtliche Gesellschaft „Entreprises électriques fribourgeoises“ und betreibt als Aktiengesellschaft ein Verteilnetz im Bereich der Elektrizitätsversorgung, hauptsächlich in den Kantonen Freiburg, Neuenburg und Waadt.⁴ Die hauptsächlichen Tätigkeiten von Groupe E umfassen die Produktion, den Kauf, den Transport, die Verteilung, die Bereitstellung und den Handel von Energie und von Produkten und Dienstleistungen im Bereich der Energiewirtschaft sowie Ingenieurarbeiten und weitere Tätigkeiten, welche direkt oder indirekt mit der Energiewirtschaft verbunden sind, einschliesslich dem Bereich der Telekommunikation und dem Betrieb von Müllverbrennungsanlagen.⁵

21. Swisscom ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG; SR 784.11) und Muttergesellschaft einer Telekommunikations-Gruppe, die insbesondere in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobiltelefonie, IT und Internet tätig ist. Sie betreibt als Telekommunikationsanbieterin in der ganzen Schweiz ein mobiles Funknetz und als Grundversorgungskonzessionärin ein im Anschlussnetz auf dem Kupferkabel basierendes Festnetz. Im Transit- und Regionalnetz verfügt Swisscom bereits heute über ein glasfaserbasiertes Netz.

A.4 Verfahren

A.4.1 Zusammenschlussvorhaben

22. Im Zeitraum zwischen dem 30. November 2010 und dem 27. April 2011 prüfte die WEKO ein von den Parteien gemeldetes Zusammenschlussvorhaben.⁶ Gemäss der Meldung sollte für die Kooperation ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet werden, welches für den Aufbau und Betrieb der Glasfasernetzwerkinfrastruktur im Kanton Freiburg zuständig sein soll.

23. Am 27. April 2011 hat die WEKO entschieden, dass das geplante Gemeinschaftsunternehmen keine Vollfunktionseigenschaften aufweist und daher die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens keinen meldefähigen Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes darstellt.

A.4.2 Vorabklärung

24. Mit Schreiben vom 1. April 2011 fragte das Sekretariat der Wettbewerbskommission bei den Parteien an, ob die von Ihnen eingereichte Meldung des Zusammenschlussvorhabens gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU, SR 251.4) als Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG angesehen werden soll. In der Folge reagierten die Parteien auf diese Anfrage nicht. Gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG entfällt die Belastung, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung

⁴ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Rz 7.

⁵ Handelsregisterauszug von Groupe E SA; Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 4.

⁶ RPW 2011/3, 426 Rz 48, Swisscom(Schweiz) AG/Groupe E SA.

entfaltet. Eine Meldung im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG setzt daher ein aktives Handeln des meldenden Unternehmens voraus. Dies ist vorliegend ausgeblieben, weshalb festgehalten werden kann, dass von Seiten der Zusammenschlussparteien bis dato keine Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eingegangen ist.

25. Am 27. April 2011 informierte das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Parteien über die Eröffnung einer Vorabklärung betreffend die Kooperation zwischen Groupe E und Swisscom in Sachen Aufbau einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur.

B Erwägungen

26. In diesem Vorabklärungsverfahren soll geklärt werden, ob Indizien dafür bestehen, dass Swisscom und Groupe E in ihren Kooperationsverträgen unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG getroffen haben. Diese Vorabklärung beschränkt sich auf die von den Kooperationspartnern im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens eingereichten Verträge.

B.1 Geltungsbereich

27. 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).

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

28. Der persönliche Geltungsbereich wird über den Begriff des Unternehmens definiert.⁷ 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). Sowohl Swisscom wie auch Groupe E sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

29. In den sachlichen Geltungsbereich fallen namentlich alle Formen privatwirtschaftlich veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen.⁸ Dazu gehören auch Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Wie nachfolgend aufgezeigt wird (Kapitel B.3.1), haben Swisscom und Groupe E in sachlicher Hinsicht Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG getroffen.

B.1.3 Räumlicher Geltungsbereich

30. Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Da sowohl Swisscom als auch Groupe E in der Schweiz tätig sind und die Glasfaserkooperation mit dem Ziel abgeschlossen haben, die Schweizer Bevölkerung in den jeweiligen Regionen mit glasfaserbasiertem Breitbandinternet zu versorgen, wirken sich die von ihnen getroffenen Abreden in der Schweiz aus. Das Kartellgesetz ist folglich auch in räumlicher Hinsicht anwendbar.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

31. 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). Im Rahmen des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) wird in Art. 11 FMG die Gewährung des Zugangs durch marktbeherrschende Anbieterinnen geregelt. Gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG umfasst der Zugang auch den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG während vier Jahren den schnellen Bitstromzugang. Aufgrund der Definitionen in Art. 3 Bst. d^{bis} und d^{ter} FMG sind hiervon allerdings nur die über eine Doppelader-Metalleitung erbrachten Dienstleistungen betroffen. Dienstleistungen über die Glasfasertechnologie sind von dieser Regelung nicht betroffen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

32. 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). Die vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsbeschränkungen weisen weder einen Zusammenhang zur Gesetzgebung über das geistige Eigentum auf noch stehen sie im Zusammenhang mit Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen.

33. Folglich bestehen keine vorbehaltenen Vorschriften, welche die Anwendung des Kartellgesetzes für die vorliegend gemeldeten Wettbewerbsbeschränkungen einschränken würden.

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabreden

B.3.1 Wettbewerbsabreden

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

35. Im vorliegenden Fall handelt es sich bei den Kooperationsverträgen zwischen Swisscom und Groupe E um rechtlich erzwingbare Vereinbarungen. Diese stellen ein „bewusstes oder gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Parteien“ dar.⁹ Zudem werden Swisscom und Groupe E auf gleicher Marktstufen gleichzeitig tätig sein.

⁷ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 N 7.

⁸ Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., 534.

⁹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 7), Art. 4 Abs. 1 N 78 f., m. w. H.

36. Neben dem Element des bewussten und gewollten Zusammenwirkens der an einer Abrede beteiligten Unternehmen ist zudem erforderlich, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt werden soll. Zentrales Tatbestandselement ist die Wettbewerbsbeschränkung.¹⁰

37. Bezwecken in diesem Sinne bedeutet, dass die Abrede oder die abgestimmte Verhaltensweise objektiv geeignet sein muss, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Unwesentlich sind dabei die Vorstellungen der beteiligten Unternehmen.

38. Bewirkt wird eine Wettbewerbsbeschränkung dann, wenn tatsächlich eine Beeinflussung auf dem relevanten Markt stattfindet. Nicht erforderlich ist jedoch, dass die Abrede bereits angewendet worden ist. Es genügt, wenn die Abrede mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft angewendet werden kann.¹¹ Auf diese Weise hat sie bereits nur durch ihr Bestehen einen Einfluss auf die Verhaltensweisen der an der Abrede Beteiligten und kann so eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten. Mit anderen Worten muss die Wettbewerbsabrede kausal für die Wettbewerbsbeschränkung sein.¹²

39. Nachfolgend werden die relevanten Vertragsklauseln auf ihren Charakter einer Wettbewerbsabrede qualifiziert, namentlich ob diese geeignet sind, eine Wettbewerbsabrede zu bezwecken oder bewirken.

B.3.1.1 Contrat fibre de service

40. Der „Contrat fibre de service“ hat den Verkauf der Nutzungsrechte (droits d'utilisation de fibres de services; nachfolgend: DUFs) an den beiden pro Gebäude errichteten Gebäudefasern an Swisscom und FTTH FR zum Gegenstand, [...].¹³ Der Vertrag wird zwischen SLNC, FTTH FR und Swisscom geschlossen.¹⁴

41. [...]

42. Als Preis für die DUFs wird in Kapitel 4.3 die nachfolgende Berechnungsformel pro Erbauungszone zugrundegelegt: [...] Zudem wird ein jährlicher Preis für den Unterhalt von CHF [...] pro Faser und einmalig CHF [...] pro Spleissung im Bereich der Gebäudefaser vereinbart.

43. Im Hinblick auf die Verwendung der Gebäudefaser vereinbaren die Kooperationsparteien, dass diese [...] verwendet werden dürfen [...].¹⁵

44. Der Vertrag wird für eine Laufzeit von [...] Jahren geschlossen mit der Möglichkeit, die Laufzeit um jeweils [...] Jahre zu verlängern.¹⁶

45. Indem die Gebäudefasern ausschliesslich den Kooperationspartnern überlassen werden und sie fix zugesagt haben, diese abzunehmen, werden andere Wettbewerber von diesem Angebot der SLNC ausgeschlossen. Daher ist diese Abrede geeignet eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken oder zu bewirken. Diese Klausel (vgl. Rz 41) ist folglich als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

46. Im „Contrat fibre de service“ wird zwischen den Parteien vereinbart, dass die Gebäudefaser lediglich zu ganz bestimmten Zwecken genutzt werden kann. [...] Dadurch, dass die Kooperationspartner vereinbaren, die Gebäudefaser nur zu ganz spezifischen Zwecken zu

verwenden, können diese Dritten nicht vollumfänglich angeboten werden, auch wenn sie von den Kooperationspartnern nicht selbst genutzt werden. Die Abrede ist also geeignet eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken oder zu bewirken. Daher ist diese Vertragsklausel (vgl. Rz 43) als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

B.3.1.2 Contrat de Partenariat

47. Im „Contrat de Partenariat“ regeln die Kooperationsparteien das Zusammenwirken im Rahmen der SLNC, wobei in erster Linie das Innenverhältnis zwischen den Kooperationsparteien und deren Vertretung und Befugnisse bei der SLNC betroffen sind.

48. [...]

49. Zur Finanzierung von SLNC verpflichten sich die Vertragsparteien SLNC insgesamt CHF [...] zu einem [...] zu leihen.¹⁷

50. Im Rahmen des Aufbaus der Glasfasernetzwerkinfrastruktur vereinbaren die Kooperationspartner ein Konkurrenzverbot gegenüber SLNC im Hinblick auf den möglichen Aufbau eines parallelen Netzes.¹⁸ [...]

51. [...]

52. Das im Contrat de Partenariat vereinbarte Vorkaufrecht (vgl. Rz 48) schliesst aus, dass interessierte Dritte Anteile von SLNC ohne weiteres übernehmen können. Damit wird der Betrieb der Glasfasernetzwerkinfrastruktur grundsätzlich auf die Kooperationspartner beschränkt. Die Abrede ist daher geeignet eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Sie ist demnach als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG einzustufen.

53. Beim Konkurrenzverbot im Rahmen des Aufbaus und Betriebs der Glasfasernetzwerkinfrastruktur (vgl. Rz 50) handelt es sich um eine Selbstbeschränkung der Kooperationspartner. Damit vereinbaren sie, dass sie es in Zukunft unterlassen werden – zumindest in Teilen – eine parallele Infrastruktur aufzubauen und zu betreiben. Die Abrede ist daher geeignet eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Sie ist demnach als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG einzustufen.

54. Das vereinbarte Konkurrenzverbot im Falle der Kündigung des Vertrages durch eine Partei von [...] Jahren (vgl. 51) bewirkt, dass die ausscheidende Partei für diese Zeit darauf verzichtet mit der anderen Partei im Bereich Glasfaser in Konkurrenz zu treten. Gegeben einen solchen Fall, bezweckt und bewirkt die Abrede daher eine Wettbewerbsbeschränkung. Sie ist demnach als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG einzustufen.

¹⁰ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 7), Art. 4 Abs. 1 N 40.

¹¹ ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 4 N 24 f.

¹² BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 7), Art. 4 Abs. 1 N 68.

¹³ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 8, S. 2.

¹⁴ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 8, S. 1.

¹⁵ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 8, S. 4 f.

¹⁶ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 8, S. 6.

¹⁷ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 12, Rz 65 ff.

¹⁸ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 12, Rz 80 f.

B.3.1.3 Principes d'Appels d'Offres pour la construction du réseau FTTH

55. Die Ausschreibungsgrundsätze gelten gegenüber den einzigen beiden Ausschreibungsadressaten Groupe E und Swisscom und regeln die Auftragserteilung.¹⁹

56. [...]

57. [...]

58. Die Vertragsbestimmungen sind lediglich im Innenverhältnis der Kooperationspartner anwendbar und regeln die Zuständigkeiten beim Aufbau der Glasfasernetzwerkinfrastruktur. Alleine die Koordination des Baus der Glasfasernetzwerkinfrastruktur zwischen den beiden Partnern ist noch nicht geeignet eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu bewirken.

59. Die Abrede betreffend des Preises pro Nutzungseinheit im Bereich der Nutzung der Kabelkanalisation kann – wenn der Preis zu hoch angesetzt wird – hingegen eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Sie ist daher als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

B.3.1.4 Contrat canalisation à câbles (DUCT)

60. Der Nutzungsvertrag für die Kabelkanalisation regelt die Nutzung der Kabelkanalisation von Groupe E durch SLNC.²⁰ In diesem Rahmen wird für [...] Jahre ein Nutzungsentgelt in Höhe von CHF [...] pro Nutzungseinheit festgelegt, welches auf Basis regulierter Preise von einer durchschnittlichen Länge der Kabelkanalisation von [...] m ausgeht.²¹ Zudem werden jährliche Unterhaltskosten von CHF [...] pro Nutzungseinheit zugrunde gelegt.

61. [...]

62. Die Vereinbarung des Nutzungsentgelts für die Kabelkanalisationen betreffend den Preis für die Verrechnung der Kabelkanalisationen (vgl. Rz 60) kann – wenn dieses zu hoch angesetzt wird – grundsätzlich eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Sie ist daher als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

63. Auch die Nutzungseinschränkung der Kabelkanalisation sowie das Verbot diese an Dritte weiterzuvermieten kann eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken (vgl. 61) und ist daher als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

B.3.1.5 Vertragsurkunde Kooperation FTTH - Kabelkanalisation

64. Im Rahmen des Nutzungsvertrags zwischen Swisscom und SLNC wird vereinbart, dass SLNC die Kanalisation ausschliesslich zur Erbringung von Fernmeldediensten nutzen darf und dass eine Weitervermietung an Dritte ausgeschlossen ist.²²

65. [...]

66. Der Zutritt zu den Standorten wird zudem nur akkreditierten Montage-/Kabelzugunternehmen gewährt, welche von der Nutzerin für Auftragsarbeiten zu beauftragen ist.²³

67. Als Nutzungsentgelt werden zwischen Swisscom und SLNC CHF [...] für [...] Jahre vereinbart, wobei die Berechnung des Nutzungsentgelts der gesetzlichen

Regulierung basierend auf einer durchschnittlichen Rohrlänge von [...] m und einer Nutzungsdauer von [...] Jahren entspricht.²⁴

68. Durch die Begrenzung der Nutzung und dem Verbot der Weitervermietung (vgl. Rz 64) schränken sich die Vertragsparteien in den Möglichkeiten auf dem Markt in Wettbewerb zu treten ein. Die Vertragsklausel ist daher als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

69. Die zusätzliche Vereinbarung, [...], schränkt SLNC in der Verwendung der Glasfaserkabel ein und ist daher als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

70. Die Abrede betreffend des Preise pro Nutzungseinheit im Bereich der Nutzung der Kabelkanalisation (vgl. Rz 67) kann eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Sie ist daher als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

B.3.1.6 Contrat d'Engagements Minimaux

71. Im Rahmen des „Contrat d'Engagements Minimaux“ verpflichten sich die Kooperationspartner eine Mindestmenge von [...] % der Nutzungsrechte sämtlicher im Kanton Freiburg erbauten Glasfaserleitungen abzunehmen.²⁵

72. Die Vertragsbestimmung ist lediglich im Innenverhältnis der Kooperationspartner anwendbar und regelt die Mindestabnahmemenge, was ein Bestandteil des finanziellen Engagements an der Glasfaserkooperation darstellt.

B.3.1.7 Contrat d'utilisation de fibres optiques

73. Im „Contrat d'utilisation de fibres optiques“ werden die Verkaufsbedingungen für den Bezug von Nutzungsrechten (nachfolgend: DUFO) an einzelnen Glasfasern von SLNC geregelt.²⁶ [...]

74. Der Vertrag sieht für die Kunden von SLNC eine Mindestabnahmemenge von [...] % der Nutzungsrechte in der jeweiligen Kommerzialisierungszone vor, wobei die Mindestabnahmemenge über die Zeit gestaffelt wird und erst nach [...] Jahren erreicht sein muss.²⁷

75. Im Rahmen einer Eingabe vom 17. Januar 2012 haben die Kooperationsparteien nochmals klargestellt, dass die Mindestabnahmemengen von [...] % von den Vertragsparteien erst nach einer gewissen Zeit zum Tragen kommt.²⁸ Zudem halten sie fest, dass eine Mindestabnahmemenge notwendig ist, um die Blockierung einer Glasfaser im gesamten Nutzungsgebiet durch einen Kabelnetzbetreiber zu vermeiden, selbst wenn dieser die für ihn reservierte Glasfaser nicht nutzt.

¹⁹ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 14.

²⁰ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 15.

²¹ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 15, S. 4.

²² Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 16, S. 3 Rz 4.6.

²³ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 16, S. 5 Rz 5.12 f.

²⁴ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 16, S. 8 Rz 7.1.

²⁵ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 17, S. 2 f.

²⁶ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 18.

²⁷ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 18, S. 4.

²⁸ Schreiben der Parteien vom 17. Januar 2012.

76. Der im Vertrag festgelegte Preis beträgt einmalig CHF [...] pro DUFO und jährlich CHF [...] pro DUFO, wobei der Preis für die gesamte Laufzeit des Vertrages gilt.²⁹ Für den Unterhalt durch die SLNC werden jährliche Kosten von CHF [...] verlangt und für die notwendigen Spleissungen werden einmalig CHF [...] berechnet. Für DUFO, welche ab dem [...] bezogen werden, wird der zu bezahlende Einmalbetrag von CHF [...] pro Jahr um [...] % gesenkt.³⁰

77. Der „Contrat d'utilisation de fibres optiques“ stellt quasi einen Standardvertrag für Kunden von SLNC dar. Insbesondere, da sich die Kooperationspartner verpflichten, den Zugang zu den Glasfasern auf nichtdiskriminierende Art und Weise zu gewähren³¹, gelten diese Vertragsbestimmungen auch für sämtliche weitere Nachfra-

ger, die von SLNC Dienstleistungen in Zukunft nachfragen werden. Damit ist der „Contrat d'utilisation de fibres optiques“ in Zusammenhang mit dem „Contrat de Consitution“ als rechtlich erzwingbare Vereinbarung zwischen den Kooperationspartnern anzusehen. Sowohl die Festlegung der Mindestabnahmemenge (vgl. Rz 74) als auch die Festlegung der Preise (vgl. Rz 76) sind geeignet eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Daher sind diese Vertragsklauseln als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

B.3.1.8 Fazit

78 In den von Swisscom und Groupe E eingereichten Kooperationsverträgen befinden sich damit insgesamt elf Abreden, welche als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind. Diese sind:

Nr.	Bezeichnung	Referenz
1	Überlassung der Gebäudefaser	Rz 45
2	Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser	Rz 46
3	Konkurrenzverbot im Aufbau und Betrieb des Glasfasernetzes	Rz 50
4	Konkurrenzverbot beim Ausscheiden einer Partei	Rz 51
5	Vorkaufsrecht	Rz 48
6	Gewinnmarge bei Baukostenverrechnung	Rz 56
7	Kosten für die Miete der Kabelkanalisationen	Rz 57, 60, 67
8	Nutzungseinschränkung der Kabelkanalisationen	Rz 61
9	Mitsprache bei Übertragung Eigentum der Glasfasern	Rz 65
10	Mindestabnahmemenge	Rz 71, 74
11	Verkaufspreis DUFO	Rz 76

Tabelle 1: Überblick über die getroffenen Wettbewerbsabreden

79. Nachfolgend ist daher zu untersuchen, ob Anhaltspunkte bestehen, dass die identifizierten Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG unzulässig sein könnten.

B.3.2 Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bzw. der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs

80. Da es sich bei den in Tabelle 1 genannten Klauseln um Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zwischen Unternehmen auf gleicher Marktstufe handelt, stellt sich die Frage, ob der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG greifen könnte oder ob es sich um unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG handeln könnte.

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

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

82. Die Unterscheidung zwischen einer erheblichen Beeinträchtigung und einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist bei Wettbewerbsabreden zentral, da eine erhebliche Beeinträchtigung nach Art. 5 Abs. 1 und 2 KG gerechtfertigt werden kann und eine Beseitigung gesetzlich absolut verboten ist.³²

²⁹ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 18, S. 5.

³⁰ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 18, S. 8.

³¹ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 4, S. 3 Rz E.

³² BGE 129 II 18, 36 f., E. 8.3.2 (=RPW 2002/4, 731), *Buchpreisbindung*.

B.3.2.1 Überlassung der Gebäudefaser

83. In Ziffer [...] des Contrat fibre de service haben die Kooperationspartner folgendes vereinbart:³³

[...]

84. Es ist geplant insgesamt [...] Gebäudefasern pro angeschlossenem Gebäude zu errichten. Diese werden vollständig an die beiden Kooperationspartner verkauft. Alleine der Verkauf [...] Gebäudefasern an die beiden Besitzer von SLNC Swisscom und FTTH FR beeinträchtigt den Wettbewerb auf einem Markt für Waren oder Leistungen noch nicht erheblich. Zudem erfüllt die Klausel keinen Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG. Aus diesen Gründen ist gemäss derzeitigem Stand der Kenntnis davon auszugehen, dass die Überlassung der Gebäudefaser keine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG darstellt.

B.3.2.2 Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser

85. In Ziffer [...] des „Contrat fibre de service“ haben die Kooperationspartner folgendes vereinbart:³⁴

[...]

86. Durch die Vereinbarung werden die Gebäudefasern von den Telekommunikationsmärkten ausgeschlossen, obwohl diese zur Bereitstellung von Datenübertragungsdienstleistungen im Bereich Breitbandinternet verwendet werden könnten. Aufgrund der hohen Durchleitungskapazitäten der Glasfasernetzwerkinfrastruktur reicht bei aktuellem Nachfrageverhalten der Endkunden eine Glasfaser zum Gebäude und eine entsprechende Inhouse-Verteilung aus, um ihre Bedürfnisse abzudecken. In diesem Zusammenhang können sich Fernmeldedienstleister darauf spezialisieren eine Glasfaser von der Anschlusszentrale bis zum Gebäudeeingang (BEP) zu mieten und die Inhouse-Verteilung selbst in die Hand zu nehmen (z.B. durch W-LAN). Durch die Einschränkung der Nutzung der Gebäudefaser fallen diese Angebotsmöglichkeiten über diese Glasfasern weg, was zu einer Einschränkung der angebotenen Menge an Glasfasern auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur führt. Dennoch stehen neben den an Swisscom und Groupe E vermieteten Glasfasern grundsätzlich noch zwei weitere Fasern zur Nutzung zur Verfügung.

87. Durch die Zweckbindung der Gebäudefaser schränken die Parteien daher im Bereich Breitbandinternet das Angebot an Glasfasern, über welche Fernmeldedienste in das Gebäude erbracht werden können, ein. Aus diesem Grund ist diese Vertragsklausel geeignet den Vermutungstatbestand der Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG zu erfüllen.

B.3.2.3 Konkurrenzverbot beim Aufbau und Betrieb des Glasfasernetzes

88. In Kapitel [...] des Contrat de Partenariat haben die Kooperationspartner folgendes vereinbart:³⁵

[...]

89. Durch die Vertragsklausel verpflichten sich die beiden Kooperationspartner, ihr Gemeinschaftsunternehmen SLNC nicht zu konkurrenzieren. Grundsätzlich könnte beispielsweise Groupe E im Rahmen der Erneuerung von Stromkabeln in Zukunft ebenfalls Glasfaserkabel gleich mit verlegen und so sukzessive ein weiteres eigenes Glasfasernetzwerk aufbauen und in Zukunft für zusätzlichen Wettbewerb sorgen. Durch das Konkurrenzverbot wird der Aufbau einer zusätzlichen solchen Glasfasernetzwerkarchitektur verhindert. Sie ist daher geeignet eine Mengenbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG zu bewirken.

erung von Stromkabeln in Zukunft ebenfalls Glasfaserkabel gleich mit verlegen und so sukzessive ein weiteres eigenes Glasfasernetzwerk aufbauen und in Zukunft für zusätzlichen Wettbewerb sorgen. Durch das Konkurrenzverbot wird der Aufbau einer zusätzlichen solchen Glasfasernetzwerkarchitektur verhindert. Sie ist daher geeignet eine Mengenbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG zu bewirken.

B.3.2.4 Konkurrenzverbot beim Ausscheiden einer Partei

90. Unter Kapitel [...] des Contrat de Partenariat haben die Kooperationspartner folgendes vereinbart:

[...]

91. Durch die Vertragsklausel verpflichtet sich der ausscheidende Aktionär zu einem umfassenden Konkurrenzverbot für [...] Jahre. Der jeweils ausscheidende Kooperationspartner verpflichtet sich daher für [...] Jahre auf sämtliche Kunden in dem Kooperationsgebiet zu verzichten. Aus diesem Grund ist diese Klausel geeignet den Vermutungstatbestand der Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu erfüllen. (vgl. auch Rz 89).

B.3.2.5 Vorkaufsrecht

92. In Kapitel [...] des Contrat de Partenariat haben die Kooperationspartner folgendes vereinbart:

[...]

93. Da es sich beim Vorkaufsrecht weder um eine Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG), um eine Abrede über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen (Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG) noch um eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) handelt, greift die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG nicht. Das Vorkaufsrecht erschwert jedem Dritten (und potenziellen Konkurrenten) dereinst einen Teil der Infrastruktur zur erwerben und in den Markt einzutreten. Es besteht daher die Möglichkeit, dass es den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG beschränken könnte.

B.3.2.6 Gewinnmarge bei Baukostenverrechnung

94. In Abschnitt [...] des Vertrags: „Principes d'Appels d'Offres pour la construction du réseau FTTH“ haben die Kooperationspartner folgendes vereinbart :

[...]

95. Im Hinblick auf die Verrechnung der Kosten für die Erbauung der Glasfaserleitungen vereinbaren die Kooperationsparteien eine Gewinnmarge von [...] % der Kosten. Auf diese Weise erhöhen sich die Kosten des Gemeinschaftsunternehmens für den Aufbau der Glasfasernetzwerkinfrastruktur. Diese erhöhten Kosten werden sich in den von SLNC ihren Nachfragern in Rechnung gestellten Kosten für die DUFO widerspiegeln

³³ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 8, S. 3.

³⁴ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 8, S. 4.

³⁵ Meldung vom 30. November 2010 (act. 6), Beilage 12, S. 26 f.

und von den Nachfragern (derzeit Groupe E und Swisscom) getragen. Da Groupe E und Swisscom auf den verschiedenen Vorleistungsmärkten für Breitbandinternet auf gleicher Stufe miteinander in Wettbewerb stehen, könnte das Vereinbaren einer Gewinnmarge von [...] % auf den Errichtungspreise eine Abrede über die indirekte Festsetzung von Preise gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellen.

B.3.2.7 Kosten für Miete der Kabelkanalisationen

96. In Abschnitt [...] des Vertrags: „Principes d'Appels d'Offres pour la construction du réseau FTTH“ haben die Kooperationspartner folgendes vereinbart :

[...]

97. Diese Vereinbarung konkretisieren Groupe E und Swisscom, indem sie für die Miete der Kabelkanalisationen jeweils mit SLNC einen Vertrag abschliessen. Da die Kooperationspartner mit SLNC ein Gemeinschaftsunternehmen als Kooperationsform gewählt haben, wirken die beiden mit SLNC geschlossenen Verträge, wie Verträge, welche sie untereinander als Kooperationspartner geschlossen haben.

98. Im Vertrag „Contrat canalisation à câbles (DUCT)“ haben Groupe E und SLNC in Abschnitt [...] folgendes vereinbart:

[...]

99. Im Vertrag „Kooperation FTTH – Kanalisation“ haben Swisscom und SLNC in Abschnitt [...] folgendes vereinbart:

[...]

100. Die Preise für die Nutzung der Kanalisationen sind für Fernmeldedienstleister durch die Gesetzgebung im Bereich der Fernmeldedienste und für Elektrizitätsunternehmen durch die Gesetzgebung im Bereich Elektrizitätswirtschaft reguliert. In beiden Bereichen bestehen unterschiedliche Preise. [...] verrechnen Swisscom und Groupe E pro Nutzungseinheit CHF [...] an SLNC. [...]. Indem die Kooperationsparteien über SLNC dieselben Nutzungsentgelte für die Miete der Kabelkanalisationen [...] vereinbaren, [...], kann eine indirekte Absprache der Preise, welche gegenüber SLNC verrechnet werden, vorliegen.

101. Die Mietkosten für die Kabelkanalisationen beeinflussen die Kosten der DUFO, welche als Grundlage für die Erbringung von Dienstleistungen von Groupe E und Swisscom auf den Märkten für Breitbandinternet beeinflussen. Während Groupe E und Swisscom über SLNC beim Aufbau der Glasfaserinfrastruktur im Kanton Freiburg kooperieren und hierüber die Kosten für den Aufbau und die Nutzung dieser determinieren, konkurrieren sich die beiden auf den verschiedenen Märkten für Breitbandinternet. Eine Absprache, welche sich in den Aufbaukosten der Glasfasernetzwerkinfrastruktur niederschlägt und in die Kosten der DUFO einfließt und damit die Grundlage für die Preissetzung in den nachgelagerten Märkten darstellt, könnte daher als indirekte Preisabrede qualifiziert werden.

102. Indem die Kooperationspartner untereinander im Vertrag „Principes d'Appels d'Offres pour la construction

du réseau FTTH“ einen Preis für die Nutzung der Kanalisation von CHF [...] vereinbart haben, [...], könnte der über die Rohrlänge festgelegte Preis gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG als eine indirekte Preisabsprache qualifiziert werden.

B.3.2.8 Nutzungseinschränkung der Kabelkanalisation

103. Unter Ziffer [...] im „Contrat canalisation à câbles (DUCT)“ haben Groupe E und SLNC folgendes vereinbart:

[...]

104. Unter Ziffer [...] im „Kooperation FTTH – Kanalisation“ haben Swisscom und SLNC folgendes vereinbart:

[...]

105. In beiden Verträgen vereinbaren sowohl Swisscom als auch Groupe E mit SLNC eine Nutzungsbeschränkung der Kabelkanalisation. Dennoch steht Dritten die Nutzung der Kabelkanalisationen von Swisscom und Groupe E immer zu den gesetzlich regulierten Bedingungen offen. Hierbei handelt es sich weder um eine Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG), um eine Abrede über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen (Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG) noch um eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG). Daher greift die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG nicht. Dennoch könnte die Abrede zu einer Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG führen, indem mögliche noch vorhandene Rohrleitungskapazitäten, welche für den Glasfaseraufbau von SLNC genutzt werden, für andere Zwecke nicht mehr zur Verfügung stehen.

B.3.2.9 Mitsprache bei Übertragung am Eigentum der Glasfasern

106. In Ziffer [...] des Vertrages „Kooperation FTTH – Kanalisation“ haben Swisscom und SLNC folgendes vereinbart:

[...]

107. Bei der Vertragsklausel handelt es sich weder um eine Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG), um eine Abrede über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen (Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG) noch um eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG). Dennoch ist diese Vertragsklausel geeignet, den wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu beeinträchtigen, da eine Übertragung der Eigentumsrechte an einer Glasfaser an Dritte ohne schriftliche Zustimmung von Swisscom nicht gestattet ist.

B.3.2.10 Mindestabnahmemenge

108. In Ziffer [...] des „Contrat d'engagements minimaux“ haben FTTH FR, Swisscom und SLNC folgendes vereinbart:

[...]

109. In Ziffer [...] des „Contrat d’engagements minimaux“ haben FTTH FR, Swisscom und SLNC folgendes vereinbart:

[...]

110. In Ziffer [...] des „Contrat NAR“ vereinbart SLNC mit seinen Kunden folgendes:

[...]

111. In Ziffer [...] des „Contrat de constitution“ haben FTTH FR, Groupe E und Swisscom folgendes vereinbart:

[...]

112. Indem sich FTTH FR, Swisscom und SLNC über Mindestabnahmemengen geeinigt haben und im Rahmen des «Contrat de constitution» zudem vereinbart haben, dass SLNC ihre Kunden (einschliesslich Groupe E und Swisscom) die Glasfasern in nichtdiskriminierender Weise zur Verfügung stellt, haben FTTH FR, Swisscom und SLNC eine Abrede über die Einschränkung der Liefermenge dahingehend getroffen, dass lediglich Abnehmer der Mindestabnahmemenge von [...] % einen entsprechenden Zugang zum Glasfasernetz erhalten. Damit erhalten Anbieter, welche eine geringere Menge, als die Mindestabnahmemenge nachfragen die Menge null und diejenigen, die mehr als [...] % der Menge nachfragen die von ihnen tatsächlich nachgefragte Menge.

113. Derzeit verfügen allerdings kaum Fernmeldedienstanbieter über einen Marktanteil von [...] % so dass es sich für diesen lohnen würde, ein entsprechendes Angebot von SLNC in Anspruch zu nehmen. Damit ist die gegenüber Dritten angebotene Menge ausserhalb der Kooperation faktisch gleich null. Dies hat zur Folge, dass im Interkonnektionspunkt zwischen dem Bereich Drop und Feeder Dritten kein Zugang zur physischen Glasfaserinfrastruktur gewährt und die dort angebotene Menge faktisch auf null reduziert würde.

114. Da für die Unterstellung unter Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG nicht das für die Mengenabrede eingesetzte Mittel, sondern die Wirkung der Mengenbeschränkung relevant ist³⁶, ist die Abrede als Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren.

B.3.2.11 Verkaufspreis DUFO

115. In Ziffer [...] des Vertrages „Contrat NAR“ vereinbart SLNC mit seinen Kunden folgendes:

[...]

116. In Ziffer [...] des Vertrages „Contrat NAR“ vereinbart SLNC mit seinen Kunden folgendes:

[...]

117. In Ziffer [...] des Vertrages „Contrat NAR“ vereinbart SLNC mit seinen Kunden folgendes:

[...]

118. In Ziffer [...] des Vertrages „Contrat NAR“ vereinbart SLNC mit seinen Kunden folgendes:

[...]

119. In Ziffer [...] des „Contrat de constitution“ haben FTTH FR, Groupe E und Swisscom folgendes vereinbart:

[...]

120. Indem die Kooperationsparteien im „Contrat de constitution“ festgelegt haben, dass die Glasfasern auf nichtdiskriminierende Art und Weise bereitgestellt werden, ist der Contrat NAR als Standardvertrag anzusehen. In diesem haben die Kooperationsparteien einen einmaligen Preis von CHF [...] und ein monatliches Entgelt von CHF [...] pro Jahr für die Nutzung einer Glasfaser in den Bereichen zwischen Drop und OTO festgelegt. Gleiches gilt für die Unterhaltskosten und die Preise für Spleissungen. Damit vereinbaren Groupe E und Swisscom über SLNC, dass jedem Dritten, der den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur im Interkonnektionspunkt zwischen Drop und Feeder nachfragt, diese Preise für die Nutzung eines DUFOs in Rechnung gestellt werden. Da SLNC keine Vollfunktionseigenschaften aufweist, weil sich ihre Tätigkeit vorwiegend auf den Bau und die Wartung der Glasfasernetzwerkinfrastruktur beschränkt und sie keinen selbständigen Marktauftritt wahrnimmt, sind die über SLNC geschlossenen Verträge als Teil der Kooperation zwischen Groupe E und Swisscom anzusehen und damit also horizontale Abreden zwischen Swisscom und Groupe E zu qualifizieren.

121. Die Kooperationsparteien haben in ihrer Eingabe vom 17. Januar 2012 ausgeführt, dass die Verkaufspreise der Glasfasern der SLNC den tatsächlichen Gegebenheiten angepasst werden könnten.³⁷ Dies hätte zur Folge, dass die Verkaufspreise nicht zwingend für die Laufzeit der Kooperation fix vereinbart wären, sondern zu gewissen Zeitpunkten möglicherweise angepasst werden könnten. Die Anpassungen ändern allerdings nichts am Abredecharakter der vorliegenden Vertragsklausel.

122. Auf Basis der DUFO Preise für die Nutzung einer Glasfaser von SLNC erstellen Groupe E und Swisscom ihre Vorleistungs- und Endkundenangebote. Die Absprache über die Festsetzung der DUFO Preise kann daher als indirekte Preisabrede zwischen Groupe E und Swisscom im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG angesehen werden.

B.3.2.12 Fazit

123. Bei insgesamt sieben Vertragsklauseln liegt ein Vermutungstatbestand im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG vor. Diese sind:

³⁶ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 422.

³⁷ Schreiben der Parteien vom 17. Januar 2012.

Nr.	Bezeichnung	Vermutung nach	Referenz
1	Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser	Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG	Rz 85 f.
2	Konkurrenzverbot beim Aufbau und Betrieb des Glasfasernetzes	Art. 5 Abs. 3. Bst. b KG	Rz 108 f.
3	Konkurrenzverbot beim Ausscheiden einer Partei	Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG	Rz 90 f.
4	Gewinnmarge bei Baukostenverrechnung	Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG	Rz 94 f.
5	Kosten für die Miete der Kabelkanalisationen	Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG	Rz 96 ff.
6	Mindestabnahmemenge	Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG	Rz 108 ff.
7	Verkaufspreis DUFO	Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG	Rz 115 ff.

Tabelle 2: Überblick über die getroffenen Wettbewerbsabreden

124. Sämtliche dieser Abreden wirken sich direkt oder indirekt auf den Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (vgl. Rz 159) und gegebenenfalls auf die nachgelagerten Märkte aus. Nachfolgend muss daher geprüft werden, ob die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur umgestossen werden kann.

125. Auf eine weitergehende Betrachtung derjenigen Klauseln, welche unter gewissen Umständen eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG bewirken können wird nachfolgend nicht weiter eingegangen. Diese wären gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt im Rahmen eines weiteren Verfahrens zu untersuchen, sobald diese eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten können. Da mit dem Aufbau der Glasfasernetzwerkinfrastruktur noch nicht begonnen wurde und das Gemeinschaftsunternehmen nach jetzigem Kenntnisstand bis dato noch nicht gegründet wurde³⁸, können die Vertragsklauseln derzeit noch keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG bewirken.

B.3.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG im Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

126. Die Vertragsklauseln „Mindestabnahmemenge“ und „Verkaufspreis DUFO“ wirken sich auf die Bereitstellung einer gesamten Glasfasernetzwerkinfrastruktur in den Bereichen Drop und Inhouse aus. In diesem Rahmen stellt sich die Frage, ob für die Bereitstellung einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur in den Bereichen Drop und Inhouse ein eigenständiger Markt abzugrenzen ist. Wie im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens Swisscom (Schweiz) AG / Groupe E SA festgehalten wurde, bestehen derzeit neben den Kooperationspartnern keine weiteren Nachfrager nach einer solchen Infrastruktur. Daher kann für die Zwecke der Vorabklärung auf die separate Abgrenzung eines entsprechenden Marktes für eine

Glasfasernetzwerkinfrastruktur in den Bereichen Drop und Inhouse verzichtet werden. Im Rahmen einer ex post Betrachtung könnte sich hingegen aufgrund möglicher tatsächlicher oder potenzieller Nachfrager allerdings eine separate Marktabgrenzung aufdrängen.

127. Aufgrund der Klauseln: „Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser“, „Konkurrenzverbot beim Aufbau und Betrieb des Glasfasernetzes“, „Konkurrenzverbot beim Ausscheiden einer Partei“, „Gewinnmarge bei Baukostenverrechnung“, „Kosten für die Miete der Kabelkanalisationen“, „Mindestabnahmemenge“ und „Verkaufspreis DUFO“ wird eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten vermutet, welche sich auch auf die nachfolgenden Marktstufen auswirken. Nachfolgend wird geprüft, ob diese gesetzliche Vermutung widerlegt werden kann. Dazu werden in einem ersten Schritt die Fakten und Grundlagen vorgestellt und die Marktabgrenzungen vorgenommen.

B.3.3.1 Fakten und Grundlagen

128. Nachfolgend werden in einem ersten Schritt die technischen Grundlagen, welche für die Beurteilung der Marktsituation relevant sind, erläutert. Basierend hierauf ist es möglich die Geschäftstätigkeit der einzelnen Fernmeldedienstanbieterinnen zu unterscheiden und entsprechend ihrer Tätigkeit als Anbieter oder Nachfrager die entsprechenden Märkte abzugrenzen. Da im Telekommunikationsbereich verschiedene Abhängigkeiten zwischen den einzelnen Marktstufen bestehen, sind die verschiedenen Interdependenzen im Rahmen der Einflüsse der benachbarten, vorgelagerten und nachgelagerten Märkte zu berücksichtigen.

³⁸ Vgl. Abfrage im zentralen Firmenindex (ZEFIX): www.zefix.ch vom 17. Januar 2012.

B.3.3.1.1. Technische Grundlagen

129. Die technischen Grundlagen dienen dazu, die Wirkungsweisen und Handlungsspielräume der einzelnen Akteure im Markt besser einschätzen zu können. Nachfolgend werden das ISO/OSI Modell sowie die darauf aufbauenden Angebote der Netzbetreiber, die unterschiedlichen Netzwerktechnologien sowie die notwendigen Arbeiten zur Errichtung einer Netzwerkarchitektur kurz beschrieben.

B.3.3.1.1.1 ISO/OSI – Modell³⁹ und die darauf aufbauenden Angebote im Breitbandinternetmarkt

130. Damit heterogene Informationssysteme in eine Kommunikationsbeziehung treten können, ist es unumgänglich, dass gemeinsame Schnittstellen definiert werden, über welche ein solche Kommunikation stattfinden kann. Das ISO/OSI-Referenzmodell ist ein so genanntes

offenes Protokoll, welches die logischen und physikalischen Regeln der elektronischen Kommunikation zwischen einem Sendergerät und einem Empfängergerät definiert. Auf physikalischer Ebene wird festgelegt, wie Nachrichten übertragen werden. Auf logischer Ebene wird festgelegt, wie die übertragenen Nachrichten aufgebaut sind. Das ISO/OSI-Referenzmodell ist ein sieben-schichtiges Modell, wobei die oberste Schicht (Layer 7) die Kommunikation zwischen Sender und Empfänger herstellt. Die Daten werden von oben nach unten heruntergereicht, wobei jede Schicht die eigentlichen Nutzdaten um – für die Kommunikation notwendige – Steuerungsdaten (Header) ergänzt. Während die oberen Schichten (Layer 5-7) anwendungsorientierte Schichten sind, stellen die unteren Schichten (Layer 1-4) transportorientierte Schichten dar.

Schicht / Layer	Funktionsbeschreibung
Layer 1 Physikalische Schicht	Übertragung von Bitfolgen in Form elektromagnetischer Signale über Kupferkabel, Koaxialkabel, optische Lichtwellenleiter (Glasfaser), Funk etc.
Layer 2 Netzzugangsschicht	Transport und Zugang zwischen direkt verbundenen Geräten (Modem-Modem, Router-Router, Computer zum Netz etc.) .
Layer 3 Internetschicht	Vermittlung und Leitweglenkung (Routing) von Datenpaketen im gesamten Netzwerk zwischen Endgeräten (Internetprotokoll; IP).
Layer 4 Transportschicht	Gesicherter Transport von Datenströmen zwischen Anwendungen (End-zu-End-Kommunikationsprotokolle): Isoliert die Anwendung von den Eigenschaften der Netze.
Layer 5-7 Anwendungen	Sprach-, Video- oder Datenübertragung zwischen Telefon-, Fernseh- und anderen Anwendungen auf Endgeräten und Computern.

Tabelle 3: ISO/OSI-Modell

131. Der Layer 4 ist eine logische Transportschicht.⁴⁰ Diese ist für eine gesicherte und reihenfolgegerechte Übertragung von Daten zwischen einem Sender und Empfänger zuständig. Sie bietet den anwendungsorientierten Schichten 5-7 einen einheitlichen Zugriff auf die übertragenen Daten, damit diese die Eigenschaften des Netzes nicht berücksichtigen müssen.

132. Der Layer 3 ist eine Vermittlungsschicht zur physischen Netzinfrastruktur.⁴¹ Über sie wird die effiziente Übertragung von Daten über das Netz zwischen dem Sender und Empfänger organisiert. Hierbei werden die Wegwahl und Weiterleitung der einzelnen Datenpakete bestimmt. Die Adressierung der einzelnen Knotenpunkte in dieser Schicht erfolgt über die IP-Adresse.

133. Der Layer 2 ist eine Sicherungsschicht für eine physische Punkt zu Punkt-Verbindung zwischen zwei Knoten.⁴² Über Layer 2 wird die gesicherte und zuverlässige Übertragung von Daten zwischen zwei im Netz direkt benachbarten Knotenpunkten realisiert, wobei die Richtigkeit der Übertragung der Datenpakete geprüft wird. Auch die Flusssteuerung, also welche Daten innerhalb welchem Zeitraum über die Kommunikationsleitung übertragen werden (Bandbreite), wird über diese Schicht gesteuert.

134. Der Layer 1 ist eine Bitübertragungsschicht über ein physisches Medium (z.B. Kupferkabel, Glasfaserka-

bel etc.), welche einen nachrichtentechnischen Kanal zwischen zwei benachbarten Knoten zur Übertragung eines Datenstroms über ein Medium ermöglicht.⁴³ Diese Schicht stellt mechanische, elektrische und weitere funktionale Hilfsmittel zur Verfügung, um physikalische Verbindungen zu aktivieren bzw. deaktivieren, sie aufrechtzuerhalten und Bits darüber zu übertragen. Über Layer 1 können sowohl digitale als auch analoge Signale übertragen werden.

135. Bei der Datenübertragung können auf verschiedenen Schichten des ISO/OSI-Modells Anpassungen vorgenommen werden, wobei die Anpassungsmöglichkeiten immer durch die Voreinstellungen der jeweils darunterliegenden Schicht eingeschränkt werden.

³⁹ OSI ist die Abkürzung von Open Systems Interconnection Reference Modell der Internationalen Organization for Standardisation (nachfolgend: ISO).

⁴⁰ Das OSI Referenzmodell, abrufbar unter: www.ac-co.ch/hpj/download/OSI_MODELL_%20_%20V2.pdf, 2; (3.8 2011); Das ISO/OSI Referenzmodell, abrufbar unter: web39.johnserver.de/Files/isoosi.pdf, 4, (3.8 2011).

⁴¹ Das OSI Referenzmodell (Fn 40), 2; Das ISO/OSI Referenzmodell (Fn 40), 5.

⁴² Das OSI Referenzmodell (Fn 40), 2; Das ISO/OSI Referenzmodell (Fn 40), 6.

⁴³ Das OSI Referenzmodell (Fn 40), 2; Das ISO/OSI Referenzmodell (Fn 40), 7.

B.3.3.1.1.2 Netzwerktechnologien

136. Der Aufbau einer neuen leitungsgebundenen Netzinfrastruktur der nächsten Generation ist weltweit zum vordringlichen Infrastrukturprojekt erklärt worden. Grundsätzlich stehen heute verschiedene Netzwerke für die Datenübertragung zur Verfügung. Diese sind, das Kupfernetz von Swisscom, die Koaxialkabelnetze der Kabelnetzbetreiber, die sich im Aufbau befindliche Glasfasernetzwerkinfrastruktur, die Powerline Technologie, die mobilen Technologien sowie die Satellitentechnologie.

Kupferkabelnetztechnologie

137. Über das Kupferkabelnetz werden mittels elektrischem Strom Daten über ein spezifisches Frequenzspektrum übertragen. Aufgrund der physikalischen Eigenschaften der Stromübertragung über das Kupferkabelnetz und des damit verbundenen Spannungsabfalls über einen elektrischen Leiter, ist die physikalisch mögliche Durchleitungsfähigkeit von der Länge des Kupferkabels abhängig. Mit dem heute zur Verfügung stehenden Kupferkabelnetz zwischen einer Anschlusszentrale von Swisscom und einem Haushalt lassen sich mittels ADSL («asymmetric digital subscriber line») die für den massentauglichen Internetdienst notwendigen Datenraten realisieren.⁴⁴ Die derzeit leistungsstärkste DSL-Variante ist Very High Speed DSL (VDSL und VDSL2, bei welchem der Teil der Distanz zwischen Anschlusszentrale und VDSL-Anlage mit Glasfaser zurückgelegt wird). Auf den im Anschlussnetzwerk üblichen Leitungen erreicht VDSL2 eine reelle maximale Downstream-Datenrate von 30 Mbit/s, wobei diese Geschwindigkeit allerdings nicht für alle Kunden direkt von der Ortszentrale aus bereitgestellt wird. Damit solche Übertragungsraten erreicht werden können, muss sich die VDSL-Anlage innerhalb einer Reichweite von ca. 750 Metern vom Endkunden befinden. Hierzu wird – als wahrscheinlich letzter Schritt in der DSL Entwicklung – eine Glasfaserleitung von der Ortszentrale bis zum Strassenkasten realisiert. Um noch höhere Leistung im Zugangsnetz zu erreichen, als sie VDSL bietet, muss die Glasfaser über die gesamte Strecke bis zum Endbenutzer verlegt werden.⁴⁵ Aus diesem Grund sind Datenübertragungsdienstleistungen, welche gemäss dem heutigen Stand der Technik über das Kupferkabelnetz erbracht werden können auf ca. 30 Mbit/s beschränkt. In Zukunft können diese aufgrund technologischer Neuerungen allerdings gemäss Aussagen von Swisscom⁴⁶, Sunrise⁴⁷ und EWL⁴⁸ auf bis zu maximal 100 Mbit/s ansteigen. Zudem gibt Sunrise an, dass eine weitere Steigerung der Leistungsfähigkeit der Kupferleitungen nicht erwartet werden kann, da keiner der grossen Player im Markt mehr an einer Steigerung der Leistungsfähigkeit des Kupfernetzes interessiert sei.⁴⁹

138. Die Kupferkabeltechnologie ermöglicht daher die Erbringung von Layer 1, Layer 2 und Layer 3 Dienstleistungen bis zu einer maximalen Übertragungsrate von ca. 30 Mbit/s pro Leitung, wobei aufgrund der physischen Gegebenheiten die Übertragungsrate von der über das Kupferkabel zurückzulegende Distanz abhängig ist. Diese zurückzulegende Distanz kann durch den Ausbau einer Teilstrecke (z. B. bis zum Streetcabinet) verkleinert werden,⁵⁰ was dazu führt, dass eine grössere Anzahl

Kunden von den über VDSL erreichbaren Übertragungsgeschwindigkeiten profitieren kann.

Kabelnetztechnologie

139. Die Kabelfernsehnetze (nachfolgend: CATV-Netze) zeichnen sich durch eine Kombination von Übertragungsmedien aus, welche im ersten Teil des Anschlussnetzes Glasfasern und in der Feinverteilung Koaxialkabel verwenden. Hierbei ist zu beachten, dass das Koaxialkabelnetz speziell für die Übertragung von Frequenzen entwickelt wurde. Über die neueste Version der CATV-Datenübertragungstechnologie, DOCSIS 3.0, lassen sich derzeit pro Kanal bis zu 200 Mbit/s durchleiten,⁵¹ wobei es bereits Laborversuche gibt, in welchen eine Durchleitungsrate von über 1'000 Mbit/s realisiert wurden.⁵²

140. Dabei ist zu beachten, dass die Bandbreitengrenze der CATV-Netze nicht ohne weiteres mit den Bandbreiten von VDSL-Angeboten verglichen werden kann. Die Netzwerkstruktur von UPC-Cablecom zeichnet sich durch eine Ringstruktur aus, welche die einzelnen Hubs mit Glasfasern verbindet, wobei sämtliche an einen Hub angeschlossenen Haushalte eine Zelle bilden. Das Koaxialkabel verläuft im Endkundenbereich in jeder Zelle in einer Ringstruktur, so dass die maximale Bandbreite unter den Endkunden einer Zelle aufgeteilt werden muss. Zur Vergrösserung der Bandbreite können ohne Modifikation der Netzwerkarchitektur analoge Kanäle zugunsten weiterer digitaler Kanäle abgeschaltet werden, wodurch pro Kanal innerhalb einer Zelle zusätzliche Bandbreiten zur Verfügung stehen. Mit Modifikation der Netzwerkarchitektur können Kabelnetzbetreiber auch die über das Koaxialkabel angeschlossenen Endkundenzellen verkleinern, indem sie Teilstücke des Koaxialkabelnetzes durch Glasfasernetze ersetzen und damit die Anzahl der einzelnen Hubs und damit die Anzahl erschlossener Zellen erhöhen. Hierdurch wird gleichzeitig die Anzahl in einer Zelle angeschlossenen Endkunden, welche sich die in der Zelle verfügbare Bandbreite teilen, verringert. Eine weitere Möglichkeit, die Bandbreite im Koaxialkabelnetz zu erhöhen besteht darin, dass zusätzliche Verstärker in den Koaxialkabelbaum eingebaut werden. Die heute mögliche Bandbreitengrenze im Massengebrauch von DOCSIS 3.0 beträgt 400 Mbit/s, die aber unter den Endkunden einer Zelle aufgeteilt werden muss («shared medium»). Theoretisch sind wohl über sämtliche Kanäle Bandbreiten bis 5 Gbit/s *shared* möglich, die entsprechende Hardware ist allerdings noch nicht verfügbar. Zudem müssten zusätzliche Verstärker

⁴⁴ Evaluation des schweizerischen Fernmeldemarkts (Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats KVF-S vom 13. Januar 2009 [09.3002]; nachfolgend: Fernmeldebericht 2009), 94.

⁴⁵ Fernmeldebericht 2009 (Fn 44), 94 f.

⁴⁶ Antworten Fragebogen an Swisscom vom 1. Juni 2011, 5.

⁴⁷ Antworten Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 11.

⁴⁸ Antworten Fragebogen an EWL vom 1. Juni 2011 (Beilage), 15.

⁴⁹ Antworten Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 12.

⁵⁰ Vgl. Antworten Fragebogen an EWZ vom 1. Juni 2011, 6.

⁵¹ Fernmeldebericht 2009 (Fn 44), 94.

⁵² Vgl. http://www.inside-it.ch/frontend/insideit?_d=_article&site=ii&news.id=24088.

und teilweise auch Glasfaserabschnitte eingebaut werden, was aufgrund der Architektur der Kabelnetze sehr aufwendig ist.⁵³ Allerdings ist insbesondere bei den Koaxialkabelnetzen zu beachten, dass die maximale Bandbreite nur für den Downstream gilt und symmetrische Bandbreiten nur sehr beschränkt angeboten werden können. Dies macht das Koaxialkabelnetz grundsätzlich unbrauchbar für Anwendungen im Geschäftskundenbereich, in welchem vorwiegend garantierte und symmetrische Bandbreiten nachgefragt werden.

Powerline Technologie

141. Die Powerline Technologie (PLC) kann im Anschlussbereich als Kabelinfrastruktur gebraucht werden. Als Übertragungsmedium dient hierbei das Stromnetz. Obwohl grundsätzlich Bandbreiten von bis zu 200 Mbit/s möglich sind, ist PLC in der Schweiz nie über eine Nischenrolle hinausgekommen.⁵⁴

Satellitentechnologie

142. Die Satellitentechnologie dient in der Schweiz lediglich zur Abdeckung der Grundversorgung und erreicht eine Datenrate von 600 kbit/s Downstream und 100 kbit/s Upstream. Aufgrund der eingeschränkten Datenraten wird die Satellitentechnologie fast nur dafür verwendet, in entlegenen Gebieten eine Kommunikation zu ermöglichen, wo andere Kommunikationsmöglichkeiten (z.B. über Kupferkabel, etc.) nicht gegeben sind.

Mobile Technologien

143. Bisher wurden die mobilen Technologien (wie z.B. GSM, UMTS) aufgrund fehlender Abdeckung und mangelnder Qualität der Datenübertragung sowie zu geringer Bandbreite nicht als Substitute zum drahtgebunden Breitbandinternet angesehen. Mit der Einführung des Mobilfunkstandards „Long Term Evolution“ (nachfolgend: LTE) werden in Zukunft signifikant höhere Datenraten möglich sein. Gemäss Fernmeldebericht des BAKOM werden beispielsweise in Zukunft «Downlink» (d.h. von der Basisstation zum Mobiltelefon) bis zu 100 Mbit/s und «Uplink» bis zu 50 Mbit/s angeboten werden können;⁵⁵ gemäss Swisscom sollen mit «Advanced LTE» sogar Bandbreiten von 1 Gbit/s erreicht werden.⁵⁶ Dabei ist allerdings zu beachten, dass sich alle Endkunden in einer Mobilfunkzelle die mögliche Bandbreite teilen müssen («shared medium») und LTE nur asymmetrische Angebote ermöglicht. Das Verhältnis von «Downlink» zu «Uplink» Geschwindigkeit beträgt im Normalfall ca. 7 zu 1. Dennoch wird LTE eine signifikante Verbesserung des mobilen Internet insbesondere bezüglich der Übertragungsgeschwindigkeit und der Stabilität der Verbindung bringen. Ein Indikator für diese Stabilität ist die Verzögerung, die ein Signal zwischen Basisstation und Endkunden erfährt, die mit LTE noch etwa 1/10 der Verzögerung beim herkömmlichen UTMS HSPA («High Speed Packet Access») beträgt.

Glasfaserkabeltechnologie

144. Mit der Glasfaserkabeltechnologie bis in die Haushalte lassen sich Bandbreiten erreichen, welche die Bandbreiten der anderen Technologien um ein vielfaches übersteigen. In einem Versuch haben Wissenschaftler des Fraunhofer Heinrich-Hertz-Instituts bereits Übertragungsraten von über 10'000'000 Mbit/s er-

reicht.⁵⁷ Damit weist die Glasfaserkabeltechnologie heute Übertragungskapazitäten auf, welche quasi als unbeschränkt eingestuft werden können.

B.3.3.1.2. Ökonomische Grundlagen

145. Die ökonomischen Zusammenhänge betreffen insbesondere die Aufbaukosten der Glasfasernetzinfrastruktur, die Wirkungsweise einzelner Preispläne bei den Vorleistungsangeboten und die damit verbundenen Diskriminierungsmöglichkeiten und eine Analyse der bisherigen Entwicklung der Endkundennachfrage auf dem Breitbandinternetmarkt.

B.3.3.1.2.1 Aufbaukosten der Glasfasernetzinfrastruktur

146. In den in der Schweiz bestehenden Kooperationsmodellen werden grundsätzlich drei verschiedene Ausbaubereiche unterschieden. Diese sind die Verkabelung innerhalb eines Hauses (Bereich Inhouse), die Verkabelung zwischen dem ersten geeigneten Übergabepunkt und dem Hauseingang (Bereich Drop) und die Verkabelung zwischen dem Übergabepunkt und der jeweiligen Anschlusszentrale des Netzbetreibers (Bereich Feeder). Für jeden dieser Bereiche entstehen verschiedene Kosten.

Inhouse

147. Im Bereich Inhouse muss die Verkabelung vom BEP bis OTO gewährleistet werden. Dies umfasst verschiedene Arbeiten, wie den Kabelzug durch vorhandene Leerrohre (bzw. der Verlegen von Rohrleitungen innerhalb eines Hauses), den Anschluss und die Spleisung der einzelnen Steckdosen und Muffen etc.

Drop

148. Zur Verlegung von Kabeln zwischen dem DP und dem BEP sind Kabelzugarbeiten und, wo keine Leerrohre bestehen, ebenfalls Tiefbauarbeiten notwendig. Hinzu kommen verschiedene Kosten für die Projektierung und das Management der Bauarbeiten.

Feeder

149. Neben Kabelzugarbeiten sind im Feeder Bereich ebenfalls Tiefbauarbeiten zu unternehmen, wenn nicht bereits eine Rohrleitungsinfrastruktur zur Verfügung steht. Zudem muss die entsprechende Verkabelung in der Anschlussstation sowie die Verteilung der einzelnen Glasfasern über den OMDF eingerichtet werden.

B.3.3.1.2.2 Preispläne und Layer

150. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht unterscheiden sich die Einsatzmöglichkeiten zwischen den einzelnen Vorleistungsprodukten hauptsächlich über die Konfigurationsmöglichkeiten. Während auf Layer 1 die volle Freiheit der Angebotsgestaltung des Nachfragers steht und dieser lediglich durch die physischen Eigenschaften des

⁵³ Die meisten Kabel der Kabelnetzbetreiber wurden in engen Stahlrohren verlegt. Ein grosser Teil der Kabel liegt sogar direkt in der Erde. Vgl. RPW 2008/4, 763 Rz 33, *Gutachten Kabelkanalisationen*.

⁵⁴ Fernmeldebericht 2009 (Fn 44), 95.

⁵⁵ Fernmeldebericht 2009 (Fn 44), 28.

⁵⁶ Antworten Fragebogen an Swisscom vom 1. Juni 2011.

⁵⁷ <http://www.verivox.de/nachrichten/forscher-stellen-geschwindigkeitsrekord-ueber-glasfaser-auf-71607.aspx>.

Übertragungsmediums eingeschränkt ist, hat er auf Layer 2 und den darüber liegenden Layern keine Kontrolle mehr über die dort erbrachte Flusskontrolle und damit der möglichen Bandbreiten. Derjenige Akteur, welcher die Flusskontrolle und damit die auf dem Netz verfügbare Bandbreite kontrolliert, hat die Möglichkeit den auf der Nachfrageseite (insbesondere im Privatkundenbereich) relevanten technischen Wettbewerbsparameter zu beeinflussen. Durch das Bereitstellen verschiedener Profile bei der zur Verfügung stehenden Bandbreite auf Layer 2 und den darüber liegenden Layern kann der Anbieter eine umfassende Preisdifferenzierung realisieren.

151. Neben den zur Verfügung gestellten Bandbreiten, bietet beispielsweise Swisscom auch die Option zwischen vier verschiedenen Verkehrsklassen wie Best Effort, Priority, Control und Real Time zu wählen. Über die Verkehrsklasse können beispielsweise verschiedene Datenpakete in unterschiedlicher Reihenfolge übertragen werden, so können beispielsweise Datenpakete, welche Email-Daten enthalten, mit geringerer Priorität übertragen werden als Datenpakete, die Voice-over-IP (nachfolgend: VoIP)-Daten enthalten. Auch die Wahl der Verkehrsklassen wird letztendlich über die Flusskontrolle geregelt.

152. Für den Geschäftskundenbereich, in welchem vorwiegend symmetrische Bandbreiten nachgefragt werden, bietet Swisscom symmetrische Bandbreiten im Profil ELAN ab 2 Mbit/s symmetrisch für CHF [...] und 1'000 Mbit/s für CHF [...] an. Im Privatkundenbereich, in welchem vorwiegend asymmetrische Bandbreiten zum

Einsatz kommen, liegen die Preise bei CHF 5.– (für 0.3 Mbit/s download und 0.1 Mbit/s upload) und CHF 49.– (für 20 Mbit/s download und 1 Mbit/s upload). Zudem ist die Servicequalität im Privatkundenbereich anders, so dass die Angebote der Vorleistungsprofile im Privatkundenbereich nicht ohne weiteres im Geschäftskundenbereich eingesetzt werden können.

153. Die von den Anbietern von Layer 2-Produkten durchgeführte Preis- und Angebotsdifferenzierung ist aufgrund von durch sie bestimmten Einstellungen auf dem Layer 2 des ISO/OSI-Modells möglich. Bezieht beispielsweise ein ISP ein Layer 1-Produkt, so kann dieser die Flusskontrolle bestimmen und hat damit die Möglichkeit gegenüber den nachgelagerten Marktstufen entsprechende Preis- und Angebotsdifferenzierungen vorzunehmen. Daher ist die Bestimmung der Flusskontrolle ein für die Ausgestaltung des Business-Cases zentrales Element.

B.3.3.1.2.3 Entwicklung der Nachfrage nach Bandbreite bei Privatkunden

154. Gemäss dem Nielsen's Law steigt die Bandbreite einer Internetverbindung pro Jahr um 50 %⁵⁸ bzw. verdoppelt sich die Bandbreite alle 21 Monate (vgl. Abbildung 1). Zudem zeigt sich, dass die Nachfrage nach Bandbreite zwischen so genannten high-end users und low-end users um ca. 2-3 Jahre unterschiedlich ist.⁵⁹ Dementsprechend kommt EWL zu dem Schluss, dass im Jahr 2010 high-end users eine Bandbreite von ca. 31 Mbit/s nachfragten und low-end users eine Bandbreite von ca. 5-9 Mbit/s.⁶⁰

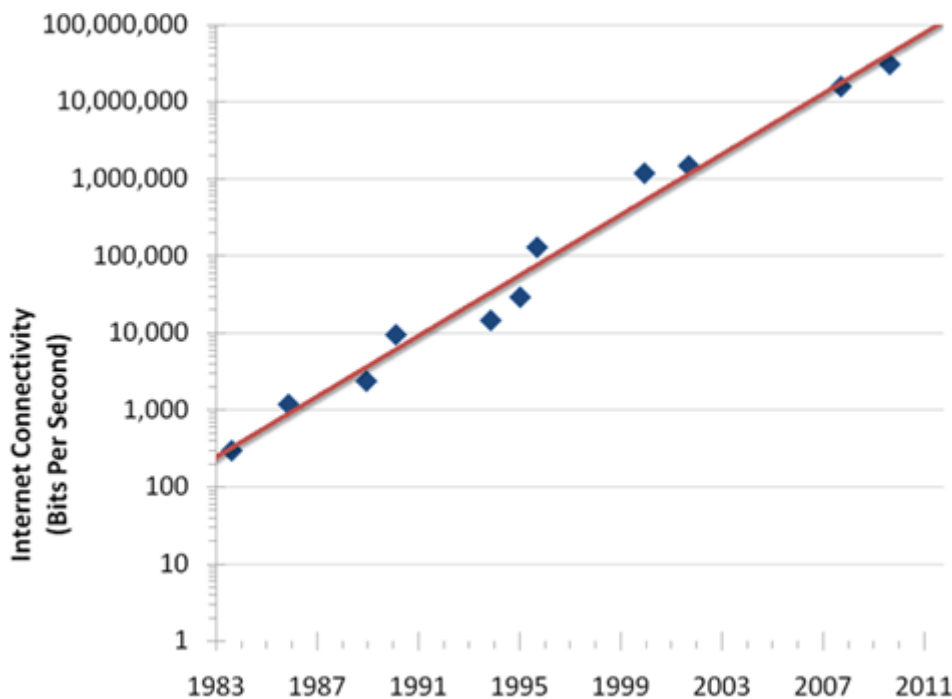


Abbildung 1: Veranschaulichung des Nielsen's Law.⁶¹

⁵⁸ JAKOB NIELSEN, Nielsen's Law of Internet Bandwith, 1 f., abrufbar unter: <http://www.useit.com/alertbox/980405.html>, (5.8.2011).

⁵⁹ JAKOB NIELSEN (Fn 58), 3.

⁶⁰ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011, S. 36, [www.weko.admin.ch/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuuq2Z6gpJCDdlF3g2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--\(04.01.2012\)..](http://www.weko.admin.ch/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuuq2Z6gpJCDdlF3g2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--(04.01.2012)..)

⁶¹ JAKOB NIELSEN (Fn 58), 1.

155. Auf dieser empirisch beobachtbaren Gesetzmässigkeit basieren die meisten für die Schweiz gemachten Vorhersagen zu der im Privatkundenbereich bereitgestellten Bandbreite.

156. In diesem Zusammenhang kommt die Studie von Sieber & Partner zum Schluss, dass bis zum Jahr 2020

Bandbreiten in der Grössenordnung zwischen 64 und 320 Mbit/s pro Endkunde nötig werden.⁶² Auch die im Rahmen der verschiedenen Vorabklärungen zum Thema FTTH durchgeführte Befragung von FDA hat ergeben, dass die erwartete Nachfrage nach Bandbreite im Jahr 2016 zwischen 30 und 235 Mbit/s liegen wird (vgl. Tabelle 4).

ISP	2012	2013	2014	2016
Finecom ⁶³	20 Mbit/s	30 Mbit/s	50 Mbit/s	100 Mbit/s
Cablecom ⁶⁴	-	-	-	30-50 Mbit/s
EWZ ⁶⁵	-	60 Mbit/s	-	-
EWB ⁶⁶	-	100 Mbit/s	-	200 Mbit/s
EWL (high end user) ⁶⁷	31 Mbit/s	-	-	235 Mbit/s

Tabelle 4: Schätzungen der Breitbandentwicklung

157. Geht man in den Schätzungen der Breitbandentwicklung tatsächlich von zwei Kundengruppen (high-end und low-end users) und dem Ausgangspunkt aus, dass 2010 die high-end users eine Bandbreite von ca. 31

Mbit/s nachfragten und die low-end users eine Bandbreite zwischen 5 und 9 Mbit/s nachfragten, kann man gemäss Nielsen's Law die nachfolgenden Nachfrageraten extrapolieren:

	2010	2011	2012	2013	2014	2015
High-end user	31 Mbit/s	47 Mbit/s	70 Mbit/s	104 Mbit/s	157 Mbit/s	235 Mbit/s
Low-end user	5 Mbit/s	8 Mbit/s	11 Mbit/s	17 Mbit/s	25 Mbit/s	38 Mbit/s
	9 Mbit/s	14 Mbit/s	20 Mbit/s	30 Mbit/s	46 Mbit/s	68 Mbit/s

Tabelle 5: Extrapolierte Entwicklung der Nachfrage nach Bandbreite für die Schweiz

158. Anhand dieser Hochrechnungen kann daher grundsätzlich eine Tendenz bestimmt werden, welche Anhaltspunkte gibt, ab wann eine Technologie für die Deckung der jeweiligen Kundennachfrage nicht mehr ausreicht.

B.3.3.2 Relevanter Markt

159. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog zur Anwendung kommt). Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

160. Um ein Gesamtbild der Wettbewerbswirkungen zu bekommen, werden im nachfolgenden Kapitel B.3.3.3

zugleich der benachbarte und die nachgelagerten Märkte betrachtet, auf welchen die Klauseln eine indirekte Wirkung entfalten können.

B.3.3.2.1. Vorbemerkung

161. Die Erbringung von drahtgebundenen Fernmeldedienstleistungen erfolgt jeweils über ein fest installiertes Medium (Kupferdraht, Koaxialkabel, Glasfaser etc.).

⁶² SIMON EHRENBAUM/DILIP VIMALASSERY, Breitbandinternetmarkt Schweiz – Handlungsoption der Netzbetreiber, 2010, Dr. Pascal Sieber & Partners AG, 7.

⁶³ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 36.

⁶⁴ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 36.

⁶⁵ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 36.

⁶⁶ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 36.

⁶⁷ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 36.

Damit ein Fernmeldediensteanbieter, der über kein eigenes Anschlussnetz zum Endkunden verfügt, Fernmeldedienste für einzelne Teilnehmeranschlüsse direkt (Layer 1-Angebot) erbringen kann, benötigt er einen Zugang zu einem Übertragungsmedium (Kupferdraht, Koaxialkabel, Glasfaser etc.).

162 Der Zugang zum jeweiligen Übertragungsmedium wird an einem so genannten Netzzugangspunkt (IP) gewährt. Dieser kann je nach Nutzung des jeweiligen drahtgebundenen Übertragungsmediums im BEP, im Kanalisationsschacht (Manhole, nachfolgend: MH), im Quartiersverteiler, in der Anschlusszentrale etc. liegen. Beim jeweiligen Netzzugangspunkt muss diejenige FDA, welche die physische Leitung selbst nutzen möchte, eine entsprechende Infrastruktur bereitstellen. Die Art der bereitzustellenden Infrastruktur hängt von dem jeweiligen IP ab. So muss beispielsweise im IP bei den Glasfaserkooperationen zwischen Swisscom und den EVU eine Feeder-Infrastruktur, Anschlusszentralen und eine Anbindung ans Backbone-Netz⁶⁸ bereitgestellt werden, um die Glasfasern bis zum OTO nutzen zu können. Ist der IP in der Anschlusszentrale von Swisscom oder der Trafostation eines EW, so müssen lediglich entsprechende Sende- und Empfangsgeräte installiert und betrieben sowie eine Anbindung ans Backbone-Netz gewährleistet werden.

163. Beim Zugang zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1-Angeboten wie der entbündelte Teilnehmeranschluss; nachfolgend: TAL oder dem Access Line Optical; nachfolgend: ALO) erhält der jeweilige Fernmeldediensteanbieter ein Übertragungsmedium (z.B. Kupferkabel, Glasfaserkabel, etc.) bis zum Endkunden, über welches er Kommunikationsdienstleistungen erbringen kann. Hierzu muss er sämtliche Schichten des ISO/OSI-Modells durch geeignete Geräte implementieren und hat daher die grösstmöglichen Freiheitsgrade in der Nutzung des Übertragungsmediums. Er wird letztendlich nur über die physischen Kapazitätsgrenzen des jeweiligen Übertragungsmediums eingeschränkt. Mit dem Zugang zur physischen Infrastruktur erhält die jeweilige FDA eine direkte physische Leitung zum Endkunden, welche sie exklusiv nutzen kann.

164. Beim so genannten Layer 2-Angebot erhält der Nachfrager die Möglichkeit gewisse durch das Angebot bestimmte Modifikationen am Layer 2 und den darüberliegenden Layern vorzunehmen. In der Regel behalten sich die Anbieter von Layer 2-Produkten allerdings vor, bei den Layer 2-Angeboten mindestens die Flussgeschwindigkeit selbst zu bestimmen. Dies hat zur Folge, dass die Anbieter von Layer 2-Produkten verschiedene Bandbreitenprofile anbieten, in deren Rahmen der Nachfrager die für ihn wichtigen Einstellungen auf Layer 2 und den darüberliegenden Layern ändern kann. Typische Layer 2 Angebote sind der Carrier Ethernet Service von Swisscom (nachfolgend: CES), welcher derzeit in den nachfolgenden Bandbreitenprofilen angeboten wird: 2 Mbit/s, 4 Mbit/s, 6 Mbit/s, 8 Mbit/s, 10 Mbit/s, 20 Mbit/s, 30 Mbit/s, 50 Mbit/s, 70 Mbit/s, 100 Mbit/s, 200 Mbit/s, 300 Mbit/s, 500 Mbit/s, 700 Mbit/s, 1 Gbit/s, 10 Gbit/s.⁶⁹

165. Beim sogenannten Layer 3-Angebot erhält der Nachfrager die Möglichkeit gewisse durch das Angebot bestimmte Modifikationen am Layer 3 (z.B. Adressierung

mit IP-Adressen etc.) und den darüberliegenden Layern vorzunehmen. Auf Layer 3 sind die Flussgeschwindigkeiten, welche im Layer 2 festgelegt werden bereits fix vorgegeben. Typische Layer 3 Angebote sind der Broadband Connectivity Service (BBCS) von Swisscom.

166. Da nur über den Layer 1 Datensignale physisch über ein Medium übertragen werden und die jeweils anderen Layer auf den hier erbrachten Diensten aufbauen, sind die Layer 2 bis 7 des ISO/OSI-Modells vom darunterliegenden Übertragungsmedium grundsätzlich unabhängig (vgl. Kap. B.3.3.1.1.1). Lediglich im Hinblick auf die möglichen maximalen Übertragungsraten sind diese physisch durch die Durchleitungsfähigkeit der darunterliegenden Netzwerkinfrastruktur begrenzt.

167. Das Bundesverwaltungsgericht äusserte sich in seinem Urteil vom 12. Februar 2009 zu der – für die Einordnung von Telekommunikationsnetzwerken wichtigen – Frage, der Abgrenzung zwischen dem physischen Zugang zu einem Übertragungsmedium (Layer 1) und den anderen Zugangsformen (Layer 2 etc.).⁷⁰ Hierbei hat sich das Gericht auf drei Kriterien zur Beurteilung der Substituierbarkeit dieser Zugangsformen abgestellt: Das Regulierungskonzept, den Investitionsbedarf und das Wertschöpfungspotenzial.

168. Betreffend die Regulierung hat das Bundesverwaltungsgericht dargelegt, dass der Gesetzgeber den technologischen Unterschieden zwischen dem physischen Zugang (Layer 1) und den anderen Zugangsformen (Layer 2 etc.) beim Gesetzgebungsprozess Rechnung getragen hat. Wenn der TAL ein Substitut zum schnellen Bitstromzugang darstellen würde, hätte der Gesetzgeber dies im Regulierungskonzept anerkannt. Als Folge hätte er daher aufgrund der dann disziplinierenden Wirkung des schnellen Bitstromzugangs eine Marktbeherrschung ausschliessen müssen und den TAL nicht zu regulieren brauchen. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber dargelegt, dass der schnelle Bitstromzugang lediglich eine „Einstiegstechnologie“ darstellt, welche es alternativen Anbietern ermöglicht, rasch und breit in den Markt einzutreten, um in der Folge schrittweise die Investitionen zu tätigen, welche notwendig sind, um auf den TAL zu wechseln.⁷¹ Aufgrund seiner Analyse kommt das Bundesverwaltungsgericht daher auch aus nicht regulatorischen Gründen zu dem Schluss, dass der Layer 1-Zugang und die anderen Zugangsformen (Layer 2 etc.) nicht miteinander substituierbar sind.

⁶⁸ Das Backbone-Netz stellt das Basisnetz eines Fernmeldediensteanbieters dar, auf welchem die Bandbreiten aller seiner Endkunden gebündelt und verwaltet werden. Das Backbone-Netz stellt daher den verbindenden Kernbereich eines Telekommunikationsnetzes dar. Vor diesem Hintergrund gelten spezielle Anforderungen in puncto hohe Bandbreiten, schnelle Übertragungsraten und grosse Ausfallsicherheit. Backbone-Netze werden daher meist redundant aufgebaut, so dass bei Teilausfällen im Backbone-Netz die Datenströme entsprechend umgeleitet werden können.

⁶⁹ Swisscom Handbuch Preise: Carrier Ethernet Service vom 01. Juli 2010.

⁷⁰ Urteil des BVerG, BVGE 2009/35, E. 8.4.5.

⁷¹ MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008, Rz 254 ff.

169. Da sich auf der einen Seite die technischen Möglichkeiten der Angebotsgestaltung und auf der anderen Seite die Investitionskosten für die Nutzung eines Layer-2 oder Layer-3 Angebots stark unterscheiden, stellen Layer 2- und Layer 3-Angebote grundsätzlich keine Substitute zum physischen Zugang dar.

B.3.3.2.2. Sachlich relevanter Markt

170. Im Rahmen der Kooperationen beim Aufbau und Betrieb von Glasfasernetzwerkinfrastrukturen im Anschlussnetz, erstellen Swisscom und Groupe E ein vier Glasfasern umfassendes Glasfasernetzwerk. Diese Glasfasern werden von den Kooperationspartnern zur Erbringung von Datenübertragungsdienstleistungen sowohl selbst genutzt als auch Dritten zur Nutzung angeboten, zum Beispiel durch Layer-1 Angebote (vgl. Rz 163). Mit einem Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz kann eine FDA die direkte physische Anbindung der Endkunden erreichen. Damit erreicht die FDA die vollständige Freiheit beim Anbieten eigener Dienste über die Glasfaserleitung. Sie muss allerdings erhebliche Investitionen für die Verbindung der Anschlusszentralen mit dem eigenen Backbone-Netz sowie die zur Erbringung der Dienstleistungen notwendige Hardware übernehmen. Da die gemeldeten Klauseln eng mit dieser Infrastrukturebene zusammenhängen (vgl. B.3.1), bilden die Layer 1-Angebote zum Glasfasernetz, d.h. der physische Zugang zum Glasfasernetz der Kooperationspartner, das Ausgangsprodukt dieser Marktabgrenzung.

B.3.3.2.2.1 Bedürfnisse der Marktgegenseite

171. Die Dienstanbieter auf dem Glasfasernetz unterscheiden sich stark bezüglich ihres Business-Case und des Endkundenangebotes. Ein solches Angebot besteht für Privatkunden beispielsweise aus 50 Mbit/s download und 5 Mbit/s upload. Dazu können zusätzliche Kanäle für Telefon, IPTV und Radio bezogen werden. Damit ist das Endkundenangebot bereits weitgehend strukturiert.⁷² Andere kleinere Anbieter erschliessen gezielt Endkunden mit massgeschneiderten Lösungen. Dafür würden sie einen Layer 1-Zugang vorziehen, da ein solcher aber noch nicht angeboten wird, weichen sie vorerst auf ein Layer 2-Angebot aus.⁷³ Wiederum andere Anbieter sind für ihr Endkundenprodukt zwingend auf einen Layer 1-Zugang angewiesen, da sie ihre Dienstleistungen nicht mit den über die auf einem höheren Layer als Layer 1 angebotenen Datenübertragungsdiensten erbringen können.⁷⁴

172. Sunrise bietet ihre Dienste auch über das ewz.zürinet an. Sunrise ist mit über 550 entbündelten Swisscom Anschlusszentralen deren wichtigster Entbündelungspartner.⁷⁵ In den meisten Städten der Schweiz ist Sunrise bereits in sämtlichen Anschlusszentralen von Swisscom präsent und somit dafür prädestiniert, ein Layer 1-Angebot in Anspruch zu nehmen. Analog zur bisher verfolgten Entbündelungsstrategie und des relativ kostengünstigen Umstiegs auf die Glasfaserkabeltechnologie sowie den damit verbundenen Vorteilen besteht Sunrise deshalb grundsätzlich auf einen Zugang zum Glasfasernetz über Layer 1.⁷⁶ Ein Netzzugang über Layer 2 oder Layer 3 kommt nach Aussagen von Sunrise nur ausserhalb der von ihr entbündelten Gebieten in Frage, wobei die von den Glasfaserkooperationen betroffenen Städte nicht darunter fallen.⁷⁷ Mit den

Städten Luzern, St. Gallen und Basel hat Sunrise eine Absichtserklärung für die Verhandlung eines Vertrags für den Layer 1-Zugang unterschrieben.⁷⁸

B.3.3.2.2.2 Layer 2- und 3-Angebote

173. Layer 2- und 3-Angebote erlauben den Nachfragern – z. B. FDA – ebenfalls, Dienstleistungen auf den relevanten Endkundenmärkten über das Glasfasernetz zu erbringen (Vorleistung). Diese stellen aber aus den nachfolgenden Gründen und gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts keine Substitute zu Layer 1-Angeboten dar.⁷⁹

174. Analog zum Bitstromentscheid des Bundesverwaltungsgerichts muss auch im Bereich der Glasfasertechnologie eine Substituierbarkeit zwischen dem physischen Zugang (Layer 1) und den anderen Zugangsformen verneint werden (vgl. Rz 167). Dies weil die technischen Eigenschaften der verschiedenen Ebenen des Netzzugangs und den damit verbundenen Freiheitsgraden in der Benutzung sowie die über den physischen Zugang (Layer 1) erzielbaren Skalen- und Verbundvorteilen ganz andere Bedürfnisse der Nachfrageseite ansprechen. Für die Nutzung eines Layer 1-Angebot muss eine FDA einen Interkonnektionspunkt (z.B. in einer Anschlusszentrale) entbündeln. Pro Interkonnektionspunkt fallen die hierfür notwendigen Investitionskosten nur einmal an, so dass diese Kosten in der Folge auf die Anzahl Kunden verteilt werden können. Auf diese Weise lassen sich Skalen- und Verbundvorteile realisieren. Zudem werden die Angebote von der Nachfrageseite auch nicht als substituierbar angesehen (vgl. Rz 171 ff.).

175. Die Migration des Layer 1-Zugangs – von der Kupferkabeltechnologie zur Glasfaserkabeltechnologie – ist günstiger als die Neuinvestition in die Entbündelung, da ein Teil der Investitionen wiederverwendet werden kann. Der Umstieg auf einen Layer 2-Zugang würde hingegen einen Verzicht auf die Nutzung eines grossen Teils der bereits im Rahmen der Entbündelung eingerichteten Infrastruktur bedeuten. Dies trifft insbesondere auf diejenigen FDA zu, welche eine Anschlusszentrale entbündelt haben. Unter diesen Umständen bietet eine Erschliessung auf Layer 1 die grössten Synergien mit der bereits bestehenden Sunrise Infrastruktur.⁸⁰ Die Kosten unterteilen sich hierbei im Wesentlichen auf die Umstellung der aktiven Ausrüstung und die internen Kabelarbeiten mit Glasfasern in der Anschlusszentrale von Swisscom.⁸¹ Unter diesen Umständen würde das Ausweichen auf ein Layer 2-Angebot einen schwerwiegenden Nachteil gegenüber einem Zugang auf Layer 1 für die Marktgegenseite darstellen.

⁷² Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 40.

⁷³ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 41.

⁷⁴ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 41.

⁷⁵ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 41.

⁷⁶ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 41.

⁷⁷ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 41.

⁷⁸ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 41.

⁷⁹ BVGE 2009/35, E. 8.4.5.

⁸⁰ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 41.

⁸¹ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 41.

176. Aus Sicht der Marktgegenseite gewährleistet der Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz die grösstmögliche Flexibilität und Autonomie für die Erstellung von Endkundenangeboten. Gemäss Sunrise ist diese Flexibilität nicht nur notwendig, um identische Wettbewerbsbedingungen im Vergleich zu Swisscom zu ermöglichen, sondern ist nur basierend auf einem Layer 1-Zugang zu erreichen.⁸² Es gibt also gemäss diesem Unternehmen kein wirkliches Substitut zu einem Layer 1-Angebot, da eine Differenzierung zum Angebot von Swisscom durch die eigene Produktgestaltung nur basierend auf einem solchen möglich ist. Nur mit einem Layer 1-Angebot erhält eine FDA die vollständige Kontrolle über die Investitionszyklen für die Hardware, die letztlich die maximale Übertragungsgeschwindigkeit der Glasfaser bestimmt. Sollte es zu einem Innovationssprung bei den zur Signalübertragung verwendeten Geräten kommen, könnte möglicherweise eine FDA daran gehindert werden, die neue Technologie einzusetzen und damit ein konkurrenzfähiges differenziertes Angebot zu gestalten, wenn den FDA nur Layer 2-Produkte angeboten werden. Mit anderen Worten gibt wohl einzig ein Layer 1-Angebot einer FDA Anreize, in bessere Hardware zu investieren und so möglicherweise einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen. In dieser Hinsicht unterscheidet sich ein Layer 1-Zugang für die Marktgegenseite von einem Layer 2-Zugang, da über einen Layer 2-Zugang keine Möglichkeit besteht, sich technisch vom Netzbetreiber zu differenzieren.

177. Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass für Nachfrager nach Layer 1-Angeboten ein Layer 2-Angebot lediglich eine Übergangslösung darstellen kann, welche den Umstieg auf Glasfaser beschleunigen kann. Hierdurch kann sich im Breitbandmarkt schneller effektive Konkurrenz einstellen.⁸³

178. Folglich gehören Layer 2- und 3-Angebote nicht zum Markt für den physischen Zugang zur Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierter Übertragungsgeschwindigkeit.

B.3.3.2.2.3 TAL

179. Der TAL bildet aus verschiedenen Gründen kein Substitut zum Layer 1-Angebot über das Glasfasernetz. Erstens ermöglicht der klassische TAL aus der Swisscom Anschlusszentrale heute Übertragungsgeschwindigkeiten von etwa bis zu 20 Mbit/s. Höhere Bandbreiten sind nur möglich, wenn eine FDA einen näher beim Endkunden gelegenen Schacht entbündelt. Da sich die Entbündelung eines «Streetcabinet» folglich nur in ganz wenigen Fällen lohnt, hat eine FDA kaum Möglichkeiten, mit dem regulierten TAL tatsächlich höhere Bandbreiten anzubieten.

180. Dass die Nachfrage der Endkunden, die bereits einen Glasfaseranschluss in Anspruch nehmen, in den allermeisten Fällen nicht über das Kupfernetz bedient werden kann, ergibt sich auch aus dem Preis für einen Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz, der bei Swisscom mit CHF 39.– mehr als doppelt so teuer ist als der herkömmliche Kupfer-TAL. Ähnliche Angebote bei den EVU sind ebenfalls teurer als der Kupfer-TAL. Eine FDA wählt ein solches Vorleistungsangebot daher nur, sofern sie damit einem Endkunden eine deutliche höhere Übertragungsgeschwindigkeit und Servicequalität bieten

kann, für welche der Endkunde auch bereit ist einen höheren Betrag zu bezahlen.

181. Demgegenüber bietet das Layer 1-Angebot über das Glasfasernetz eine quasi unbeschränkte Bandbreite. Ein Wechsel vom Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz auf eine Kupfer-TAL ist folglich nur mit einer substanziellen Einschränkung in der verfügbaren Bandbreite möglich. Aus Sicht der FDA bildet der TAL folglich kein Substitut für einen Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz. Aufgrund der einseitigen Substituierbarkeit lässt sich der TAL zwar grundsätzlich durch ein glasfaserbasiertes Layer 1-Angebot substituieren, der TAL stellt allerdings in den seltensten Fällen ein Substitut für ein glasfaserbasiertes Layer 1-Angebot dar.

182. Im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung der über das Kupferkabel übertragbaren Bandbreite sind grosse Technologiesprünge kaum zu erwarten. Gemäss Sunrise kann eine weitere Steigerung der Leistungsfähigkeit der Kupferleitungen nicht erwartet werden, da sich der Fokus der Forschung und Entwicklung auf die Glasfasertechnologie verlagert hat und – aufgrund der Investitionen ins Glasfasernetz – keiner der grossen Player im Markt mehr an einer Steigerung der Leistungsfähigkeit des Kupfernetzes interessiert ist.⁸⁴ Auch in der Schweiz bestätigen die ISP diese Tendenz durch ihr Verhalten im Umgang mit der Kupferkabeltechnologie. Auch VTX tätigt keine Investitionen in die Kupferkabeltechnologie mehr, sondern investiert nur noch in Glasfaser.⁸⁵

183. Für VTX ist das Fernsehgeschäft zudem ein zentraler Bestandteil für die Vermarktung gegenüber dem Privatkunden.⁸⁶ Es wird der Haupttreiber für das Wachstum sein, was sich in naher Zukunft in der nachgefragten Bandbreite widerspiegeln wird.⁸⁷ Das Kupferkabelnetz vermag solche Bandbreiten allerdings nicht zu liefern (vgl. Rz 137 ff.).

184. Aus diesen Gründen kann auch eine Zugehörigkeit des TAL zum Wholesale-Markt für den physischen Zugang zur Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierter Übertragungsgeschwindigkeit ausgeschlossen werden.

B.3.3.2.2.4 Kabelnetz

185. Das physische Netz der Kabelnetzbetreiber kann nicht dem Markt für den physischen Zugang zur Netzinfrastruktur zugerechnet werden. Erstens lässt die Netzwerkarchitektur technisch keine Entbündelung zu. Während die meisten EVU sowie Swisscom ihre Glasfasernetze von der Anschlusszentrale zum Endkunden als Punkt-zu-Punkt Verbindung aufbauen, ist das Kabelnetz ringförmig angelegt. Unabhängig davon wie weit die Kabelnetzbetreiber ihre Netzinfrastruktur bereits auf Glasfaser umgerüstet haben, besteht deshalb grundsätzlich keine Möglichkeit, anderen FDA einzelne Fasern zu den Endkunden anzubieten.

⁸² Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 42.

⁸³ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 41 f.

⁸⁴ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 44.

⁸⁵ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 44.

⁸⁶ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 44.

⁸⁷ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 44.

186. Zweitens zeichnet sich die Koaxialkabeltechnologie dadurch aus, dass sie als Shared Medium die zur Verfügung stehende Bandbreite an den jeweiligen Verteilern und zwischen den aktuellen Nutzern aufteilt. Sobald daher mehrere Kunden gleichzeitig eine gemeinsame Bandbreite nachfragen, welche die Kapazitätsgrenzen übersteigt (Überbuchung), teilen sie sich die Bandbreite und können nicht mehr mit der vollen Geschwindigkeit surfen.

187. Drittens können über eine mögliche virtuelle Entbündelung der CATV-Netze keine symmetrischen Bandbreiten angeboten werden. Die Uploadgeschwindigkeiten im Koaxialnetz sind geringer als die Downloadgeschwindigkeiten. Es ist zu erwarten, dass symmetrische Breitbandinternetverbindungen (z. B. wegen Cloud Computing) immer häufiger nachgefragt werden, weshalb die Koaxialkabeltechnologie wohl an Bedeutung verlieren wird.

188. Gemäss Sunrise kommt als Alternative ein Wholesale-Angebot der Kabelnetzbetreiber wegen der fehlenden Symmetrie und der geteilten Bandbreite nicht in Frage.⁸⁸

B.3.3.2.2.5 Drahtlose Technologien

189. Die WEKO geht in ihrer Praxis davon aus, dass drahtlose Technologien hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck nicht als Substitut zu den auf dem schnellen Bitstromzugang basierenden Dienstleistungen in Frage kommen.

190. In ihrem Gutachten vom 3. September 2007 betreffend Bitstrom hat die WEKO festgehalten, dass die drahtlosen Zugangstechnologien UMTS, WLAN, WLL, BWA und Satellitenzugang im Vergleich zu leitungsgebundenen Technologien in der Regel niedrigere Übertragungsraten bei teilweise höheren Preisen, eine höhere Anfälligkeit auf Störungen beispielsweise durch die Umgebung oder durch Interferenzen, niedrigere Verbindungsstabilität und grössere Datensicherheitsrisiken aufweisen. Dies beschränkt die verfügbaren Möglichkeiten für Anwendungen an Endkunden. Das BVGer hat in seinem Urteil vom 12. Februar 2009 festgehalten, dass die Schlussfolgerung der WEKO auch im Zeitpunkt des Urteils gültig ist.

191. Grundsätzlich werden drahtlose Technologien nicht als Substitute für drahtgebundene Technologien angesehen. Erstere erlauben mobile Anwendungen und werden auch in Zukunft eine immer höhere Bandbreite ermöglichen. Dennoch kann auf die Einschränkungen von mobilen Technologien auf das Gutachten vom 3. September 2007 verwiesen werden, wonach mit „in der Regel niedrigeren Übertragungsraten bei teilweise höheren Preisen, eine höhere Anfälligkeit auf Störungen beispielsweise durch die Umgebung oder durch Interferenzen, niedrigere Verbindungsstabilität und grössere Datensicherheitsrisiken“ zu rechnen ist.⁸⁹ Drahtlose Technologien kommen deshalb im jetzigen Zeitpunkt hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck nicht als Substitut im Sinne von 11 Abs. 3 Bst. a VKU zu Layer 1-Angeboten in Frage.

B.3.3.2.2.6 Fazit

192. Der Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur umfasst daher sämtliche Betreiber eines Glasfasernetzes im Anschlussbereich, welche Nachfragern die Nutzungsrechte an einzelnen Glasfasern zum Endkunden zum exklusiven Gebrauch überlassen sowie sämtliche Nachfrager, die solche Leitungen nachfragen.

B.3.3.2.3. Räumlich relevanter Markt

193. In den verschiedenen Städten und Regionen, in welchen eine Glasfasernetzinfrastruktur in Kooperation mit Swisscom aufgebaut werden, herrschen sowohl im Kooperationsmodell als auch im Aufbaustandard gegenwärtig unterschiedliche Bedingungen. Zudem sind die an den Kooperationen beteiligten EVU nur in einer bestimmten Region und nicht schweizweit tätig. Dies führt dazu, dass die einzelnen EVU als Anbieter den Nachfragern nach einem Layer 1-Zugang zum einen nur für die Region, in welchen sie über eine Infrastruktur verfügen, ein Angebot unterbreiten können und zum anderen aufgrund der unterschiedlichen Aufbaustandards in den verschiedenen Regionen die Konditionen für die Nutzung des Layer 1-Zugangs unterschiedlich sind.

194. Swisscom hingegen ist als Kooperationspartner der EVU in ihren Anschlusszentralen – analog zum TAL – in der Lage, den Layer 1-Zugang zu schweizweit einheitlichen Bedingungen und Konditionen anzubieten.

195. Da die EVU und Swisscom grundsätzlich miteinander in Wettbewerb treten können und es daher – aufgrund des unterschiedlichen Aufbaustandards der einzelnen Städte und Regionen – zu regionalen Unterschieden im Hinblick auf den Wettbewerb kommen kann, ist mindestens gegenwärtig von einer regionalen Markt-abgrenzung auszugehen.

196. Für die Beurteilung der vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen ist daher in räumlicher Hinsicht von einer regionalen Markt-abgrenzung auszugehen, welche das Gebiet der Kooperation im Kanton Fribourg umfasst.

B.3.3.3 Beurteilung der Wettbewerbssituation

197. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer – aktueller und potentieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht.

198. Zusätzlich wird neben der Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt das Zusammenspiel mit dem benachbarten Markt und den nachgelagerten Märkten näher untersucht, da sich diese gegenseitig beeinflussen.

199. Nachfolgend werden Aussenwettbewerb, Innenwettbewerb sowie indirekte Effekte im Einzelnen geprüft.

⁸⁸ Schlussbericht FTTH vom 5. September 2011 (Fn 60), S. 45.

⁸⁹ RPW 2008/1, 225 Rz 30, Migros/Denner.

B.3.3.3.1. Aussenwettbewerb

200. Ein genügender Aussenwettbewerb kann immer dann angenommen werden, wenn das Angebot der nicht an der Abrede beteiligten Konkurrenten für mögliche Handelspartner der Abredeteiligen eine tatsächliche Wahlmöglichkeit darstellt⁹⁰ und ein wirksamer Wettbewerb nicht als beseitigt erscheint.⁹¹ Kein genügender Aussenwettbewerb liegt vor, wenn das alternative Angebot lediglich einen kleinen Teil des Bedarfs abdeckt, wobei die Anzahl der Unternehmen, welche als Aussenwettbewerber auftreten, sowie deren Marktanteil ein wichtiges Indiz für die Beurteilung des Aussenwettbewerbs darstellt. „Entscheidend ist der Einfluss dieser Unternehmen auf den Markt“.⁹²

201. Die an den Abreden beteiligten Unternehmen sind SLNC, Swisscom und Groupe E. Um daher den Aussenwettbewerb untersuchen zu können, muss die Marktsituation im relevanten Markt und deren Marktstellung auf diesem Markt ohne Berücksichtigung der an der Kooperation beteiligten Unternehmen untersucht werden.

202. Derzeit bauen Groupe E und Swisscom mittels SLNC in Freiburg ein gemeinsames Glasfasernetzwerk im Anschlussbereich auf. Über dieses können Breitbandinternetdienstleistungen im Anschlussbereich mit einer quasi unbeschränkten Bandbreite erbracht werden.

203. Groupe E und Swisscom haben auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten zusammen einen Marktanteil von 100 %. Weitere Anbieter existieren nicht, weshalb auf diesem Markt kein aktueller Aussenwettbewerb besteht, welcher die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten umstossen könnte.

204. Derzeit ist noch unklar, wie sich die Kabelnetzbetreiber in Zukunft im Markt verhalten werden. Da auch die Durchleitungskapazitäten der Koaxialkabelnetzinfrastruktur begrenzt ist, werden diese in mittlerer bis langer Frist ebenfalls auf die Glasfasertechnologie umsteigen müssen. Grundsätzlich haben die Kabelnetzbetreiber die Möglichkeit entweder selbst eine Glasfasernetzwerkarchitektur im Anschlussbereich aufzubauen oder die Glasfasernetzwerkarchitektur der Kooperationspartner zu nutzen. Im ersten Fall könnte damit eine konkurrenzierende Netzwerkinfrastruktur entstehen, welche für einen gewissen Aussenwettbewerb sorgen könnte. Da diese potenzielle Konkurrenz erst in mittlerer bis langer Frist entstehen kann und deren Entstehung zudem noch sehr ungewiss ist, besteht auch kein potenzieller Aussenwettbewerb, welcher die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten umstossen könnte.

B.3.3.3.2. Innenwettbewerb

205. Bei der Beurteilung des Innenwettbewerbs ist das Verhältnis der Abredeteilen untereinander zu untersuchen, um festzustellen, ob zwischen diesen – trotz der Abreden – ausreichender Innenwettbewerb besteht, um

die Vermutung umzustossen.⁹³ Ein funktionierender Innenwettbewerb liegt grundsätzlich dann vor, wenn „die Abrede in Wirklichkeit nicht befolgt wird oder wenn trotz der die Vermutung begründenden Absprache bezüglich einzelner Wettbewerbsparameter aufgrund anderer Faktoren ein wirksamer Wettbewerb fortbesteht“.⁹⁴

206. Im Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten sind nur Swisscom und Groupe E tätig. Beide könnten grundsätzlich miteinander in Wettbewerb treten und so für Innenwettbewerb sorgen.

207. In einer vorausschauenden Betrachtung ist eine Aussage darüber, ob sich die Partner allenfalls nicht an eine Abrede halten, nicht zuverlässig möglich. Die abschliessende Antwort auf die Frage, ob Innenwettbewerb trotz der Abreden verbleibt, muss deshalb in einem ex-post Verfahren geklärt werden. Nachfolgend erfolgt eine Einschätzung über den zweiten Aspekt in Bezug auf die Prüfung des Innenwettbewerbs (vgl. Rz 205) sowie die Rolle anderer Faktoren betreffend einzelner Wettbewerbsparameter:

B.3.3.3.2.1 Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser

208. Die Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser bewirkt, dass die Kooperationspartner nicht mehr frei über die Gebäudefaser verfügen und diese beliebig kommerzialisieren können. Dennoch steht den Kooperationspartnern jeweils eine weitere Glasfaser zur Verfügung, mittels welcher sie entsprechende Layer1-Angebote an Dritte anbieten können.

209. Die Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser verhindert, dass Dritte diese für die Erbringung von Fernmeldedienstleistungen innerhalb eines Gebäudes verwenden können. Ob durch den Umstand, dass die Kooperationspartner über die ihnen zur Verfügung stehenden Glasfasern möglicherweise untereinander in Innenwettbewerb treten werden, ist im Hinblick der einleitend gemachten Ausführungen (vgl. Rz 207) ex ante nicht zu beantworten.

B.3.3.3.2.2 Konkurrenzverbot beim Aufbau und Betrieb eines Glasfasernetzes

210. Das vereinbarte Konkurrenzverbot verhindert, dass die beiden Kooperationspartner eine weitere Glasfasernetzwerkinfrastruktur aufbauen. Hierdurch beschränken sie die potenziell zur Verfügung stehenden Glasfasern.

211. Ob durch den Umstand, dass die Kooperationspartner über die ihnen zur Verfügung stehenden Glasfasern möglicherweise untereinander in Innenwettbewerb treten werden, ist im Hinblick der einleitend gemachten Ausführungen (vgl. Rz 207) ex ante nicht zu beantworten.

⁹⁰ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 462.

⁹¹ BGE 129 II 18, 36 f., E. 8.1 (=RPW 2002/4, 731), *Buchpreisbindung*.

⁹² BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 462.

⁹³ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 466.

⁹⁴ BGE 129 II 18, 36 f., E. 8.1 (=RPW 2002/4, 731), *Buchpreisbindung*.

B.3.3.3.2.3 Konkurrenzverbot beim Ausscheiden einer Partei

212. Das Konkurrenzverbot beim Ausscheiden einer Partei bewirkt, dass die ausscheidende Partei keine Angebote mehr auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur anbieten kann. Dies kann aber auch bedeuten, dass hierdurch nur noch die nicht ausscheidende Partei über eine Glasfasernetzwerkinfrastruktur verfügt und daher als alleinige Anbieterin auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur verbleibt, wodurch wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte.

213. Solange das Konkurrenzverbot nicht zur Anwendung gelangt, hat diese Vertragsklausel keine Auswirkungen auf einen möglichen Innenwettbewerb (vgl. Rz 207). Sobald allerdings die ausscheidende Partei von dem Konkurrenzverbot betroffen ist, besteht die Möglichkeit, dass jeglicher möglicher Innenwettbewerb beseitigt wird.

B.3.3.3.2.4 Gewinnmarge bei Baukostenverrechnung

214. Die Gewinnmarge bei der Baukostenverrechnung spiegelt sich letztendlich in den Verkaufspreisen der Layer-1 Angebote sowie allen Angeboten auf den nachgelagerten Märkten wieder. Sie beträgt [...] % der Baukosten.

215. Der Aufschlag auf die Baukosten von [...] % wird den beiden Vertragspartnern von SLNC in Form von Vorleistungspreisen (Preis für DUFO) verrechnet. Dies kann dazu führen, dass der mögliche Innenwettbewerb unter den Kooperationspartnern entsprechend reduziert wird, wenn möglicherweise überhöhte Vorleistungspreise eins zu eins in die Kosten für die Erbringung von Fernmeldedienstleistungen einfließen.

B.3.3.3.2.5 Kosten für die Miete der Kabelkanalisationen

216. Die Kosten für die Miete der Kabelkanalisationen spiegeln sich letztendlich in den Verkaufspreisen der Layer-1 Angebote sowie allen Angeboten auf den nachgelagerten Märkten wieder. Diese Kosten werden den Vertragspartnern von SLNC in Form von Vorleistungspreisen (Preis für DUFO) verrechnet. Dies kann dazu führen, dass der mögliche Innenwettbewerb unter den Kooperationspartnern entsprechend reduziert wird, wenn möglicherweise überhöhte Vorleistungspreise eins zu eins in die Kosten für die Erbringung von Fernmeldedienstleistungen einfließen.

B.3.3.3.2.6 Mindestabnahmemenge

217. Die Mindestabnahmemenge von [...] % der Glasfasernetzwerkinfrastruktur kann dazu führen, dass diese für Dritte eine Markteintrittsbarriere darstellt. Damit würde verhindert, dass weitere infrastrukturbasierte Anbieter auf den Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur eintreten. Solange der Anteil der verkauften Fasern die Mindestabnahmemenge überschreitet hat diese Klausel möglicherweise keinen negativen Einfluss auf einen möglichen Innenwettbewerb zwischen den Vertragsparteien.

218. Wenn der Anteil der verkauften Fasern einer Vertragsparteien die Mindestabnahmemenge unterschreitet, so muss es die für die Glasfasernetzinfrastruktur anfallenden Kosten auf weniger Kunden verteilen. Möchte das hiervon betroffene Unternehmen keine Verluste tragen hat dies zur Folge, dass ihr Preissetzungsspielraum eingeschränkt wird. Dies kann zur Folge haben, dass ein möglicher Innenwettbewerb zwischen den Kooperationspartnern verringert oder beseitigt wird.

B.3.3.3.2.7 Verkaufspreis DUFO

219. Mit dem Verkaufspreis DUFO haben Groupe E und Swisscom über SLNC für die Nutzung der Glasfasern einen Fixpreis ausgehandelt. Da die beiden Unternehmen zusammen ebenfalls SLNC kontrollieren, ist nicht davon auszugehen, dass entweder Swisscom oder Groupe E unilateral mit SLNC einen anderen als den geschlossenen Vertrag wird aushandeln können. Somit sind sowohl für Swisscom als auch für Groupe E die von ihnen an SLNC zu entrichtenden Vorleistungspreise und damit auch die Preisuntergrenzen zu denen sie ihre Dienstleistungen auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Glasfaserinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten anbieten, fix vereinbart. Ein unilaterales Unterschreiten von den durch die DUFO für die Gesamtlaufzeit des Vertrages festgelegten Mindestpreisen ist daher unwahrscheinlich.

220. Der Verkaufspreis DUFO ist gleichzeitig der Vorleistungspreis der Kooperationspartner für die Bereitstellung von Layer-1 Angeboten und höherwertigen Angeboten. Je nach Höhe kann dieser dazu führen, dass die Kooperationspartner einen bestimmten Preis nicht unterbieten können. Dies kann zur Folge haben, dass ein möglicher Innenwettbewerb zwischen den Kooperationspartnern erheblich eingeschränkt oder beseitigt wird.

221. Im Rahmen einer Eingabe vom 17. Januar 2012 haben die Kooperationspartner festgehalten, dass eine Anpassung des Verkaufspreises für die einzelnen Glasfasern an die aktuellen Gegebenheiten möglich ist.. Dies könnte unter gewissen Umständen dazu führen, dass ein möglicher Innenwettbewerb weniger stark eingeschränkt wird. Es kann dennoch nicht ausgeschlossen werden, dass ein möglicher Innenwettbewerb beseitigt wird.

B.3.3.3.2.8 Fazit

222. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass zwischen den an der Abrede beteiligten Parteien die Möglichkeit besteht, dass durch die Vertragsklauseln ein möglicher Innenwettbewerb beseitigt wird.

B.3.3.3.3. Indirekte Effekte

223. Die Märkte für Breitbandinternet weisen unterschiedliche Interdependenzen untereinander auf, so dass der benachbarte Markt und die nachgelagerten Märkte grundsätzlich eine disziplinierende Wirkung auf den relevanten Markt haben können.

224. Daher werden nachfolgend der benachbarte Markt und die nachgelagerten Märkte, die Wettbewerbssituation auf diese Märkten sowie das Zusammenwirken der unterschiedlichen Marktstufen analysiert.

B.3.3.3.3.1 Beurteilung der Wettbewerbssituation auf weiteren Märkten

225. Die zwischen den Parteien vereinbarten Klauseln betreffen, da sie sich auf den Aufbau und Betrieb einer Infrastruktur beziehen, eine Vielzahl von Märkten. Im Rahmen der Vorabklärung hat sich das Sekretariat auf die Analyse der für die Vertragsklauseln notwendigen Märkte beschränkt. Es kann hingegen nicht ausgeschlossen werden, dass in einer allfälligen Untersuchung engere Marktabgrenzungen („Teilmärkte“) vorzunehmen sind. Für die Zwecke der Vorabklärung wurden daher insgesamt fünf Märkte analysiert:

- Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten
- Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich
- Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich
- Endkunden-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich
- Endkunden-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich

1. Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

226. Der vollständig entbündelte Zugang zum TAL wird in Art. 3 Bst. dbis FMG als die Bereitstellung des Anschlusses zum Teilnehmeranschluss für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung definiert. Der TAL ermöglicht den physischen Zugang zum Kupfernetz.

227. Der Anschluss erfolgt meist in einer Swisscom Anschlusszentrale. Zur Nutzung einer Doppelader-Metalleitung im Anschlussbereich ist es allerdings notwendig die komplette zur Übertragung von Daten notwendige Infrastruktur selbst aufzubauen. Hierzu benötigt der Nachfrager nach dem TAL die entsprechenden Send- und Empfangsgeräte (Hardware), welche in der Regel in der Swisscom Anschlusszentrale installiert werden müssen. Dafür nimmt eine FDA das ebenfalls im FMG beschriebene und von der ComCom regulierte Produkt Kollokation (nachfolgend: KOL) in Anspruch. Der Nachfrager nach dem TAL benötigt zudem eine Anbindung an sein Backbone-Netz, so dass er verschiedene Dienstleistungen über den TAL bereitstellen kann. Die Nutzung des TAL erfordert daher signifikante Investitionen, die amortisiert werden müssen, bietet aber, entsprechend dem Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz, den FDA die grösstmögliche Flexibilität und Autonomie, alternative Endkundenangebote über das Kupferkabelnetz zu gestalten. Zudem lassen sich mit der errichteten Infrastruktur Skaleneffekte erzielen.

228. In der Schweiz verfügt lediglich Swisscom über ein vollständiges Kupferkabelnetzwerk im Anschlussbereich und ist gesetzlich dazu verpflichtet den TAL zu kostenorientierten Preisen Dritten bereitzustellen (Preisregulierung gemäss Art. 11 FMG). In diesem Zusammenhang

unterscheidet Swisscom zwischen dem TAL, welcher in den Swisscom Anschlusszentralen bereitgestellt wird, und dem so genannten Teilstück TAL (nachfolgend: T-TAL), welcher in verschiedenen Quartierverteilerstationen von Swisscom bereitgestellt wird. Nach derzeitigem Kenntnisstand besteht allerdings noch keine Nachfrage nach dem T-TAL. Auf eine Betrachtung des T-TAL kann daher verzichtet werden.

229. Die ComCom legte im Jahr 2008 den monatlichen Preis für die Entbündelung des Anschlusses auf CHF 18.18 fest⁹⁵. Gegenwärtig liegt der Preis bei CHF 16.60.⁹⁶

230. Der (klassische) TAL aus der Swisscom Anschlusszentrale ermöglicht heute Übertragungsgeschwindigkeiten bis ca. 20 Mbit/s. Höhere Bandbreiten sind nur möglich, wenn eine FDA einen näher beim Endkunden gelegenen Schacht (sog. „Streetcabinet“) entbündelt oder wenn sich Kunden in der Nähe des CO befinden. Da sich die Entbündelung eines Streetcabinet folglich nur in ganz wenigen Fällen lohnt, hat eine FDA kaum Möglichkeiten mit dem regulierten TAL tatsächlich höhere Bandbreiten anzubieten.

231. Ein physischer Zugang zum Glasfasernetz mit der Berechtigung das vollständige Frequenzspektrum einer Glasfaser zu nutzen (nachfolgend: Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz, vgl. Rz 134) stellt technisch ein quasi perfektes Substitut zum TAL dar. Sämtliche Endkundenangebote, die mit einer kupferbasierten Netzinfrastruktur bereitgestellt werden, können aus technischer Sicht auch über einen Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz erbracht werden. Die Kosten für die Umrüstung einer bereits für die Nutzung der Kupferkabeltechnologie erschlossene Anschlusszentrale auf die Glasfasertechnologie fallen nicht dermassen ins Gewicht wie bei der Entbündelung. Dabei ist zu beachten, dass die zusätzlichen Investitionen dazu verwendet werden können, den Endkunden zukünftig schnellere Internetangebote zu unterbreiten. Die WEKO hat bei ihren bisherigen Analysen der Fernmeldemärkte dem Glasfasernetz angesichts des geringen Ausbaustandards keine grosse Bedeutung zugemessen.⁹⁷ Sie hat aber darauf hingewiesen, dass sich dies zukünftig ändern kann.⁹⁸ Aufgrund der hohen Dynamik beim Glasfaserausbau in der Schweiz wird der Zugang zum physischen Glasfasernetz zumindest in den grösseren Städten eine gewichtige Alternative zum TAL werden. Dabei muss allerdings beachtet werden, dass der TAL und der Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz nur einseitig substituierbar sind.

⁹⁵ Verfügung der ComCom vom 9. Oktober 2008. Für das Jahr 2007 wurde ein Preis von CHF 16.92 festgelegt.

⁹⁶ Handbuch Preise: TAL, Version 2-0 vom 01.01.2011, abrufbar unter: http://www.swisscom.com/FxRes/NR/rdonlyres/635CC7CE-5910-4DAB-A2AD-E1376A090E5B/0/FAPRM_contr_Teilnehmeranschlussleitung_V20.pdf (2.8.2011).

⁹⁷ RPW 2010/1, 131 Rz 104, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁹⁸ RPW 2010/1, 144 f. Rz 184 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

232. Betreffend die Regulierung hat das Bundesverwaltungsgericht dargelegt, dass der Gesetzgeber den technologischen Unterschieden zwischen dem physischen Zugang (Layer 1) und den anderen Zugangsformen (Layer 2 etc.) beim Gesetzgebungsprozess Rechnung getragen hat (vgl. Rz 167). Wenn der TAL ein Substitut zum schnellen Bitstromzugang darstellen würde, hätte der Gesetzgeber dies im Regulierungskonzept anerkannt. Als Folge hätte er daher aufgrund der dann disziplinierenden Wirkung des schnellen Bitstromzugangs eine Marktbeherrschung ausschliessen müssen und den TAL nicht zu regulieren brauchen. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber dargelegt, dass der schnelle Bitstromzugang lediglich eine „Einstiegstechnologie“ darstellt, welche es alternativen Anbietern ermöglicht, rasch und breit in den Markt einzutreten, um in der Folge schrittweise die Investitionen zu tätigen, welche notwendig sind, um auf den TAL zu wechseln.⁹⁹ Aufgrund seiner Analyse kommt das Bundesverwaltungsgericht daher auch aus nicht regulatorischen Gründen zu dem Schluss, dass der Layer 1-Zugang und die anderen Zugangsformen (Layer 2 etc.) nicht miteinander substituierbar sind.

233. Da sich auf der einen Seite die technischen Möglichkeiten der Angebotsgestaltung und auf der anderen Seite die Investitionskosten für die Nutzung eines Layer 2- oder Layer 3-Angebots stark unterscheiden, stellen Layer 2- und Layer 3-Angebote grundsätzlich keine Substitute zum TAL dar (vgl. Rz 163 ff. sowie Rz 130 ff. und Rz 150 ff.).

234. Der Zugang zum entbündelten Teilnehmeranschluss im Kupferkabelnetz wird derzeit von Swisscom schweizweit zu einheitlich regulierten Bedingungen angeboten und nachgefragt.

235. Schweizweit verfügt lediglich Swisscom über ein flächendeckendes Kupferkabelnetzwerk. Daneben wird derzeit im Anschlussbereich ein flächendeckendes Glasfasernetzwerk aufgebaut, mit welchem sich in vielen Fällen ähnliche Dienstleistungen in vergleichbarer Qualität erbringen lassen. Da der Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur noch nicht flächendeckend verfügbar ist, muss zum jetzigen Zeitpunkt von einem Marktanteil von Swisscom von 100 % auf der Anbieterseite ausgegangen werden. Sobald allerdings der Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur angeboten wird, können ISP grundsätzlich über das Glasfasernetz auch einen Zugang zu einer physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten erhalten.

236. Aufgrund der heute bestehenden marktbeherrschenden Stellung von Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten ist der TAL gesetzlich reguliert. Dies bedeutet, dass ISP, welche den TAL nachfragen, diesen zu kostenorientierten Preisen beziehen können. Swisscom hat daher in diesem Markt keine Möglichkeit über den gesetzlich regulierten Preis hinaus seine marktbeherrschende Stellung zu nutzen, um höhere Preise zu verlangen.

237. Da aus heutiger Sicht aufgrund des fehlenden Wettbewerbs der Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten

Übertragungsgeschwindigkeiten reguliert ist und Swisscom als einziger Anbieter auf dem Markt tätig ist, besteht auf diesem Markt kein Wettbewerb.

238. In der Zukunft werden allerdings im Rahmen der Kooperation im Aufbau des Glasfasernetzes die EVU über Glasfaser ein Layer1-Angebot offerieren, welches den ISP als Nachfrager auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten als Alternative zur Verfügung stehen wird.

239. Die Glasfasernetzwerkarchitektur kann auch zur Bereitstellung von Angeboten im Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten eingesetzt werden. Daher wäre die Glasfasernetzwerkinfrastruktur grundsätzlich dazu geeignet auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten Wettbewerb zu induzieren.

240. Derzeit ist der Zugang zum vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss reguliert. Da sich die bisher am Markt beobachtbaren Layer 1-Anschlüsse bis zu einem Preis von CHF 39.– bewegen, der Zugangspreis zum TAL allerdings bei CHF 16.60 liegt,¹⁰⁰ ist von keinem Wettbewerbsdruck von Seiten der Betreiber einer Glasfasernetzwerkarchitektur auszugehen.

2. Wholesale-Märkte für Breitbandinternet

241. Die WEKO hat die Wholesale-Märkte für Breitbandinternet als Vorleistungsmärkte für drahtgebundene Dienstleistungen beschrieben, welche es den Nachfragern ermöglichen, Endkunden drahtgebundene Anschlüsse für Breitbandinternet anzubieten.¹⁰¹ Diese Märkte umfassen die (aktuell oder potenziell) zum Wiederverkauf angebotenen drahtgebundenen Breitbandzugänge unabhängig von dem darunter liegenden Übertragungsmedium (Kupferkabel, Koaxialkabel, Glasfaserkabel etc.).

242. Derzeit bietet vorwiegend Swisscom Vorleistungsprodukte für ISP an. Die Vorleistungsprodukte der EVU befinden sich derzeit in der Anfangsphase. Die Kabelnetzbetreiber sind in der Schweiz auf den Wholesale-Märkten für Breitbandinternet grundsätzlich nicht tätig. Zum einen machen die Kabelnetzbetreiber hierfür technische Schwierigkeiten geltend. Diese Schwierigkeiten sind Ausfluss der Nutzung des Koaxialkabels als „shared medium“ und der regionalen Verteilung der einzelnen Kabelnetzbetreiber.¹⁰² Zum anderen dürfte den Kabelnetzbetreibern allerdings auch der Wille zur Unterbreitung von Wholesale-Angeboten fehlen.

⁹⁹ AMGWERT (Fn 71), Rz 254 ff.

¹⁰⁰ Handbuch Preise: TAL (Fn 96).

¹⁰¹ RPW 2010/1, 126 ff. Rz 70 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

¹⁰² Antworten Fragebogen an UPC-Cablecom vom 8. Juni 2011, 14.

243. Abgesehen vom Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur kann man in der Ausgestaltung der Vorleistungsprodukte grundsätzlich zwischen so genannten Layer 2-Produkten und Layer 3-Produkten unterscheiden. Während die technischen Variationsmöglichkeiten betreffend die für die Datenübertragung eingesetzten Protokolle auf Layer 2 noch recht hoch sind, sind die Variationsmöglichkeiten bei Layer 3-Produkten nur noch sehr gering. Swisscom bietet derzeit in den Vorleistungsmärkten für Breitbandinternet sowohl Layer 2 als auch Layer 3-Produkte an. Im Rahmen des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts kann allerdings auf eine vertiefte Analyse der Substitutionsmöglichkeiten zwischen diesen Dienstleistungen und dementsprechend auf eine weitere Unterteilung der Wholesale-Märkte für Breitbandinternet in einen Wholesale-Markt für Layer 2-Produkte und einen Wholesale-Markt für Layer 3-Produkte verzichtet werden. Die Kooperationspartner rechnen Layer 2- und 3-Angebote ebenfalls dem gleichen Markt zu.

244. Im Bereich der Layer 2- und Layer 3-Angebote stellen die Anbieter von Vorleistungsprodukten oft verschiedene Profile zur Auswahl, welche bestimmte technische Anforderungen erfüllen. Auf diese Weise können sie eine starke Produktdifferenzierung erreichen, welche es ihnen erlaubt für verschiedene technische Ausgestaltungen verschiedene Preise zu berechnen. Unterscheidungsmerkmale der verschiedenen Profile sind hierbei Priorisierungen, Upload- und Download-Rate, Service Levels etc. Da über die Glasfasernetzwerkinfrastruktur die verschiedenen Bandbreiten grundsätzlich zu denselben Kosten erbracht werden können, sind die unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten von Layer 2- und Layer 3-Angeboten vorwiegend als Preisdifferenzierung einzustufen. Da allerdings im Geschäftskunden- und Privatbereich grundsätzlich andere Anforderungen an die Datenübertragungsdienstleistungen gestellt werden, werden für den Business Bereich grundsätzlich andere Profile als für den Privatkundenbereich angeboten. Aus diesem Grund rechtfertigt sich eine Unterteilung der Märkte in einen Geschäftskunden- und einen Privatkundenbereich. Zudem ist eine solche Unterteilung sogar auf Stufe der Organisationsstruktur der Unternehmen branchenüblich.¹⁰³

a. Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich

245. Viele Geschäftskunden nutzen Datenbankserver und/oder arbeiten über firmeninterne Netzwerke und haben daher ein anderes Konsumverhalten bei der Bandbreite. Da für Geschäftskunden die Netzwerkinfrastruktur meist ein Teil des Produktionsprozesses darstellt, sind an deren Ausfallsicherheit höhere Anforderungen gestellt als im Privatkundenbereich. Diese Anforderungen unterscheiden sich – neben der Bandbreite und der Symmetrie – insbesondere in den Service Levels, Verkehrsklassen und in der Übertragungssicherheit stark. Aus diesem Grund bieten die Netzbetreiber den ISP für Geschäfts- und Privatkunden grundsätzlich anders konfigurierte Vorleistungsprodukte auf Layer 2 und Layer 3 an und eine Unterscheidung zwischen den Wholesale-Angeboten im Privatkunden- und im Geschäftskundenbereich rechtfertigt sich.

246. Swisscom bietet derzeit in der Schweiz Produkte auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich zu homogenen Bedingungen an. Die einzelnen Angebote können den Leistungsbeschreibungen und Price-Manuals für die einzelnen Layer 2- und Layer 3-Angebote entnommen werden.

247. Mit dem Aufkommen der regionalen Glasfaserinfrastrukturen treten neben Swisscom auch regionale Anbieter (EVU) auf den Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich ein. Da sich grundsätzlich die Angebote auf die Netzreichweite beschränken und in verschiedenen Regionen der Schweiz die Glasfasernetze in unterschiedlicher Art und Weise ausgebaut werden, können von Seiten der EVU regional unterschiedliche Angebote unterbreitet werden und regional unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen entstehen. Entsprechend können Nachfrager von den EVU nur regional Wholesale-Angebote nachfragen.

248. Grundsätzlich könnten ISP, welche ein reguliertes Layer 1-Angebot von Swisscom (TAL) nutzen, ebenfalls auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet Dienstleistungen anbieten. Da diese Dienstleistungen allerdings nur über das Kupferkabelnetz erbracht werden können und daher im Hinblick auf Bandbreite und Symmetrie den Einschränkungen des Kupferkabelnetzes unterliegen, könnten ISP, welche die entsprechenden Anschlusszentralen entbündelt haben, lediglich eine eingeschränkte Dienstleistungspalette anbieten. Da allerdings im Geschäftskundenbereich kaum Dienstleistungen über das Kupferkabelnetz erbracht werden können, stellen sie gegenüber Swisscom, die eine vollständige Dienstleistungspalette anbieten kann, keine aktuelle oder potenzielle Konkurrenz dar. Vielmehr müssen ISP, welche bereits den TAL beziehen für Geschäftskundenangebote regelmässig zusätzlich Wholesale-Angebote von Swisscom beziehen, um überhaupt die Kundenbedürfnisse abdecken zu können. Zudem würden sich ISP, die in der Regel selbst Endkundenangebote offerieren, durch die angebotenen Vorleistungsprodukte selbst Konkurrenten auf den Endkundenmärkten schaffen. Daher ist grundsätzlich nicht damit zu rechnen, dass ISP, welche den TAL beziehen auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet als Anbieter auftreten. In der Vergangenheit war ein solches Verhalten in der Schweiz auch nicht zu beobachten.

249. Mit dem kooperativen Aufbau der Glasfasernetzwerkinfrastruktur treten die EVU in diesen Markt ein und werden in Zukunft, basierend auf der kooperativ erstellten Glasfasernetzwerkinfrastruktur, zusätzlich Wholesale-Angebote für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich bereitstellen.

250. Nachfrager nach Layer 1-Angeboten auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten könnten allerdings ebenfalls auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich als

¹⁰³ Vgl. beispielsweise Antworten Fragebogen an VTX vom 22. Juni 2011, 4 und 6; Antworten Fragebogen an UPC-Cablecom vom 8 Juni 2011, 12-13.

Anbieter auftreten und somit für einen gewissen Wettbewerbsdruck im Markt sorgen. Dieser wäre aufgrund der Vorleistungspreise für die Layer 1-Angebote aber nach unten hin beschränkt. Zudem würden sich Layer 1-Nachfrager mit einem Angebot im Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich Konkurrenten im (Endkunden-)Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich schaffen, was wenig wahrscheinlich ist.

251. Die Kabelnetzbetreiber treten auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich grundsätzlich nicht auf. Vielmehr ist beispielsweise UPC-Cablecom, trotz eigener Netzinfrastruktur, für eigene Angebote im Endkundengeschäft für mittlere und grössere Geschäftskunden auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. Im Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich sind in Zukunft neben Swisscom auch die EVU als Anbieter tätig.

b. Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich

252. Im Privatkundenbereich sind die Ausfallsicherheit, Verkehrsklassen und Service Levels nicht von gleicher Bedeutung wie im Geschäftskundenbereich. Zudem konsumieren Privatkunden vorwiegend Inhalte, welche sie im Internet suchen, oder Fernsehprogramme. Aus diesem Grund sind gegenwärtig die Downloadgeschwindigkeiten für Endkunden von grösserer Bedeutung als die Uploadgeschwindigkeiten, weshalb im Privatkundenbereich oft nur asymmetrische Breitbandinternetverbindungen angeboten werden. Die im Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich angebotenen Profile unterscheiden sich daher stark von denjenigen im Geschäftskundenbereich.

253. Auch im Wholesale-Markt für Breitbandinternet könnten ISP, welche den TAL von Swisscom beziehen mit einem Layer1-Angebot auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich auftreten. Zum jetzigen Zeitpunkt würde die Kupferkabeltechnologie noch ausreichen, um der Mehrheit der Endkunden einen ausreichend schnellen Internetzugang basierend auf Vorleistungsprodukten eines solchen ISP anbieten zu können (vgl. Rz 154 ff.). Allerdings bieten derzeit neben Swisscom keine weiteren FDA schweizweit entsprechende Vorleistungsprodukte an.

254. Mit dem kooperativen Aufbau der Glasfasernetzwerkinfrastruktur treten die EVU in diesen Markt ein und werden in Zukunft basierend auf der kooperativ erstellten Glasfasernetzwerkinfrastruktur zusätzlich Wholesale-Angebote für Breitbandinternet im Privatkundenbereich bereitstellen.

3. Endkundenmärkte für Breitbandinternet

255. Die Breitbandinternetmärkte umfassen sämtliche Endkunden (Geschäfts- und Privatkunden), welche eine breitbandige Verbindung zur elektronischen Datenübertragung über das Internet nachfragen und sämtliche Anbieter, die eine solche Datenübertragungsverbindung anbieten. Grundsätzlich kann bei Verbindungen zur Datenübertragung, insbesondere ins Internet zwischen Dial-up-Verbindungen und Breitbandverbindungen unterschieden werden, wobei die internationale Fernmeldeunion (nachfolgend: ITU) einen Dienst oder ein Sys-

tem als breitbandig definiert, wenn die Datenübertragungsraten 2048 kbit/s übersteigt¹⁰⁴. Dial-up-Verbindungen erlauben allerdings Übertragungsgeschwindigkeiten bis zu 128 kbit/s, weshalb sie – nicht zuletzt wegen ihrer geringen Bedeutung – nicht zum Breitbandinternetmarkt gezählt werden.

256. Zur Erbringung der Datenübertragungsdienste greifen die Anbieter auf leitungsgebundene Technologien zurück, auf welchen ihr Übertragungsnetz beruht. Gegenüber dem Endkunden werden allerdings lediglich Dienstleistungen in einer bestimmten Servicequalität und Bandbreite erbracht. Solange die vom Endkunden nachgefragte Bandbreite und Servicequalität erbracht werden können, spielt es für ihn in der Regel keine Rolle, über welche Technologie die Dienstleistungen erbracht werden.

257. Für die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse und des Wettbewerbsdrucks auf dem Markt für Breitbandinternet ist die Anzahl der FDA, welche in der Preisgestaltung für ihre Fernmeldedienstleistungen frei sind, und deren Handlungsmöglichkeiten von zentraler Bedeutung (vgl. nachfolgend: Kap. B.3.3.3). Grundsätzlich sind lediglich diejenigen FDA in ihrer Preisgestaltung frei, welche über ein eigenes, bis zum Endkunden reichendes Kommunikationsnetzwerk verfügen, da diese nicht auf Vorleistungsprodukte angewiesen sind. Ähnliche Freiheiten haben auch Anbieter, die für den Zugang zum Kupfernetz ein reguliertes Produkt zu kostenorientierten Preisen in Anspruch nehmen. In der Schweiz stehen derzeit die nachfolgenden Kommunikationsnetzwerke zur Verfügung: Kupferkabelnetzwerk, Koaxialkabelnetzwerk, Glasfasernetzwerk, Powerline-Netzwerk, Satellitentechnologie und Mobilfunknetzwerk (insbesondere in der Zukunft LTE, vgl. Kap. B.3.3.1.1.2).

258. Da private Endkunden im Hinblick auf Symmetrie bei den Up- und Downloadraten sowie Service Levels andere Anforderungen haben als Unternehmen und diese daher mit ganz anderen Datenübertragungsdienstleistungen bedient werden können, rechtfertigt sich eine weitere Marktunterteilung nach einem Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich und einem Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich.

a. Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich

259. Im Geschäftskundenbereich werden meist symmetrische Datenübertragungsverbindungen zwischen den verschiedenen Standorten sowie symmetrische und/oder asymmetrische Verbindungen ins Internet nachgefragt. Hierbei spielen insbesondere eine garantierte Bandbreite und Service Levels eine wichtige Rolle.

260. Im Geschäftskundenbereich werden bei grösseren Geschäftskunden individuelle Lösungen erstellt, welche den spezifischen Kundenwünschen Rechnung tragen. Da über die Koaxialkabeltechnologie grundsätzlich keine Bandbreiten garantiert werden können und symmetrische Verbindungen kaum möglich sind, kommt die Koaxialkabeltechnologie im Geschäftskundenbereich für Breitbandinternetverbindungen so gut wie nicht zum Einsatz.

¹⁰⁴ RPW 2008/4, 669 Rz 22, *Sunrise/Tele2*.

261. Mittels Kupferkabeltechnologie kann eine gewisse Bandbreite symmetrisch und asymmetrisch garantiert werden. Daher kann die Kupferkabeltechnologie – je nach Kundenanforderungen – grundsätzlich auch im Geschäftskundenbereich eingesetzt werden, unter der Voraussetzung, dass die zur Verfügung stehende Bandbreite ausreicht die Bedürfnisse zu befriedigen.

262. Die Glasfaserkabeltechnologie ermöglicht asymmetrische und symmetrische Bandbreiten in fast beliebiger Höhe und ist damit für Angebote im Geschäftskundenbereich prädestiniert. Bereits in der Vergangenheit wurden Geschäftskunden – je nach Anforderungen – bereits an die Glasfaserkabeltechnologie angeschlossen.

263. In der Schweiz verfügt derzeit kein Netzbetreiber über ein flächendeckendes Glasfasernetz im Anschlussbereich. Vielmehr wurden einzelne Geschäftskunden projektweise mit Glasfasern erschlossen. Durch die Kooperation zwischen den EVU und Swisscom ist ein solches Glasfasernetz erst im Entstehen. Als Netzbetreiber bieten Swisscom, die EVU und UPC-Cablecom eigene Angebote auf dem Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich an, wobei UPC-Cablecom, je nach Angebot, auf Vorleistungsprodukte von Swisscom zurückgreift. Neben den Netzbetreibern existieren allerdings noch eine Reihe weiterer ISP, welche – basierend auf den Vorleistungsprodukten von Swisscom und in Zukunft auch der EVU – eigene Breitbandinternetangebote auf dem Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich anbieten.

264. Im Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich können ISP grundsätzlich schweizweite Angebote unterbreiten. Hierfür müssen sie entweder über eine schweizweite Netzwerkinfrastruktur verfügen (wie dies bei Swisscom der Fall ist) oder bei einem schweizweiten Anbieter (Swisscom) oder mehreren regionalen Anbietern die entsprechenden Vorleistungsprodukte beziehen. Betreffend die Wholesale-Angebote für Breitbandinternet von Seiten der EVU können die ISP eine Integrationsfunktion einnehmen, indem sie mit mehreren einen Vorleistungsvertrag abschliessen und auf diese Weise schweizweite Angebote lancieren können.

265. Auf dem Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich sind verschiedene ISP tätig. Hierunter fallen insbesondere Swisscom, UPC-Cablecom, Sunrise, die EVU, Colt und VTX. Als Netzbetreiber sind lediglich Swisscom sowie UPC-Cablecom und in manchen Regionen in Zukunft auch EVU in diesem Markt tätig. Da Netzbetreiber die Wertschöpfungskette vollständig abdecken, sind sie in ihrer Preisgestaltung nicht von anderen Unternehmen abhängig.

266. Diejenigen ISP, welche allerdings über keine eigene Netzwerkinfrastruktur im Anschlussbereich verfügen, sind auf Vorleistungsprodukte der Netzbetreiber, insbesondere von Swisscom und in Zukunft auch von denjenigen der EVU angewiesen.

267. Die Kabelnetzbetreiber verfügen über eine koaxialkabelbasierte Netzwerkinfrastruktur im Anschlussbereich. Diese hat aber im Hinblick auf die Erbringung von Breitbandinternetdienstleistungen im Geschäftskundenbereich entscheidende Nachteile (im Hinblick auf Sym-

metrie und garantierter Bandbreite), so dass diese in der Regel nicht zur Erbringung von Breitbandinternetdienstleistungen im Geschäftskundenbereich eingesetzt werden kann. Daher sind diejenigen Kabelnetzbetreiber, welche auf dem Markt für Breitbandinternet als Anbieter auftreten in den meisten Fällen, insbesondere bei Lösungen für mittlere und grössere Unternehmen, auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom oder in Zukunft auf die der EVU angewiesen.

268. Im Hinblick auf die Erbringung von Breitbandinternetdienstleistungen für Geschäftskunden über den TAL gelten ähnliche Einschränkungen wie im Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich. Aufgrund der in diesem Bereich oft nachgefragten Symmetrie und hohen garantierten Bandbreite, kann der regulierte TAL oft nicht zur Erbringung von Dienstleistungen in diesem Bereich eingesetzt werden. Daher sind ISP, welche entsprechende Angebote auf dem Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich lancieren wollen, heute fast¹⁰⁵ immer auf die Vorleistungsangebote von Swisscom oder in Zukunft auch auf diejenigen der EVU angewiesen.

269. Vor diesem Hintergrund haben ISP ohne eigenes Netz nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten im Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich, mit den integrierten Anbietern in Konkurrenz zu treten und Wettbewerbsdruck auf diese auszuüben. ISP können daher heute einzig – im Rahmen des durch die Vorleistungspreise von Seiten der Netzbetreiber festgelegten Preisniveaus – untereinander in Wettbewerb treten.

270. In Zukunft könnten einzig die beiden Glasfasernetzbetreiber als integrierte Anbieter auf dem Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich miteinander in wirksamen Wettbewerb treten. Einzig, wenn die EVU keine Endkundenangebote unterbreiten, könnten diejenigen ISP, welche basierend auf den Vorleistungsprodukten der EVU Endkundenangebote machen, im Rahmen der ihnen aufgrund des Vorleistungspreises verbleibenden Marge mit Swisscom, als integrierte Anbieterin, in Wettbewerb treten. Hierbei hängt es vom Preisniveau der einzelnen Vorleistungsprodukte ab, ob es auf dem Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich allgemein oder in bestimmten Preissegmenten zu Wettbewerb zwischen den ISP und Swisscom als integrierte Anbieterin kommen kann.

b. Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich

271. Im Privatkundenbereich werden meist asymmetrische Verbindungen ins Internet angeboten und nachgefragt. Hierbei werden in der Regel keine speziellen Anforderungen an die Service Levels gestellt. Aus diesem Grund sind die an eine Breitbandinternetverbindung gestellten Anforderungen im Privatkundenbereich in der Regel weniger hoch. Solange die Anforderungen der Endkunden mit der darunterliegenden Netzwerktechnologie erbracht werden können, sind ISP nicht an eine bestimmte Netzwerktechnologie gebunden.

¹⁰⁵ ISP sind dann nicht auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen, wenn sie bestimmte Geschäftskunden selbst mit Glasfaserleitungen erschliessen und so über eine eigene Netzwerkinfrastruktur zu diesen Geschäftskunden verfügen.

272. Damit kommen für den Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich grundsätzlich drei verschiedene drahtgebundene Netzwerktechnologien zum Einsatz: Kupferkabel, Koaxialkabel und Glasfaserkabel. Schweizweit werden im Anschlussbereich das Kupferkabelnetz von Swisscom, das Koaxialkabelnetz von UPC-Cablecom sowie den regionalen Kabelnetzbetreibern und das Glasfasernetz von Swisscom und regionalen EVU zusammen betrieben. Neben den Netzbetreibern existieren allerdings noch eine Reihe weitere ISP, welche – basierend auf den Vorleistungsprodukten dieser Netzbetreiber – eigene Breitbandinternetangebote auf dem Markt für Breitbandinternet anbieten.

273. Da die Anforderungen im Hinblick auf Symmetrie und garantierte Bandbreite im Privatkundenbereich anders gelagert sind als im Geschäftskundenbereich, können bis zum Erreichen ihrer jeweiligen Kapazitätsgrenzen die unterschiedlichen zur Verfügung stehenden Technologien zur Erbringung von Privatkundenangeboten eingesetzt werden.

274. Dies bedeutet, dass sowohl Swisscom, die Kabelnetzbetreiber und später auch die EVU als Netzbetreiber sowie bis zu einem gewissen Grad (im Rahmen des regulierten Zugangspreises) diejenigen ISP, welche den TAL auf Basis des Kupferkabelnetzwerkes nachfragen, im Rahmen der durch die eingesetzte Technologie geltenden Einschränkungen miteinander in direkte Konkurrenz treten können. Daher besteht auf dem Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich grundsätzlich

bis zum Erreichen der jeweiligen Kapazitätsgrenze der Technologie die Möglichkeit zu Wettbewerb durch die Kabelnetzbetreiber und ISP, welche den regulierten TAL als Vorleistungsprodukt nutzen.

275. ISP, welche auf die Vorleistungsprodukte der Netzbetreiber angewiesen sind, um am Markt für Breitbandinternet im Endkundenbereich einen Breitbandinternetzugang anbieten zu können, können nur innerhalb der durch die Vorleistungsprodukte gegebenen Voraussetzungen Wettbewerbsdruck ausüben. Es ist fraglich, ob Vorleistungsanbieter, welche ebenfalls auf dem Endkundenmarkt tätig sind, ISP so günstige Vorleistungsprodukte anbieten, dass diese mit ihnen auf dem Endkundenmarkt in Konkurrenz treten können. Vor diesem Hintergrund haben diese ISP wenig Möglichkeiten im Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich mit den ebenfalls in diesem Markt tätigen Netzbetreibern und Nachfragern nach dem TAL in Konkurrenz zu treten und Wettbewerbsdruck auf diese auszuüben. Diese ISP können daher einzig – im Rahmen des durch die Vorleistungspreise festgelegten Preisniveaus – untereinander in Wettbewerb treten.

276. Grundsätzlich kann daher davon ausgegangen werden, dass mindestens die drei Anbieter mit dem grössten Marktanteil, Swisscom, UPC-Cablecom und Sunrise, miteinander in Wettbewerb treten können. Diese drei Anbieter vereinen auf dem Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich die nachfolgenden Marktanteile auf sich:

Internet Service Provider	Marktanteil 2007	Marktanteil 2008	Marktanteil 2009
Swisscom	49.3 %	51.9 %	53.9 %
Cablecom	19.3 %	19.0 %	17.9 %
Sunrise	9.8 %	9.2 %	10.0 %

Tabelle 6: Marktanteil ISP im Endkundenmarkt für Private¹⁰⁶

277. Der Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich ist (noch) ein Wachstumsmarkt, der aber beinahe gesättigt ist. Trotz nach wie vor positiver Wachstumszahlen (von 2008 auf 2009 betrug das Marktwachstum ca. 7.2 %¹⁰⁷) hatte insbesondere UPC-Cablecom mit einem Marktanteilsverlust zu kämpfen, da die Anzahl ihrer Privatkunden im Jahr 2009 annähernd konstant geblieben ist.

278. Die Wettbewerbssituation auf dem Breitbandinternetmarkt wurde im Rahmen der Untersuchung Preispolitik ADSL untersucht. Dabei kam die WEKO zu dem Schluss, dass bis Ende 2007 nur ein geringer Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber und insbesondere von UPC-Cablecom bestanden habe. Die WEKO begründete diese Einschätzung mit abnehmenden Marktanteilen von UPC-Cablecom, deren unzuverlässigem Internetangebot und den hohen Wechselkosten im Breitbandinternetmarkt. Entsprechend folgerte die WEKO, dass der Einfluss des Endkundenmarktes auf den relevanten Wholesale-Markt gering ist.¹⁰⁸

279. Gemäss einer im Auftrag des BAKOM durchgeführten Studie über den Internetanschluss und dessen Nutzung in der Schweiz sehen die Internetnutzer die wahrgenommene Qualität des Dienstes (92 % der Haushalte) sowie den Kundensupport und die Klarheit der Informationen (90 % der Haushalte) als wichtigste Kriterien für die Wahl der Anbieterin an.¹⁰⁹ Erst an dritter Stelle kommt der Preis (89 % der Haushalte). 46 % der Haushalte nutzen eine mittlere Zugangsgeschwindigkeit von 2'001 bis 10'000 Kbit/s).

280. Zudem ergab die Studie, dass in der Schweiz eine sehr grosse Kundentreue besteht, was sich insbesondere darin zeigt, dass 65 % der Haushalte angaben, die

¹⁰⁶ Fernmeldebericht 2009 (Fn 44),37.

¹⁰⁷ Fernmeldebericht 2009 (Fn 44),36.

¹⁰⁸ RPW 2010/1, 134 ff Rz 124 ff, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

¹⁰⁹ Fernmeldebericht 2009 (Fn 44), 21.

Anbieterin noch nie gewechselt zu haben, seit sie über einen Internetanschluss verfügen. Die Studie befand weiter, dass derselbe Prozentsatz fast nie die verfügbaren Marktangebote verglichen hat.¹¹⁰

281. Dies ist ein entscheidender Hinweis auf die Existenz von Wechselkosten, die die Wettbewerbsdynamik im Breitbandinternetmarkt prägen.¹¹¹ Wechselkosten fallen insbesondere beim Endkunden an. Diese müssen beispielsweise neue Hardware beziehen, alte Verträge innerhalb gegebener Fristen kündigen, Unterbrüche in Kauf nehmen, E-Mail-Konten migrieren sowie sich an das neue Produkt gewöhnen. Wechselkosten haben einen direkten Einfluss auf die Angebotsdynamik der FDA, sofern sie keine Preisdifferenzierung zwischen Neu- und Altkunden vornehmen können. In einem solchen Fall bewirkt eine Preissenkung, um Neukunden

anzulocken, gleichzeitig eine Umsatzeinbusse auf dem alten Kundenstamm. Nachdem eine FDA beispielsweise eine Kundenbasis dank hoher Wechselkosten an sich binden konnte, lohnt es sich unter Umständen, eher von diesem Kundenstamm einen um die Wechselkosten überhöhten Preis zu verlangen, als weiterhin aktiv Neukunden zu gewinnen.

282. Bezüglich der Preisentwicklung verzeichnet die jährlich vom BAKOM durchgeführte Analyse der Kosten der Breitbanddienste (DSL und Kabelmodem) 2008 eine Preissenkung nach der Einführung des TAL.¹¹² Anschliessend stagnierten die Preise wiederum, wobei die Kostenanalyse die ab 2009 stark nachgefragten Bündelangebote bzw. das daraus resultierende Sparpotential nicht berücksichtigt.

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Reale Preise	179.38	156.27	156.58	109.01	109.01	109.18	109.74	105.60	99.92	100

Tabelle 7: Entwicklung der Kostenindizes der Breitbanddienste für Nutzer mit mittlerem Bedarf (100 = 2010)¹¹³

283. Im Vergleich zu der Stagnation bis Ende 2007, als nur geringer Wettbewerbsdruck im Markt für Breitbandinternet bestand¹¹⁴, kann man insbesondere zwei Veränderungen hervorheben. Mit der Entbündelung des TAL auf dem Kupferdoppeladernetz steht nun ein Vorleistungsprodukt zu regulierten Bedingungen zur Verfügung. Insbesondere Sunrise und VTX konnten im mittleren Preissegment auf der Basis des TAL eine ziemlich aggressive Preispolitik verfolgen, die nach Jahren der Stagnation zu neuer Wettbewerbsdynamik im Breitbandinternet-Markt führte.¹¹⁵ Damit wird auch deutlich, dass sobald die Endkundennachfrage nach Bandbreite dereinst nicht mehr durch den reinen Kupferanschluss gedeckt werden kann, eine allenfalls disziplinierende Wirkung der vom TAL ausgehenden Wettbewerbsdynamik wegfällt. Dies ist bei den leistungsstärksten Angeboten, die auch Fernsehen und mehrere Telefonanschlüsse beinhalten schon heute teilweise der Fall. Entbündler können mit dem TAL zur Zeit kaum noch höhere Bandbreiten anbieten. Gemäss BAKOM hat Sunrise im Segment mit mittlerem Nutzungsbedarf eines der billigsten Angebote (Indexwert von 72.89)¹¹⁶. Allerdings kann Sunrise bei den aktuellen Erhöhungen der Bandbreiten durch UPC-Cablecom und Swisscom nicht mithalten und die bestehenden Breitbandprofile mangels Digital TV Angebot nicht bündeln.

284. Eine zweite Veränderung der Wettbewerbssituation ergab sich durch den Ausbau der Kabelnetze auf den DOCSIS 3.0 Standard. UPC-Cablecom hat nach eigenen Angaben bis Anfang 2011 CHF 1.5 Mia in den Netzausbau investiert.¹¹⁷ Seit September 2009 bietet UPC-Cablecom das Produkt «Fibre-Power» an, das auf der DOCSIS 3.0 Technologie basiert.¹¹⁸ Seither hat UPC-Cablecom mehrmals die Bandbreiten aggressiv erhöht und Bündelangebote mit Digitalfernsehen und Internettelefonie («triple-play») lanciert. Im letzten Quar-

tal 2010 kam es zu einer weiteren Bandbreitenerhöhung durch UPC-Cablecom, während Swisscom kurz darauf das Triple-Play-Angebot «Vivo Casa» einführte.

285. Swisscom und Cabelcom reagierten in diesem Zeitraum systematisch auf Preis- und Bandbreitenanpassungen. Mit der Bündelung ihres Premium Angebotes gelang es Swisscom, sich dem Wettbewerbsdruck zu entziehen. Die grundsätzliche Möglichkeit im Wettbewerb auf Angebote der Konkurrenten zu reagieren und die sehr hohen Wechselkosten erklären, weshalb die Marktanteile kaum verschoben bzw. Swisscom ihren Marktanteil insbesondere im Premium Segment noch verstärken konnte. Während Sunrise und UPC-Cablecom nur nach und nach Neukunden gewinnen konnten, scheint das Kundenwachstum bei Swisscom nicht von äusseren Einflüssen betroffen zu sein.

¹¹⁰ Fernmeldebericht 2009 (Fn 44), 21.

¹¹¹ Die nachfolgenden Ausführungen beruhen insbesondere auf: JOSEPH FARRELL/PAUL KLEMPERER, Coordination and Lock-in: Competition with switching Costs and Network Effects, Handbook of Industrial Organization, Volume 3, 2007, 1967-2070.

¹¹² Kosten der Breitbanddienste (DSL und Kabelmodem): Vergleich und Entwicklung – Resultate (2006-2007), BAKOM, Biel, November 2007, 5 ff.

¹¹³ Kosten der Breitbanddienste (Fn 112), 7.

¹¹⁴ Vgl. RPW 2010/1, 134 ff Rz 124 ff, Preispolitik Swisscom ADSL.

¹¹⁵ Kosten der Breitbanddienste (Fn 112), 4.

¹¹⁶ Kosten der Breitbanddienste (Fn 112), 7.

¹¹⁷ Medienmitteilung UPC-Cablecom vom 14. Februar 2011.

¹¹⁸ Medienmitteilung UPC-Cablecom vom 1. September 2009.

286. Auf dem Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich herrscht derzeit eine gewisse Konkurrenz, da neben Swisscom auch UPC-Cablecom als von der Infrastruktur von Swisscom unabhängiger Netzbetreiber im Markt agiert und Sunrise mit dem TAL konkurrenzfähige Angebote im mittleren Preissegment platzieren kann. Diese Marktsituation führte einerseits dazu, dass Swisscom zu einem gewissen Grad auf Preissenkungen und Bandbreitenerhöhungen reagierte. Sunrise und UPC-Cablecom migrierten aufgrund der von ihnen gewählten Strategie insbesondere die eigenen Kunden in tiefere Preissegmente. Dennoch gelang es UPC-Cablecom und Sunrise kaum Wettbewerbsdruck auf Swisscom auszuüben und tatsächlich Kunden abzuwerben bzw. Neukunden zu gewinnen. Damit ist in der Schweiz ein Trend zu beobachten, welcher der durchschnittlichen Entwicklung in der EU zuwiderläuft, indem der historische Anbieter unablässig Marktanteile gewinnt.¹¹⁹

287. Wie sich diese Wettbewerbssituation in der Zukunft entwickeln wird, ist heute schwer vorauszusagen. Insbesondere, wenn die durchschnittlich nachgefragte Bandbreite nicht mehr über die Kupferkabeltechnologie bedient werden können, fällt der heute noch bestehende Aussenwettbewerb durch die FDA, welche den TAL als reguliertes Vorleistungsprodukt nutzen, weg. Inwiefern UPC-Cablecom durch die Investitionen in DOCSIS 3.0 in der Lage sein wird, dann für zusätzlichen Wettbewerbs-

druck auf Swisscom zu sorgen, kann heute noch nicht abgeschätzt werden. Insbesondere vermochte UPC-Cablecom in der Vergangenheit trotz signifikant höherer angebotener Bandbreiten zu Preisen, die zum Teil tiefer waren als die von Swisscom, nichts gegen die dominante Stellung von Swisscom auszurichten. Durch die Erfahrungen in der Vergangenheit ist es daher zumindest fraglich, ob im Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich von UPC-Cablecom tatsächlich Wettbewerbsimpulse ausgehen werden. Die Entwicklung der Breitbandmärkte vor 2008 hat jedenfalls gezeigt, dass dieser Druck jederzeit nachlassen kann, und sich UPC-Cablecom mangels technologischer Möglichkeiten und aufgrund der hohen Wechselkosten darauf beschränken kann ihre Kunden zu halten.

B.3.3.3.2 Interdependenzen

288. Neben der Disziplinierung, welche im von der Abrede betroffenen Markt durch Wettbewerb stattfindet, kann eine Disziplinierung auch durch indirekte Effekte bewirkt werden, welche von vor- und nachgelagerten Märkten ausgehen. In den Märkten für Breitbandinternet bestehen verschiedene Interdependenzen, welche bei der Analyse der Wettbewerbsverhältnisse zu beachten sind.

289. Zwischen den einzelnen Märkten für Breitbandinternet bestehen die nachfolgenden Relationen:

Markt	Relation	Markt
Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierter Übertragungsgeschwindigkeit	Vorgelagert	Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich
		(Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich)
		Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich
		(Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich)

¹¹⁹ Fernmeldebericht 2009 (Fn 44), 16 f.

Markt	Relation	Markt
Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserkabelbasierter Übertragungsgeschwindigkeit	Vorgelagert	Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich
		Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich
		Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich
		Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich
Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich	Vorgelagert	Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich
Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich	Vorgelagert	Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich

Tabelle 8: Verhältnisse der Märkte untereinander

Graphisch können die Verhältnisse der einzelnen Märkte, wie in Abbildung 2 aufgezeigt, dargestellt werden.

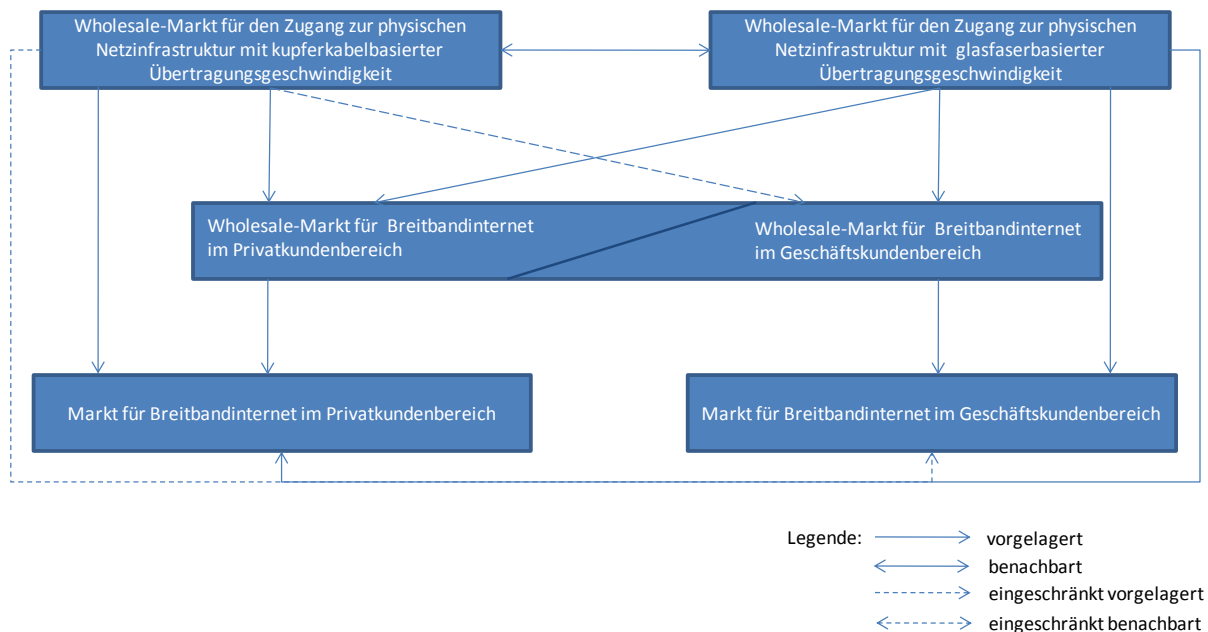


Abbildung 2: Verhältnisse der Märkte untereinander

290. Um die Wettbewerbssituation in den einzelnen Märkten beurteilen zu können, müssen die Einflüsse der jeweiligen benachbarten, vor- und nachgelagerten Märkte

berücksichtigt werden, da auch von benachbarten sowie vor- und nachgelagerten Märkten durch indirekte Einschränkungen der Handlungsmöglichkeiten der

Marktteilnehmer auf dem untersuchten Markt eine disziplinierende Wirkung ausgehen kann.¹²⁰ Um die möglichen gegenseitigen Disziplinierungen zwischen den einzelnen Marktstufen zu untersuchen, ist es notwendig das Zusammenwirken der Marktstufen darzustellen.

B.3.3.3.3 Auswirkungen des Endkundenmarktes für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich auf die Wholesale-Märkte

291. Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet sind verschiedene ISP tätig. Als einziger integrierter Anbieter tritt heute Swisscom auf dem Markt für Breitbandinternet auf. Alle weiteren Anbieter von Breitbandinternetdienstleistungen im Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich sind auf Vorleistungsebene von Swisscom abhängig, so dass im Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich zwischen dem integrierten Anbieter Swisscom und den ISP wenig Wettbewerb herrscht (vgl. Kap. B.3.3.3.3.1.a). Lediglich bei vereinzelt Grossprojekten, bei welchen es sich für einen ISP lohnt die Kunden mit einer eigenen

Glasfasernetzwerkinfrastruktur zu erschliessen, kann es zu einem gewissen Infrastrukturwettbewerb kommen.

292. Die Marktgegenseite ist daher grundsätzlich zwingend auf die Dienstleistungen von Swisscom angewiesen, da verschiedene Standorte miteinander verbunden werden müssen. Die ISP haben daher beschränkte Möglichkeiten eine disziplinierende Wirkung auf die Anbieterseite auszuüben.

293. Aus diesen Gründen kann vom Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich kein Wettbewerbsdruck auf die verschiedenen vorgelagerten Märkte ausgeübt werden.

B.3.3.3.4 Auswirkungen des Endkundenmarktes für Breitbandinternet im Privatkundenbereich auf die Wholesale-Märkte

294. Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich können ISP aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Vorleistungsprodukte auf dem Endkundenmarkt Breitbandinternetzugänge anbieten.

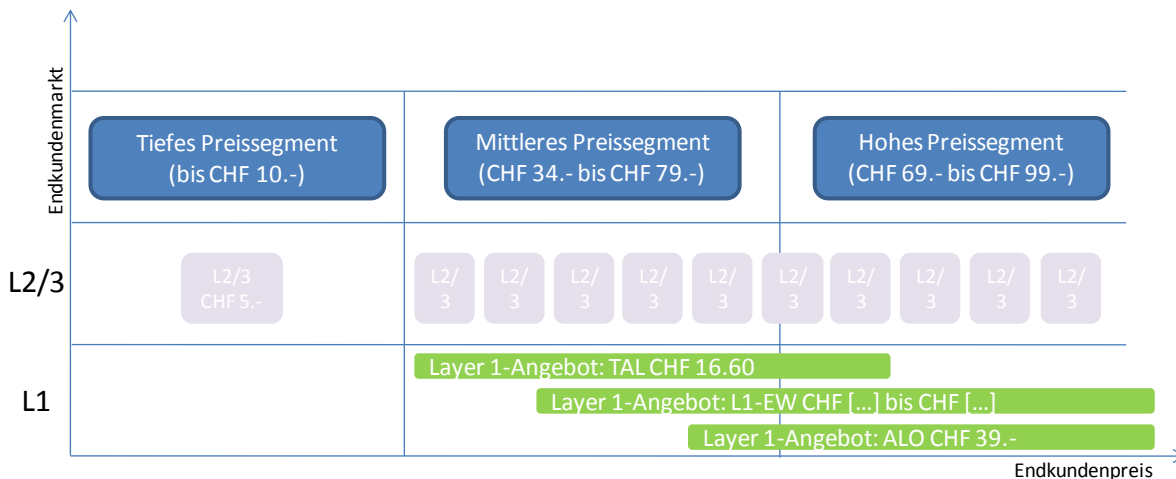


Abbildung 3: Zusammenspiel der Marktstufen

295. Je nach Art des genutzten Vorleistungsprodukts verbleiben den ISP entsprechende Margen, welche zur Deckung ihrer Kosten und zur Erzielung von entsprechenden Gewinnen notwendig sind. Da auf Layer 2 und 3 der Wholesale-Anbieter für die Flusskontrolle zuständig ist (vgl. Rz 133), kann er die für die Angebote auf dem Endkundenmarkt entscheidenden Angebotsprofile von Upload- und Downloadgeschwindigkeiten bestimmen und somit verschiedene Profile zu unterschiedlichen Vorleistungspreisen zur Verfügung stellen.

296. Es stellt sich daher die Frage, ob die derzeitige Konkurrenzsituation auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet ausreicht, um auf den Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten und auf diejenigen Profile auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich, welche nicht mit der Kupferkabeltechnologie bereitgestellt werden können, eine disziplinierende Wirkung entfalten zu können. Die Wirksamkeit solcher indirekten Effekte hängt stark von der Wettbewerbsintensität sowie der Produktdiffe-

renzierung auf Endkundenstufe ab, die wiederum eine Funktion verschiedener Faktoren wie Wechselkosten und Verbundeffekten sind.

Auswirkungen auf den Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich

297. Auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich werden verschiedene Profile zu unterschiedlichen Preisen angeboten. Hierdurch können die Anbieter auf diesem Markt eine Preisdifferenzierungsstrategie umsetzen. Würde sich beispielsweise der Wettbewerbsdruck in einem Preissegment im Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich erhöhen, so

¹²⁰ ROMAN INDERST/TOMMASO VALLETTI, A Tale of Two Constraints: Assessing Market Power in Wholesale Markets, 10 f., abrufbar unter: www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/inderst/Competition_Policy/A_Tale_of_two_Constraints_07.pdf, (11.7.2011).

könnte dem durch eine Preisanpassung des dazugehörigen Profils auf dem Vorleistungsmarkt entgegengewirkt werden, ohne eine Preisanpassung bei den anderen Profilen durchführen zu müssen. Da die Produktdifferenzierung auf dem Vorleistungsmarkt derjenigen auf dem Endkundenmarkt weitgehend entspricht, müssen die Netzbetreiber, welche auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich tätig sind, jeweils nur die Profile anpassen die tatsächlich vom Wettbewerbsdruck betroffen sind.

298. Es kann daher festgehalten werden, dass die an der Abrede beteiligten Parteien die Möglichkeit haben, eine partielle disziplinierende Wirkung, welche vom Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich ausgehen könnte, auf einzelne Profile zu beschränken, während auf andere Profile kein Wettbewerbsdruck ausgeübt wird. Zudem ist der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Kabelinfrastrukturen durch sehr hohe Wechselkosten geprägt, die den allfälligen Wettbewerbsdruck aus dem Endkundenmarkt stark abschwächen.

Auswirkungen auf den Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

299. Auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten ist keine Preisdifferenzierung nach Profilen wie auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich möglich. Bei geringen und mittleren Bandbreiten können die Netzbetreiber einen allfälligen Wettbewerbsdruck mit entsprechenden Layer 2-Angeboten weitgehend abfangen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass sie sich dafür unter Umständen die Eigenleistung des Layer 2-Zugangs unter Kosten anbieten müssen. Dies kann sich lohnen, sofern sie auf diese Weise eine höhere Marge auf Layer 1 erhalten.

300. Es kann daher festgehalten werden, dass der Wettbewerbsdruck aus dem Endkundenmarkt zumindest teilweise durch Produktdifferenzierung abgefangen werden kann. Dadurch wird der ohnehin unsichere Wettbewerb zwischen den verschiedenen Infrastrukturen nochmals abgeschwächt auf den Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten wirken. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet nicht genügend disziplinierend auf den Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten wirkt.

B.3.3.4 Fazit

301. Aufgrund der obigen Analyse kann festgehalten werden, dass aufgrund der Abreden „Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser“, „Gewinnmarge bei Baukostenverrechnung“, „Kosten für die Miete der Kabelkanalisationen“, „Mindestabnahmemenge“ und „Verkaufspreis DUFO“ eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten in einer vorausschauenden Betrachtung nicht ausgeschlossen werden kann.

B.3.4 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkungen

302. Wenn man im Rahmen einer rückblickenden Untersuchung zum Schluss kommen würde, dass sich die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegen lässt, zeigt die folgende – summarische – Prüfung, dass die hier zu prüfenden Abreden dennoch das Potenzial für eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs haben.

303. Wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, stellt sich die Frage, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG führt. Bei der damit verbundenen Prüfung werden sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien berücksichtigt.¹²¹

304. Bei der Beurteilung der quantitativen Elemente wird die Konkurrenzsituation insgesamt geprüft.¹²² Die Beurteilung dieser beiden Kriterien erfolgt in der Regel einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung.

305. Selbst wenn die Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) – wie vorliegend – mangels Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsabrede im Sinne ihrer Ziffer 1 nicht direkt anwendbar ist, kann sie bei dieser Beurteilung als Orientierungshilfe dienen.¹²³ Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt¹²⁴ – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter¹²⁵ zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht“ die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).¹²⁶

¹²¹ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 173 ff., BGE 129 II 18, 24, E.5.2.1 (=RPW 2002/4, 731), *Buchpreisbindung*. Die Prüfung der qualitativen Elemente umfasst eine Untersuchung der durch die Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter und welchen Stellenwert diese im Wettbewerb einnehmen. Die Lehre geht davon aus, dass wenn von einer Abrede zentrale Wettbewerbsparameter tangiert sind, bereits aufgrund der Qualität der Abrede eine erhebliche Wettbewerbsabrede vorliegen kann. Die jüngere Praxis scheint indes wieder eine minimale quantitative Beeinträchtigung vorauszusetzen. Wird im Rahmen einer Prüfung nach Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung bei einer Preis-, Mengen- oder Gebietsabrede umgestossen, so kann bei der Prüfung nach Art. 5 Abs. 1 KG grundsätzlich auf eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigung geschlossen werden.

¹²² BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 175.

¹²³ So etwa BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 189; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., 2005, Rz 389.

¹²⁴ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

¹²⁵ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241, Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

¹²⁶ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 230.

B.3.4.1 Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser

306. Durch die Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser vereinbaren die Kooperationsparteien, dass diese Dritten nicht zur Erbringung von Fernmeldedienstleistungen in dem jeweiligen Gebäude überlassen werden.

B.3.4.1.1 Qualitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

307. Nachfrager nach Layer 1-Produkten sind grundsätzlich auf die Angebote der Netzbetreiber angewiesen und können auf die Ausgestaltung des Netzes in der Regel keinen Einfluss nehmen. Spleissen die Netzbetreiber die einzelnen Glasfasern in ein Gebäude von der Anschlusszentrale bis zum OTO in der jeweiligen Nutzungseinheit, stehen im Gebäudeeingang (BEP) in der Regel keine weiteren nutzbaren Glasfasern zur Verfügung. Dies ist insbesondere der Fall, wenn pro Nutzungseinheit (wie dies in der vorliegenden Kooperation in der Regel der Fall ist) nur zwei Fasern durchgehend gespleisst werden. Dies hat zur Folge, dass in der Regel im BEP nur im Rahmen der Gebäudefaser ein OTO zur Verfügung gestellt werden kann. Da diese aufgrund der Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser Dritten zur Erbringung von Fernmeldedienstleistungen innerhalb des Gebäudes nicht zur Verfügung steht, können sie – was die Inhouse-Versorgung anbelangt – nicht mit den Netzbetreibern in Wettbewerb treten. Vielmehr müssen Fernmeldedienstleister, die auf Basis eines Layer 1-Angebots Fernmeldedienste erbringen wollen, jeweils eine Leitung von der Anschlusszentrale bis zum OTO in den jeweiligen Nutzungseinheiten von dem jeweiligen Netzbetreiber mieten. Je nach Angebot haben sie keine Möglichkeit die Inhouse-Verteilung (beispielsweise über WLAN oder über eine bestehende Koaxialkabelinfrastruktur etc.) selbst zu erbringen¹²⁷, auch wenn dies von der Wertschöpfungskette her für sie effizient wäre. Da sie für jede Nutzungseinheit zudem eine Glasfaser mieten müssen, können sie auch keine Skaleneffekte durch die Inhouse-Verteilung realisieren. Durch die Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser, so dass diese Fernmeldedienstleistern nicht zur Erbringung von Fernmeldedienstleistungen innerhalb eines Gebäudes zur Verfügung steht, kann unter gewissen Rahmenbedingungen ein möglicher Infrastrukturwettbewerb was die Gebäudeverkabelung anbelangt unterbunden werden. Entsprechende Fernmeldedienstleister würden daher vom Wettbewerb ausgeschlossen, so dass letztendlich nur noch zwischen den beiden Kooperationspartnern Infrastrukturwettbewerb stattfinden kann. Auf diese Weise kann die Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser geeignet sein, den Wettbewerb schwerwiegend zu beeinträchtigen, was sich bereits durch den Stellenwert des durch die Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters (der Menge) ergibt.

B.3.4.1.1.2 Quantitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

308. Als einzige Betreiber einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur vereinen Groupe E und Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur einen Marktanteil von 100 %. Mit der Nutzungsbeschränkung für die Gebäudefaser vereinbaren sie,

dass Fernmeldedienstleister, welche eine Glasfaserleitung von der Anschlusszentrale bis zum Gebäudeeingang mieten möchten, vom Markt ausgeschlossen werden. Da die Marktgegenseite keine Ausweichmöglichkeiten hat, könnte sich die Abrede auf sämtliche dieser Nachfrager auswirken.

309. Die Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser könnte daher in quantitativer Hinsicht eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur bewirken.

B.3.4.1.1.3 Fazit

310. Da die Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht unter gewissen Umständen eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur bewirken könnte, wäre die Abrede unter solchen Umständen als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung einzustufen.

B.3.4.2 Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch das Konkurrenzverbot beim Aufbau und Betrieb einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur

311. Durch das Konkurrenzverbot beim Aufbau und Betrieb einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur wird verhindert, dass eine Partei parallel ein weiteres Glasfasernetzwerk aufbaut. Dies könnte der Fall sein, wenn eine Partei nicht den gesamten Kanton erschliessen möchte und einen sich auf die Städte beschränkten Aufbau und damit kostengünstigeren Aufbau konzentrieren möchte.

B.3.4.2.1. Qualitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

312. Durch das Konkurrenzverbot sind beide an der Kooperation beteiligten Vertragsparteien gebunden, so dass ein einzelner Anbieter – auch wenn dies unter Umständen effizient sein könnte – keine alternative Glasfaserinfrastruktur aufbauen kann. Je nachdem wie stark der Wettbewerb durch die anderen Vertragsklauseln eingeschränkt wird, kann daher diese Vertragsklausel, durch den Wegfall der potenziellen Konkurrenz durch eine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur, bedeutend sein. Zudem kann sie als Mengenabrede qualifiziert werden. Sie ist daher auch aufgrund des Stellenwerts des durch die Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters (Menge) als schwerwiegend einzustufen.

B.3.4.2.2. Quantitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

313. Mit dem Konkurrenzverbot beim Aufbau und Betrieb einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur fällt eine Möglichkeit der potenziellen Konkurrenz zwischen den Kooperationspartnern weg. Da die Kooperationsparteien einen gemeinsamen Marktanteil von 100% haben, sind sämtliche Nachfrager nach einem physischen Zugang zur Glasfasernetzwerkinfrastruktur im Anschlussbereich von der Abrede betroffen. Sie kann daher in qualitativer Hinsicht als schwerwiegend eingestuft werden.

¹²⁷ Eine andere Schlussfolgerung wäre für den Fall möglich, wenn die Netzbetreiber aufgrund einer anderen Faser den jeweiligen Fernmeldedienstleistern ein Layer 1-Angebot von der Anschlusszentrale bis zum BEP unterbreiten würden. Dies ist nicht ausgeschlossen.

B.3.4.2.3. Fazit

314. Da das Konkurrenzverbot beim Aufbau und Betrieb einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur eine mögliche potenzielle Konkurrenz durch einen der an der Kooperation beteiligten Vertragspartner ausschliesst, kann die Klausel in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht unter gewissen Umständen eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur bewirken. Sie hat daher das Potenzial als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung eingestuft zu werden.

B.3.4.3 Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch das Konkurrenzverbot beim Ausscheiden einer Partei

315. Durch das Konkurrenzverbot beim Ausscheiden einer Partei aus der Kooperation verpflichtet sich die ausscheidende Partei, dass sie für die nächsten [...] Jahre die verbleibende Partei nicht konkurrenzieren wird.

B.3.4.3.1.1 Qualitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

316. Mit dem Konkurrenzverbot verzichtet eine Partei für den Zeitraum von [...] Jahren auf ein glasfaserbasiertes Fernmeldedienstangebot. Damit scheidet einer der beiden Kooperationspartner quasi komplett aus den jeweiligen Märkten aus. Dies kann zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führen, was insbesondere dann der Fall ist, wenn durch den Ausstieg lediglich ein Glasfasernetzbetreiber übrig bleibt. Zudem kann die Vereinbarung als Aufteilung von Märkten nach Gebieten (Gebiet Freiburg) qualifiziert werden. Sie ist daher auch aufgrund des Stellenwertes des durch die Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters (Gebiet) als schwerwiegend einzustufen.

B.3.4.3.1.2 Quantitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

317. Mit dem Ausscheiden einer der Kooperationsparteien und dem Verzicht für [...] Jahre mit der verbleibenden Kooperationspartei nicht in Konkurrenz zu treten, sind sämtliche Nachfrager nach einem Zugang zur Glasfasernetzwerkinfrastruktur auf die verbleibende Kooperationspartnerin angewiesen. Zudem verzichtet die ausscheidende Kooperationspartnerin für [...] Jahre ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten. Da die Kooperationsparteien einen gemeinsamen Marktanteil von 100 % haben, sind sämtliche Nachfrager nach einem physischen Zugang zur Glasfasernetzwerkinfrastruktur im Anschlussbereich von der Abrede betroffen. Sie kann daher auch in quantitativer Hinsicht als schwerwiegend eingestuft werden.

B.3.4.3.1.3 Fazit

318. Da das Konkurrenzverbot beim Ausscheiden einer Partei aus der Kooperation sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht unter gewissen Umständen eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur bewirken könnte, wäre die Abrede unter solchen Umständen als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung einzustufen.

B.3.4.4 Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Gewinnmarge bei Baukostenverrechnung

319. Durch die zwischen den Kooperationsparteien vereinbarte und gegenüber SLNC verrechnete Gewinnmarge von [...] % beim Aufbau der Glasfasernetzwerkinfrastruktur können die DUFO Preise entsprechend beeinflusst werden, welche als Vorleistungspreise für die Angebote von Groupe E und Swisscom dienen.

B.3.4.4.1.1 Qualitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

320. Die Aufbauposten für die Glasfasernetzwerkinfrastruktur haben einen determinierenden Einfluss auf die Kosten der Nutzungsrechte der Glasfasern (DUFO), welche von SLNC an die Kooperationsparteien verkauft werden. Basierend auf den DUFO erstellen Groupe E und Swisscom ihre Verkaufsangebote. Aus diesem Grund kann die Vereinbarung einer an SLNC zu verrechnende Gewinnmarge eine indirekte Festlegung des Preises bewirken. Sie ist daher auch aufgrund des Stellenwertes des durch die Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters (Preis) als schwerwiegend einzustufen.

B.3.4.4.1.2 Quantitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

321. Die Glasfasernetzwerkinfrastruktur wird letztendlich nur durch die beiden an der Abrede beteiligten Unternehmen betrieben und von SLNC vertrieben. Da die Kooperationsparteien einen gemeinsamen Marktanteil von 100 % haben, sind sämtliche Nachfrager nach einem physischen Zugang zur Glasfasernetzwerkinfrastruktur im Anschlussbereich von der Abrede betroffen. Sie kann daher auch in quantitativer Hinsicht als schwerwiegend eingestuft werden.

B.3.4.4.1.3 Fazit

322. Da die verrechnete Gewinnmarge sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht unter gewissen Umständen eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur bewirken könnte, wäre die Abrede unter solchen Umständen als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung einzustufen.

B.3.4.5 Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Kosten für die Miete der Kabelkanalisationen

323. Durch die Festsetzung der Miete der Kabelkanalisationen, welche aufgrund der unterschiedlichen zugrunde gelegten Rohrleitungslängen zustande kommt, werden indirekt die Kosten für die Nutzungsrechte der Glasfasern (DUFO) festgelegt.

B.3.4.5.1. Qualitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

324. Die Nutzung der Rohrleitungen ist für die Errichtung einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur notwendig. Die Nutzung der Rohrleitungen ist allerdings gesetzlich reguliert und wird aufgrund der Länge der Rohrleitung festgelegt. [...].

B.3.4.5.2. Quantitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

325. Da SLNC als Gemeinschaftsunternehmen von Groupe E und Swisscom nur bei diesen beiden Rohrleitungen nachfragt und die Kosten für die Rohrleitungen in die Preise für die Nutzungsrechte der Glasfasern (DUFO) einfließen, haben durch Preisabrede überhöhte Kosten bei den Rohrleitungen eine Auswirkung auf die Preise der DUFO. Da basierend auf den Preisen für die DUFO die Preise für Fernmeldedienste, welche durch Groupe E und Swisscom erbracht werden, kalkuliert werden, haben die Preise für die Rohrleitungen einen direkten Einfluss auf die Preise für Layer 1-Angebote von Groupe E und Swisscom. [...] in den Verträgen könnten die Kooperationspartner ihre Preise für die Nutzung der Rohrleitungen abstimmen und so indirekt auf die Preise der Layer 1-Angebote etc. einwirken. Als einzige Betreiber einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur vereinen Groupe E und Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur einen Marktanteil von 100 %. Damit wären sämtliche Nachfrager nach einem Layer 1-Angebot betroffen.

326. Daher könnte es durch Koordination der Kosten für die Miete der Kabelkanalisationen in quantitativer Hinsicht zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs kommen.

B.3.4.5.3. Fazit

327. Da die Koordination der Kosten für die Miete der Kabelkanalisationen sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht unter gewissen Umständen eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur bewirken könnte, wäre die Abrede unter solchen Umständen als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung einzustufen.

B.3.4.6 Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Mindestabnahmemenge

328. Durch die Mindestabnahmemengen werden Nachfrager nach DUFO vom Angebot ausgeschlossen, wenn sie keine Mindestmenge von [...] % abnehmen.

B.3.4.6.1. Qualitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

329. Indem potenzielle Nachfrager nach einem Zugang zur Glasfasernetzwerkinfrastruktur von SLNC im IP zwischen Drop und Feeder nur bei einer Mindestabnahmemenge von 20 % einen Zugang erhalten, kann dieses Mindestabnahmemenge eine bedeutende Schranke für einen Marktzutritt darstellen. Zudem sind für die Erschliessung des IP zwischen Drop und Feeder von Seiten des Nachfragers erhebliche Investitionen zu tätigen (insbesondere muss der Nachfrager einen Feederbereich bereitstellen). Aufgrund dieser Investitionen ist ohnehin davon auszugehen, dass nur Nachfrager mit einer ausreichend grossen Nachfrage und einem ausreichenden Finanzierungspotenzial einen solchen Zugang nachfragen werden. Die Mindestabnahmemenge stellt ein zusätzliches Hindernis dar, welches potenzielle Marktteilnehmer abschrecken kann. Daher kann sie in qualitativer Hinsicht zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen. Zudem kann die

Mindestabnahmemenge faktisch eine Mengenbeschränkung auf dem Markt bewirken, welche bereits durch den Stellenwert des durch die Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters (Menge) als schwerwiegend einzustufen ist.

B.3.4.6.2. Quantitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

330. Die beiden Kooperationsparteien sind über SLNC die einzigen Anbieter einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur im Kanton Freiburg. Daher verfügen sie auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten über einen Marktanteil von zusammen 100 %. Auch der Wettbewerbsdruck, welcher über indirekte Effekte vom Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich auf den Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten wirken könnte, ist in casu gering (vgl. Rz 223 ff.). Daher sind grundsätzlich sämtliche Nachfrager nach einem entsprechenden Zugang von der Mindestabnahmemenge betroffen.

B.3.4.6.3. Fazit

331. Da die Koordination die Mindestabnahmemenge sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht unter gewissen Umständen eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur bewirken könnte, wäre die Abrede unter solchen Umständen als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung einzustufen.

B.3.4.7 Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch den Verkaufspreis DUFO

332. Mit der Festlegung des Verkaufspreises für die DUFO, legen die Kooperationsparteien die Kosten für die Nutzung des Vorleistungsproduktes von SLNC fest.

B.3.4.7.1. Qualitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

333. Das DUFO als Vorleistungsprodukt für die Erbringung von Fernmeldedienstleistungen determiniert deren Verkaufspreise. Damit hat die Festlegung des DUFO eine direkte Auswirkung auf die Layer 1-Angebote von Groupe E und Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten. Die gemeinsame Festlegung des Verkaufspreises DUFO bewirkt damit eine indirekte Festlegung der Preise auf dem Markt. Sie ist bereits durch den Stellenwert des durch die Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters (Preis) als schwerwiegend einzustufen.

B.3.4.7.2. Quantitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

334. Da grundsätzlich nur Groupe E und Swisscom (zum Teil über SLNC) den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten gewähren, haben sie einen gemeinsamen Marktanteil von 100 %. Damit sind sämtliche Nachfrager nach einem entsprechenden Zugang von der Preisabrede betroffen. Sie ist daher auch in quantitativer Hinsicht als schwerwiegend einzustufen.

B.3.4.7.3. Fazit

335. Da die Festsetzung des Verkaufspreises DUFO für die gesamte Vertragslaufzeit sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur bewirken kann, ist die Abrede als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung einzustufen.

B.3.5 Rechtfertigungsgründe

336. Gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen, und den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Demnach müssen für das Vorliegen eines Effizienzgrundes die nachfolgenden drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein.¹²⁸

337. Erstens enthält die Abrede einen der im Gesetz genannten Effizienzgründe. Die vom Gesetz vorgesehenen Rechtfertigungsgründe stellen eine abschliessende Auflistung dar (numerus clausus), wobei es ausreicht, wenn einer der gesetzlichen Effizienzgründe vorliegt.¹²⁹

338. Zweitens muss die Abrede notwendig sein, um den Effizienzgrund zu verwirklichen. Es muss somit geprüft werden, ob die Abrede notwendig ist, um geltend gemachte Effizienzziele zu erreichen. Dies entspricht einer in drei Schritte geteilte Verhältnismässigkeitsprüfung:¹³⁰

- a. Die Abrede muss geeignet sein, einen der gesetzlichen Effizienzgründe zu erreichen.¹³¹
- b. Die Abrede muss erforderlich sein, einen der gesetzlichen Effizienzgründe zu erreichen. Dies bedeutet, es darf kein gleich geeignetes aber den Wettbewerb weniger stark beeinträchtigendes Mittel zur Verfügung stehen als die in Frage stehende Abrede.¹³²
- c. Zudem darf die Wettbewerbsabrede den Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel nicht überproportional beeinträchtigen.¹³³

339. Drittens muss geprüft werden, ob keine Möglichkeit besteht, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.¹³⁴ Hierbei bestimmt sich die Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aus Sicht der Abredeparteien und knüpft nicht unmittelbar an die Wettbewerbsabrede an.¹³⁵ Der Anknüpfungspunkt ist daher die subjektive Verhaltensweise der Abredeparteien. Indem der Gesetzgeber fordert, dass in keinem Fall die Möglichkeit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bestehen kann, hat er die Hürde für die Zulassung einer den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abrede sehr hoch gelegt.¹³⁶ Selbst wenn auch nur im entferntesten die Möglichkeit besteht, dass die Abredeparteien (beispielsweise durch weitere Abreden oder abgestimmte Verhaltensweisen) den Wettbewerb beseitigen, muss die Behörde bzw. der Richter die Wettbewerbsabrede für unzulässig erklären. Eine andere Meinung hierzu vertritt

HOFFET, der davon ausgeht, dass das Bestehen einer entfernten Möglichkeit nicht genügen dürfte, sondern vielmehr eine erhebliche Wahrscheinlichkeit einer potentiellen Wettbewerbsbeseitigung vorliegen muss, damit eine Wettbewerbsabrede nicht gerechtfertigt werden kann.¹³⁷

B.3.5.1 Vorbemerkung

340. Für den Fall, dass in einer rückblickenden Betrachtung die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann, erfolgt im Rahmen der ex ante Beurteilung neben der Prüfung der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung auch diejenige der Rechtfertigungsgründe nachfolgend lediglich in summarischer Form.

341. Durch den Aufbau eines Vierfasermodells entstehenden Mehrkosten (gegenüber einem Einfasermodell). Dass dennoch vier Fasern gebaut werden, wird von Seiten der Kooperationspartner damit begründet, dass hierdurch wirksamer Wettbewerb entstehen kann. Da die Abreden allerdings einzig den Betrieb des Glasfasernetzes betreffen, ist fraglich, ob diese überhaupt notwendig sind, um einen gemeinsamen Aufbau des Glasfasernetzes zu ermöglichen.

B.3.5.2 Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

342. Damit Effizienzgründe überhaupt geltend gemacht werden können, darf gemäss Art. 5 Abs. 2 KG in keinem Fall die Möglichkeit eröffnet werden, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (vgl. Rz 339).

343. Wie bereits in Kapitel B.3.2 dargelegt wurde, wird bei der Layer 1-Exklusivität, bei den Klauseln „Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser“, „Gewinnmarge bei Baukostenverrechnung“, „Kosten für die Miete der Kabelkanalisationen“, „Mindestabnahmemenge“ und „Verkaufspreis DUFO“ eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gesetzlich vermutet. Gemäss den vorhergehenden Analysen kann bei diesen Klauseln eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten in einer vorausschauenden Betrachtung nicht ausgeschlossen werden (vgl. Rz B.3.3.4).

344. Zudem kann aber im Rahmen einer solchen Kooperation im Betrieb nicht ausgeschlossen werden, dass darüber hinaus weitere Möglichkeiten zwischen den Parteien bestehen, wirksamen Wettbewerb im Rahmen der Kommerzialisierung des Glasfasernetzes zu beseitigen.

¹²⁸ ROGER ZÄCH (Fn 123), Rz 404; BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 300.

¹²⁹ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 304 f.

¹³⁰ BGE 129 II 18, 36 f., E. 10.4 (=RPW 2002/4, 731), *Buchpreisbindung*.

¹³¹ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 336.

¹³² BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 342.

¹³³ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 355.

¹³⁴ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 358.

¹³⁵ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 360.

¹³⁶ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 361.

¹³⁷ FRANZ HOFFET in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 KG N 105.

345. Die Kooperationspartner bauen gemeinsam eine Glasfasernetzwerkinfrastruktur auf, über welche sie Wettbewerb gewährleisten wollen. Hierzu haben sie sich entschieden ein Vierfasermodell zu errichten. Unabhängig von der Anzahl verlegter Fasern, bleibt aber die gesamte Netzwerkinfrastruktur in der Kontrolle der beiden Kooperationspartner. In einer solchen Situation kann – unabhängig von der Anzahl verfügbarer Fasern – wirksamer Wettbewerb nur zwischen Marktteilnehmern stattfinden, welche über die vollständige Kontrolle über mindestens eine Faser zum Endkunden verfügen und damit den Zugang zum Glasfasernetzwerk kontrollieren. Solange die Möglichkeit besteht, dass die Kooperationspartner betreffend die Kommerzialisierung des Glasfasernetzwerkes eine Einigung erzielen und sich damit in der Nutzung der durch sie kontrollierten Glasfaser einschränken, besteht die Möglichkeit, dass wirksamer Wettbewerb über die Glasfasernetzwerkinfrastruktur beseitigt wird.

B.3.5.3 Gründe wirtschaftlicher Effizienz

346. Der Gesetzgeber sieht eine abschliessende Liste an gesetzlichen Rechtfertigungsgründe vor, welche im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG zu prüfen sind:

- a. Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten
- b. Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren
- c. Förderung der Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen
- d. Rationellere Nutzung von Ressourcen

347. Zur Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten können kleinere Produktionseinheiten Produktionsfaktoren koordiniert nutzen und auf diese Weise Kosten bzw. Produktionsstrukturen, wie sie grössere Unternehmen erreichen, verwirklichen.¹³⁸ Unter diese Vorteile können auf der einen Seite economies of scale¹³⁹ (dass die Stückkosten bei steigender Anzahl produzierter Einheiten aufgrund konstanter Fixkosten geringer ausfallen) und economies of scope¹⁴⁰ (dass Verbundvorteile Kostenreduktionen generieren) fallen. Bei horizontalen Kooperationen hat der Gesetzgeber in erster Linie horizontale Rationalisierungskooperationen zwischen kleineren oder mittleren Unternehmen im Auge, wobei diese Praxis ausgeweitet wurde.¹⁴¹ Damit eine Kooperation als Rechtfertigungsgrund zur Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten herangezogen werden kann, muss gezeigt werden, dass sie geeignet ist die Herstellungs- und Vertriebskosten zu senken.

348. Unter dem gesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren fallen eine breitere Angebotspalette oder die Verbesserung des Vertriebs. Auch die Verbesserung der Ökobilanz eines Produktes kann als solche Verbesserung herangezogen werden, wobei die wirtschaftlichen Vorteile die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung überwiegen müssen.¹⁴²

349. Damit der Effizienzgrund der Förderung der Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen geltend gemacht werden kann, müssen durch die Abreden eine brancheninterne Wirkung, indem

das Wissen innerhalb einer Branche vermehrt wird, oder eine branchenexterne Wirkung, wenn die Kunden von einem breiteren Wissen profitieren, generiert werden.¹⁴³

350. Unter den Effizienzgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen fallen zunächst Ressourcen unternehmerischer Natur wie Geld aber auch natürliche Ressourcen wie Umweltressourcen und ideelle Ressourcen wie Wissen.

351. Ob und inwiefern Rechtfertigungsgründe vorliegen kann grundsätzlich für die Zwecke der vorliegenden Analyse offen gelassen werden, da den Kooperationsparteien als gemeinsame Betreiber der einzigen Glasfasernetzwerkinfrastruktur grundsätzlich die Möglichkeit verbleibt gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (vgl. Rz 342 ff.).

352. Schliesslich bestehen Zweifel, dass die Vertragsklauseln notwendig sind einen der gesetzlichen Effizienzgründe zu realisieren. Die Vertragsklauseln wirken sowohl auf den Preis als auch auf die angebotene Menge, welche zentrale Wettbewerbsparameter darstellen. Insbesondere ist daher fraglich, ob die zwischen den Parteien, über die gemeldeten Vertragsklauseln getroffenen Preis- und Mengenabreden in casu verhältnismässig sind, um ein gesetzliches Effizienzziel zu erreichen.

B.3.5.4 Fazit

353. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass durch die Kooperation die Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bestehen bleibt (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG). Zudem bestehen berechtigte Zweifel, dass Gründe wirtschaftlicher Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG vorliegen, welche den gesetzlichen Anforderungen genügen und damit die oben beschriebenen Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigen würden.

B.3.6 Ergebnis

354. Im Falle der Umsetzung der Vertragsklauseln kann in einer vorausschauenden Betrachtung nicht ausgeschlossen werden, dass im Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten der wirksame Wettbewerb beseitigt wird. Auch wenn in einer rückblickenden Betrachtung die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann, so sind die Vertragsklauseln grundsätzlich dazu geeignet wirksamen Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen.

¹³⁸ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 306.

¹³⁹ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 307.

¹⁴⁰ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 308.

¹⁴¹ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 310.

¹⁴² BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 316.

¹⁴³ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 7), Art. 5 KG N 322.

C Schlussfolgerungen

1. Die Vorabklärung hat ergeben, dass die gemeldeten Klauseln:

- „Nutzungsbeschränkung der Gebäudefaser“
- „Konkurrenzverbot beim Aufbau und Betrieb einer Glasfasernetzes“
- „Konkurrenzverbot beim Ausscheiden einer Partei“
- „Gewinnmarge bei Baukostenverrechnung“

- „Kosten für die Miete der Kabelkanalisationen“
- „Mindestabnahmemenge“
- „Verkaufspreis DUFO“

unter gewissen Umständen geeignet sind, den wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG zu beseitigen. Sie sind in jedem Fall geeignet, den wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 erheblich zu beeinträchtigen.

B 1.1

2. Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel

Schlussbericht vom 5 September 2011 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

A Sachverhalt

1. Derzeit werden in verschiedenen Regionen der Schweiz Glasfasernetzwerke in Kooperation zwischen regionalen Energieversorgungsunternehmen (nachfolgend: EVU) und Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) aufgebaut. Im Rahmen von so genannten Widerspruchsverfahren haben die EVU und Swisscom ihre Kooperationsverträge der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) unterbreitet. Da das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) in einzelnen Vertragsklauseln Wettbewerbsbeschränkungen festgestellt hat, welche geeignet sein könnten, den wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen, wurden verschiedene Vorabklärungen eröffnet.

A.1 Glasfaseraufbau in der Schweiz

2. Seit 2006 planen EVU in der Schweiz den Aufbau eines Glasfasernetzes („Fibre to the Home“, nachfolgend: FTTH). Während die EVU anfänglich noch das Einfasernetzmodell propagierten, hat sich Swisscom konsequent für ein Vierfasernetz eingesetzt. Unter Vermittlung der Eidgenössischen Kommunikationskommission (nachfolgend: ComCom) wurde unter anderem an so genannten Roundtables zwischen EVU, Fernmelde-

dienstanbieterinnen (nachfolgend: FDA) und Kabelnetzbetreibern die Einigung erzielt, in der Schweiz ein Vierfasernetz als Standard aufzubauen.

3. Im Rahmen der Kooperationsverträge haben sich die regionalen EVU mit Swisscom auf einen gemeinsamen Aufbau der jeweiligen Region geeinigt. Für die Beschreibung der Glasfaserkooperation werden folgende Netzelemente unterschieden: Der Bereich In-house bzw. die Steigzone bezeichnet den Abschnitt zwischen der optischen Steckdose („Optical Termination Outlet“, nachfolgend: OTO) in der Nutzungseinheit (nachfolgend: NE) und dem Hauseingang („Building Entry Point“, nachfolgend: BEP). Der Drop umfasst den Abschnitt zwischen BEP und dem „Distribution Point“ (nachfolgend: DP) bzw. „Interconnection Point“ (nachfolgend: IP). Der Feeder bezeichnet den Bereich zwischen DP und dem „Point of Presence“ (nachfolgend: POP), der im Falle von Swisscom die Anschlusszentrale und im Falle der jeweiligen EVU meist die Trafostation ist. Im jeweiligen POP können dann die Glasfasern über den optischen Hauptverteiler („optical main distribution frame“ nachfolgend: OMDF) beleuchtet und in Betrieb genommen werden. Der gemeinschaftliche Aufbau sieht vor, dass dieser im so genannten Drop- und Inhouse-Bereich gemeinsam und im so genannten Feeder-Bereich separat stattfindet. Im Falle von IWB erfolgt der Ausbau auch im Feeder-Bereich gemeinsam mit Swisscom.

4 [...].

Abbildung 1: Grundsätzlicher Aufbau der Glasfasernetzwerkarchitektur in der Schweiz

5. [...]. Der Aufbau der Glasfasernetzwerkinfrastruktur erfolgt in den jeweiligen zwischen den Kooperationspartnern festgelegten Etappen, so dass in den nächsten Jahrzehnten sukzessive ein mehr oder minder flächendeckendes Glasfasernetz in der Schweiz realisiert werden kann.

A.2 Gegenstand der Vorabklärungen

6. Für die Koordination der Zusammenarbeit beim Aufbau und Betrieb des Glasfasernetzes haben die Kooperationspartner verschiedene Kooperationsverträge verhandelt. Diese Kooperationsverträge wurden den Wettbewerbsbehörden in getrennten Meldungen gemäss Art. 49 Abs. 3 Bst. a des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) vorgelegt.

7. [...].

8. In sämtlichen Kooperationsverträgen teilen sich die Kooperationspartner die Investitions- und Unterhaltsbeiträge in den Bereichen Drop und Inhouse im Verhältnis von [...] Prozent Swisscom und [...] Prozent EVU.

9. In der Netzarchitektur unterscheiden sich die einzelnen Baugebiete zum Teil deutlich. [...].

10. In sämtlichen dem Sekretariat gemeldeten Fällen hat das Sekretariat gemäss Art. 26 KG und Art. 19 der Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (SVKG; SR 251.5) eine Vorabklärung eröffnet. Im Rahmen der Vorabklärung wird ermittelt, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass einige Klauseln der jeweiligen Kooperati-

onsverträge zum Aufbau eines Glasfaseranschlusnetz unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 KG darstellen.

11. In den Meldungen wurden alle Klauseln bis auf das Vorkaufsrecht als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG gemeldet. Die Vorabklärung beschränkt sich im Rahmen der Analyse dieser Klauseln auf die Bestimmungen von Art. 5 Abs. 3 KG i. V. m. Art. 5 Abs. 1 KG. Eine Untersuchung des Sachverhalts gemäss Art. 7 KG bleibt vorbehalten. In jedem Fall bleibt für diese Klauseln das Sanktionsrisiko betreffend Art. 7 KG bestehen.

A.3 Die Parteien

12. Das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (nachfolgend: EWZ) ist eine Dienstabteilung der Stadt Zürich innerhalb des Departements der industriellen Betriebe Zürich. Es ist als Institut des öffentlichen Rechts im Handelsregister eingetragen. Das EWZ ist in erster Linie das EVU der Stadt Zürich. Darüber hinaus erbringt es verschiedene Energie-, Telekom- und Netzdienstleistungen. Seit 2008 errichtet und betreibt das EWZ auf dem Gebiet der Stadt ein Glasfasernetz. Gemäss Leistungsauftrag¹ zum Bau und Betrieb eines Breitbandnetzes muss sich das EWZ auf die Datentransportdienstleistungen beschränken: dies bedeutet insbesondere, dass das EWZ keine höherwertigen Dienste an die Endkunden erbringt. Ein wichtiges Geschäftsfeld für das EWZ sind Mietleitungen und andere Punkt-zu-Punkt-Verbindungen für Geschäftskunden auf Glasfaserbasis. In diesem Bereich bedient das EWZ schon seit mehreren Jahren Endkunden.²

13. Die industriellen Werke Basel (nachfolgend: IWB) sind seit 2010 eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons Basel-Stadt und versorgen den Kanton Basel-Stadt mit Elektrizität, Erdgas, Fernwärme, Trinkwasser und Telekom-Dienstleistungen. Zudem beliefert IWB 27 Gemeinden der Nordwestschweiz mit Erdgas.³ Der Geschäftsbereich ‚IWB Telekom‘ bietet Telekom- und Service-Providern sowie grossen und mittleren Unternehmen Produkte im Bereich der Telekommunikation und des Datenhandlings an. Für diese Dienstleistungen wird IWB auch auf das aus der Kooperation hervorgehende Glasfasernetz zurückgreifen. IWB Telekom trat vor September 2010 unter dem Label „bäldata“ auf und betreibt bisher das Glasfasernetz IWB'Net und ein Telehouse.⁴

14. Die ewl Holding AG (nachfolgend: ewl), als privatrechtliche Aktiengesellschaft mit Holding-Struktur, gewährleistet im Stadtraum Luzern die Versorgung der Bevölkerung mit Strom, Erdgas, Wärme und Wasser. Die ewl Kabelnetz AG ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der ewl Holding AG und für den Betrieb und Unterhalt des gesamten Elektrizitätsleitungsnetzes (Mittel- und Niederspannungsnetz, Netz der öffentlichen Beleuchtung, Gleichspannungsnetz, Lichtwellenleitungsnetz, Steuerungskabelnetz) der Stadt Luzern zuständig.

15. Energie Wasser Bern (nachfolgend: EWB) ist eine selbständige, autonome öffentlich-rechtliche Anstalt der Gemeinde Bern und ist im Handelsregister eingetragen.⁵ Sie betreibt die Energie- und Wasserversorgung in der

erweiterten Region Bern und wurde im Jahr 2002 gegründet.⁶ EWB ist aus der Zusammenlegung des Elektrizitätswerks der Stadt Bern und der Gas-, Wasser- und Wärmeversorgung hervorgegangen. Seit Ende der 1990er-Jahre betreibt EWB im Gebiet der Gemeinde Bern ein Breitbandnetz auf Glasfaser. Am 18. Juni 2009 hat der Verwaltungsrat von EWB den Aufbau eines FTTH-Glasfasernetzes bis in jede Wohnung und Geschäftseinheit beschlossen.⁷

16. Die St. Galler Stadtwerke (nachfolgend: SGSW) sind eine unselbständige öffentlich-rechtliche Unternehmung und werden als Dienststelle der Direktion Technische Betriebe der Stadt St. Gallen geführt. Sie haben den Auftrag die Stadt St. Gallen und die Umgebung sicher und zuverlässig mit Elektrizität, Wasser, Erdgas, Fernwärme und neu mit Telekommunikationsdienstleistungen zu versorgen.⁸

17. Swisscom ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG; SR 784.11) und Muttergesellschaft einer Telekommunikations-Gruppe, die insbesondere in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobiltelefonie, IT und Internet tätig ist. Sie betreibt als Telekommunikationsanbieterin in der ganzen Schweiz ein mobiles Funknetz und als Grundversorgungskonzessionärin ein im Anschlussnetz auf dem Kupferkabel basierendes Festnetz. Im Transit- und Regionalnetz verfügt Swisscom bereits heute über ein glasfaserbasiertes Netz.

A.4 Verfahren

A.4.1 Vorgeschichte

18. Am 19. Mai 2010 fand ein Treffen der Kooperationspartner, namentlich der Städte Basel, Bern, Genf, St. Gallen und Zürich sowie der Swisscom, mit Vertretern der Wettbewerbskommission, des Bundesamtes für Kommunikation (nachfolgend: BAKOM) und der Com-Com statt. Im Rahmen dieses Treffens präsentierten die Parteien die Grundzüge der FTTH-Kooperationen.

19. Am 25. Mai 2010 reichte der Verband von Kabelnetzbetreibern in der Schweiz, Swisscable, bei der Wettbewerbskommission eine Klage gegen die Stadt St. Gallen und Swisscom betreffend die Kooperation bei der Errichtung eines Glasfaser-Breitbandnetzwerkes im Gebiet der Stadt St. Gallen ein.

¹ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Beilage 6, Protokollauszug aus der Sitzung des Gemeinderates der Stadt Zürich vom 20. Dezember 2006.

² Vgl. Broschüre „ewz.fiber. Glasfaserverbindung nach Mass“; abrufbar unter: http://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/ewz/Deutsch/Telecom/Publikationen/%20und%20Broschueren/Telecom_ewz_fiber_Broschuere.pdf.

³ Meldung IWB vom 11. Januar 2011, Rz 1 f.

⁴ Meldung SIG vom 24. August 2010, 3-4.

⁵ Meldung EWB vom 29. November 2010, Rz 2.

⁶ Meldung EWB vom 29. November 2010, Rz 3.

⁷ Meldung EWB vom 29. November 2010, Rz 4.

⁸ Meldung SGSW vom 9. August 2010, Rz 2 f.

20. Mit Schreiben vom 17. Juni 2010 lud das Sekretariat die Stadt St. Gallen und Swisscom dazu ein, zur Anzeige von Swisscable Stellung zu nehmen und zusätzliche Fragen des Sekretariats bezüglich der FTTH-Kooperation zu beantworten.

21. Am 15. Juli 2010 reichte Swisscable zusätzliche Unterlagen ein, die der Stadt St. Gallen und Swisscom mit Schreiben vom 19. Juli 2010 weitergereicht wurden.

22. Mit Schreiben vom 9. August 2010 bzw. 11. August 2010 nahmen Swisscom und die Stadt St. Gallen zur Anzeige von Swisscable Stellung und beantworteten die im Schreiben vom 17. Juni 2010 vorgebrachten Fragen.

A.4.2 Meldeverfahren

23. Die Reihenfolge der einzelnen Verfahren wird chronologisch nach dem Meldedatum durch die einzelnen Städte geordnet.

FTTH-St. Gallen

24. Am 11. August 2010 ging beim Sekretariat die Meldung der Stadt St. Gallen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG bezüglich der geplanten Zusammenarbeit zwischen der Stadt St. Gallen, Direktion Technische Betriebe, und Swisscom ein. Mit Schreiben vom 12. August 2010 bestätigte das Sekretariat der Stadt St. Gallen den Eingang der Meldung.

25. Am 23. August 2010 fand eine Besprechung zwischen Stadtrat Fredy Brunner und dem Sekretariat bezüglich des geplanten Verfahrensablauf statt.

26. Mit Schreiben vom 8. September 2010 forderte das Sekretariat Swisscom dazu auf, mitzuteilen, ob sie sich im Widerspruchsverfahren entweder von der Stadt St. Gallen vertreten lassen, sich der Meldung der Stadt St. Gallen anschliessen oder eine eigene Meldung einreichen will. Mit gleichem Schreiben und Frist bis zum 22. September 2010 wurden Swisscom zur Beantwortung von Fragen aufgefordert. Ebenfalls mit Schreiben vom 8. September 2010 richtete das Sekretariat verschiedene Fragen an die Stadt St. Gallen.

27. Mit Schreiben vom 23. September 2010 kam Swisscom der Aufforderung zur Beantwortung weiterer Fragen nach. Swisscom wies ausserdem darauf hin, sich für die Einreichung einer eigenen Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG entschieden zu haben. Mit Schreiben vom 30. September 2010 beantwortete auch die Stadt St. Gallen die vom Sekretariat gestellten Fragen.

28. Am 4. Oktober 2010 reichte Swisscom eine Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG beim Sekretariat ein, deren Eingang beim Sekretariat mit Schreiben vom 7. Oktober 2010 bestätigt wurde.

29. Am 21. Oktober 2010 stellte die Stadt St. Gallen dem Sekretariat eine Kopie des unterzeichneten FTTH-Kooperationsvertrages zu.

30. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2010 richtete das Sekretariat ein zusätzliches Auskunftsbegehren an Swisscom, das von Swisscom mit Schreiben vom 25. Oktober 2010 beantwortet wurde.

31. Am 27. Oktober 2010 fand zwischen Vertretern der Stadt St. Gallen und dem Sekretariat ein Treffen statt, an

dem erstmals allfällige Lösungsansätze diskutiert wurden.

32. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2010 verlangte das Sekretariat von den Parteien weitere Auskünfte, die von der Stadt St. Gallen mit Schreiben vom 8. November 2010 und von Swisscom mit Schreiben vom 10. November 2010 beantwortet wurden.

33. Mit Schreiben vom 3. Januar 2011 informierte das Sekretariat die Stadt St. Gallen über die Eröffnung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG. Mit Schreiben vom 10. Januar 2011 ersuchte die Stadt St. Gallen um eine Begründung für die Eröffnung der Vorabklärung. Mit Schreiben vom 21. Januar liess das Sekretariat den Parteien eine summarische Begründung betreffend die Eröffnung der Vorabklärung zukommen.

34. Mit Schreiben vom 2. März 2011 informierte das Sekretariat Swisscom über die Eröffnung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG.

FTTH-Zürich

35. Am 5. Oktober 2010 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung der Stadt Zürich gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG betreffend die geplante Zusammenarbeit zwischen EWZ) und Swisscom ein. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2010 bestätigte das Sekretariat EWZ den Eingang der Meldung.

36. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2010 wies das Sekretariat EWZ auf die Unvollständigkeit der am 5. Oktober 2011 bei ihm eingegangenen Meldung hin und forderte die Parteivertreter dazu auf, die erforderlichen Dokumente nachzureichen. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2010 reichte EWZ die angeforderten Unterlagen nach.

37. Mit Schreiben vom 5. November 2010 bzw. vom 24. Dezember 2010 forderte das Sekretariat EWZ bzw. Swisscom zur Beantwortung von Fragen auf. Mit Schreiben vom 30. November bzw. 27. Januar 2011 beantwortete EWZ bzw. Swisscom die gestellten Fragen.

38. Am 6. Dezember 2010 meldete auch Swisscom gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG die geplante FTTH-Kooperation mit EWZ. Mit Schreiben vom 8. Dezember 2010 bestätigte das Sekretariat Swisscom den Meldungseingang.

39. Ergänzende Fragen stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 7. Dezember 2010. Das entsprechende Antwortschreiben von EWZ ging am 16. Dezember 2010 beim Sekretariat ein.

40. Am 20. Dezember 2010 fand ein Treffen zwischen Vertretern des EWZ und dem Sekretariat statt, an dem verschiedene Sachfragen besprochen wurden.

41. Am 16. Februar 2011 fand zwischen den Vertretern von EWZ und dem Sekretariat ein Treffen statt, an dem erstmals allfällige Lösungsansätze diskutiert wurden.

42. Mit Schreiben vom 1. März 2011 nahm das EWZ Stellung zu den kartellrechtlich problematischen Klauseln im Kooperationsvertrag.

43. Mit Schreiben vom 2. März 2011 informierte das Sekretariat die Parteien über die Eröffnung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG.

44. Mit Schreiben vom 16. März 2011 nahm Swisscom die Eröffnung der Vorabklärung zur Kenntnis und ersuchte das Sekretariat um eine Stellungnahme zu bis anhin ungeklärten Fragen.

45. Mit Schreiben vom 18. März 2011 kam das Sekretariat dem Wunsch nach einer Stellungnahme seitens Swisscom nach und beurteilte die von Swisscom im Schreiben vom 22. Februar 2011 gemachten Ausführungen.

46. Eine summarische Begründung für die Eröffnung einer Vorabklärung wurde den Parteien mit Schreiben vom 8. April 2011 mitgeteilt.

47. Mit Schreiben vom 15. April 2011 antwortete Swisscom auf die Stellungnahme des Sekretariats vom 18. März 2011 und verlangte die Sanktionsbefreiung für sämtliche im FTTH-Kooperationsvertrag enthaltenen Klauseln. Mit Schreiben vom 9. Mai 2011 teilte das Sekretariat Swisscom mit, an ihrem Standpunkt betreffend Umfang der sanktionsbefreienden Wirkung einer Meldung i. S. v. Art. 49a Abs.3 Bst. a KG festzuhalten.

48. Mit Schreiben vom 2. Mai 2011 bzw. vom 3. Mai 2011 nahm EWZ bzw. Swisscom Stellung zur summarischen Begründung, die das Sekretariat den Parteien im Rahmen der Eröffnung der Vorabklärung hatte zukommen lassen.

FTTH-Bern

49. Am 2. Dezember 2010 meldete EWB gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG dem Sekretariat ihre geplante Zusammenarbeit mit Swisscom. Mit Schreiben vom 6. Dezember 2010 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung.

50. Am 22. Dezember 2010 meldete auch Swisscom gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG die geplante FTTH-Kooperation mit EWB. Gleichentags bestätigte das Sekretariat den Meldungseingang gegenüber Swisscom schriftlich.

51. Am 13. Januar 2011 stellte EWB dem Sekretariat eine Kopie des unterzeichneten FTTH-Kooperationsvertrages zu.

52. Mit Schreiben vom 15. April 2011 informierte das Sekretariat die Parteien über die Eröffnung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG.

FTTH-Luzern

53. Am 23. Dezember 2010 meldeten Swisscom und EWL gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG dem Sekretariat ihre geplante Zusammenarbeit. Für die Kooperation zwischen EWL und Swisscom erfolgte die Meldung gemeinsam.

54. Mit Schreiben vom 24. Dezember 2010 bestätigte das Sekretariat den Parteien den Eingang der Meldung.

55. Mit Schreiben vom 15. April 2011 informierte das Sekretariat die Parteien über die Eröffnung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG.

56. Im Schreiben vom 2. Mai 2011 führen Swisscom und EWL aus, dass sie davon ausgingen, dass der gesamte Kooperationsvertrag gemeldet und somit abgesehen von den beanstandeten Klauseln sanktionsbefreit sei.

57. Mit Schreiben vom 9. Mai 2011 (betr. FTTH-Zürich) teilte das Sekretariat Swisscom mit, an seinem Standpunkt betreffend Umfang der sanktionsbefreienden Wirkung einer Meldung im Sinne von Art. 49a Abs.3 Bst. a KG festzuhalten.

FTTH-BaseL

58. Am 11. Januar 2011 meldete IWB gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG dem Sekretariat ihre geplante Zusammenarbeit mit Swisscom. Am 12. Januar 2011 reichte Swisscom eine Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein.

59. Mit Schreiben vom 19. Januar 2011 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung gegenüber beiden Parteien.

60. Mit Schreiben vom 15. April 2011 informierte das Sekretariat die Parteien über die Eröffnung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG.

61. Mit Schreiben vom 27. Mai 2011 bat IWB das Sekretariat um eine schriftliche Begründung für die Eröffnung einer Vorabklärung.

Weitere Auskunftsbegehren im Rahmen der Widerspruchsverfahren

62. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2010 bat das Sekretariat das BAKOM um die Beantwortung verschiedener technischer Fragen bezüglich der FTTH-Kooperationen im Rahmen der Amtshilfe. Das BAKOM liess dem Sekretariat die gewünschten Auskünfte mit Schreiben vom 8. November 2010 zukommen.

63. Mit Schreiben vom 6. Januar 2011 richtete das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an den Hauseigentümerverband der Schweiz bezüglich verschiedener Fragen zu den Hausanschlussverträgen, die mit Schreiben vom 26. Januar 2011 beantwortet wurden.

A.4.3 Vorabklärungen

64. Am 27. Januar 2011 fand zwischen den Vertretern der Stadt St. Gallen und dem Sekretariat ein weiteres Treffen statt, an dem mögliche Lösungsansätze diskutiert wurden.

65. Mit Schreiben vom 15. Februar 2011 wies die Stadt St. Gallen auf offene Fragen hin, die am Treffen vom 27. Januar 2011 ungeklärt blieben. Das Sekretariat antwortete hierauf mit Schreiben vom 18. Februar 2011 und forderte SGSW dazu auf, eine Stellungnahme zu den möglicherweise kartellrechtlich problematischen Kooperationsklauseln einzureichen. Mit Schreiben vom 23. Februar 2011 reichte die Stadt St. Gallen zusätzliche Erläuterungen zum Treffen vom 27. Januar 2011 ein.

66. Mit Schreiben vom 22. Februar 2011 nahm Swisscom mit Bezug auf die Eröffnung der Vorabklärung in den Städten St. Gallen und Genf zu der Möglichkeit einer unilateralen Lösungsfindung zwischen dem Sekretariat und den Städten Stellung.

67. Mit Schreiben vom 9. März 2011 nahm die Stadt St. Gallen Stellung zu den am Treffen vom 27. Januar 2011 diskutierten Vorschlägen. Das Sekretariat antwortete hierauf mit Schreiben vom 23. März 2011 und stellte fest, dass sämtliche Vorschläge zur Anpassung der Ko-

operationsverträge von der Stadt St. Gallen zurückgezogen wurden.

68. Mit Schreiben vom 15. April 2011 nahm Swisscom zur Aufteilung nach Gebieten und zu den Konditionen des gegenseitigen Zugangs Stellung und legte aus ihrer Sicht eine Gesamtbetrachtung der Kooperation dar.

69. Mit Schreiben vom 20. April 2011 der Stadt St. Gallen und Antwortschreiben des Sekretariats vom 21. April 2011 wurden grundsätzliche Überlegungen betreffend den Gang des Verfahrens und die bisherigen Lösungsvorschläge der Parteien angestellt.

70. Mit Fragebogen vom 6. Mai 2011 befragte das Sekretariat die Kooperationspartner sowie weitere Fernmeldediensteanbieter zu den Wettbewerbsverhältnissen im Bereich Glasfaser.

71. Am 27. Mai 2011 reichten die Kooperationspartner, EWB, SGSW und EWZ ein ökonomisches Gutachten der ESMT Competition Analysis GmbH ein, das einerseits die zwischen Sekretariat und Kooperationspartnern strittigen Vertragsklauseln behandelt und andererseits eine Gesamtwürdigung der Kooperationen vornimmt.

72. Im Zeitraum zwischen 26. Mai und 22. Juni 2011 beantworteten die Kooperationspartner sowie die befragten Marktteilnehmer die Fragebögen (vgl. Rz 70).

73. Am 7. Juni 2011 reichte die Geschäftsleitung von IWB ein Schreiben ein, in welchem IWB darlegte, dass es notwendig und grundlegend sei, dass der bestehende Kooperationsvertrag zwischen Swisscom und IWB Net AG in der jetzigen Form erhalten bleibe.

74. Mit E-Mail vom 22. Juni 2011 reichten die Städte St. Gallen, Zürich, Bern, Basel und Luzern einen Vorschlag zur Anpassung der Kooperationsverträge ein. Mit gleichem Datum reichte auch Swisscom einen Vorschlag zur Anpassung der Kooperationsverträge ein.

75. Am 28. Juni 2011 fand zwischen Swisscom, den Städten St. Gallen, Zürich, Bern, Basel, Luzern und dem Sekretariat ein Treffen statt, bei dem die eingereichten Vorschläge zur Anpassung der Kooperationsverträge diskutiert wurden.

76. Mit Schreiben vom 30. Juni 2011 richtete das Sekretariat im Rahmen der Amtshilfe eine Anfrage an das BAKOM bezüglich der im Rahmen des Treffens vom 28. Juni 2011 besprochenen Möglichkeit, regionale Marktanteile auf dem Markt für Breitbandinternet zu erheben. Das BAKOM antwortete mit Schreiben vom 5. Juli 2011.

77. Mit Schreiben vom 6. Juli 2011 informierte das Sekretariat die am Treffen vom 28. Juni 2011 beteiligten Parteien über mögliche Szenarien betreffend Abschluss der Vorabklärung.

78. Die Städte antworteten hierauf mit Schreiben vom 27. Juli 2011, in welchem sie eine einvernehmliche Regelung und einen unilateralen Safe Harbor ablehnten.

79. Mit Schreiben vom 8. Juli 2011 reichte Swisscom eine Ergänzung zu dem am 27. Mai 2011 eingereichten Gutachten der ESMT betreffend die Beurteilung der Investitionsschutzbestimmung ein.

B Erwägungen

80. In diesem Vorabklärungsverfahren soll geklärt werden, ob Indizien dafür bestehen, dass Swisscom und die EVU in ihren Kooperationsverträgen unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG treffen. Diese Vorabklärung beschränkt sich auf die von den Kooperationspartnern gemeldeten Vertragsklauseln. Ob allenfalls weitere Bestimmungen des Kooperationsvertrages inklusive Anhang Wettbewerbsabreden darstellen, ist nicht Gegenstand dieser Vorabklärung.

B.1 Geltungsbereich

81. 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).

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

82. Der persönliche Geltungsbereich wird über den Begriff des Unternehmens definiert.⁹ 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). Sowohl Swisscom wie auch die EVU sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

83. In den sachlichen Geltungsbereich fallen namentlich alle Formen privatwirtschaftlich veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen.¹⁰ Dazu gehören auch Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Wie nachfolgend aufgezeigt wird (Kapitel B.3.1), haben Swisscom und die EVU in sachlicher Hinsicht Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG getroffen.

B.1.3 Räumlicher Geltungsbereich

84. Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Da sowohl Swisscom als auch die EVU in der Schweiz tätig sind und die Glasfaserkooperation mit dem Ziel abgeschlossen haben, die Bevölkerung in den jeweiligen Regionen mit glasfaserbasierten Breitbandinternet zu versorgen, wirken sich die von ihnen getroffenen Abreden in der Schweiz aus. Das Kartellgesetz ist folglich auch in räumlicher Hinsicht anwendbar.

⁹ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 N 7.

¹⁰ Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., 534.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

85. 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). Im Rahmen des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) wird in Art. 11 FMG die Gewährung des Zugangs durch marktbeherrschende Anbieterinnen geregelt. Gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG umfasst der Zugang auch den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG während vier Jahren den schnellen Bitstromzugang. Aufgrund der Definitionen in Art. 3 Bst. d^{bis} und d^{ter} FMG sind hiervon allerdings nur die über eine Doppelader-Metalleitung erbrachten Dienstleistungen betroffen. Dienstleistungen über die Glasfasertechnologie sind von dieser Regelung nicht betroffen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

86. 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). Die vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsbeschränkungen weisen weder einen Zusammenhang zur Gesetzgebung über das geistige Eigentum auf noch stehen sie im Zusammenhang mit Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

87. Folglich bestehen keine vorbehaltenen Vorschriften, welche die Anwendung des Kartellgesetzes für die vorliegend gemeldeten Wettbewerbsbeschränkungen einschränken würden.

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabreden

B.3.1 Wettbewerbsabreden

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

89. Im vorliegenden Fall handelt es sich bei den Kooperationsverträgen zwischen Swisscom und den EVU um rechtlich erzwingbare Vereinbarungen. Diese stellen ein „bewusstes oder gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Parteien“ dar.¹¹ Zudem werden Swisscom und die EVU auf gleicher Marktstufen gleichzeitig tätig sein.

90. Neben dem Element des bewussten und gewollten Zusammenwirkens der an einer Abrede beteiligten Unternehmen ist zudem erforderlich, dass eine Wettbe-

werbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt werden soll. Zentrales Tatbestandselement ist die Wettbewerbsbeschränkung.¹²

91. Bezwecken in diesem Sinne bedeutet, dass die Abrede oder die abgestimmte Verhaltensweise objektiv geeignet sein muss, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Unwesentlich sind dabei die Vorstellungen der beteiligten Unternehmen.

92. Bewirkt wird eine Wettbewerbsbeschränkung dann, wenn tatsächlich eine Beeinflussung auf dem relevanten Markt stattfindet. Nicht erforderlich ist jedoch, dass die Abrede bereits angewendet worden ist. Es genügt, wenn die Abrede mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft angewendet werden kann.¹³ Auf diese Weise hat sie bereits nur durch ihr Bestehen einen Einfluss auf die Verhaltensweisen der an der Abrede Beteiligten und kann so eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten. Mit anderen Worten muss die Wettbewerbsabrede kausal für die Wettbewerbsbeschränkung sein.¹⁴

93. Nachfolgend werden die einzelnen Vertragsklauseln der jeweiligen Kooperation auf ihren Charakter einer Wettbewerbsabrede qualifiziert, namentlich ob diese geeignet sind, eine Wettbewerbsabrede zu bezwecken oder bewirken.

B.3.1.1 Glasfaserkooperation Zürich

94. [...]. Hieraus ergibt sich die nachfolgende Netzwerkarchitektur:

¹¹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 N 78 f., m. w. H.

¹² BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 N 40.

¹³ ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 4 N 24 f.

¹⁴ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 N 68.

	Art ¹⁵	Anzahl verlegter Fasern				Anzahl Nutzungsrechte	
		Inhouse	Drop	Feeder EWZ	Feeder SCS		
EWZ	P	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	EWZ
	B	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	EWZ
	G	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	EWZ
Swisscom	P	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	EWZ
	B	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	EWZ
	G	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	EWZ

Tabelle 1: Nutzungsrechte in Zürich

95. [...].

96. Vor dem Hintergrund dieser Netzwerkarchitektur haben die Kooperationspartner die nachfolgenden Klauseln gemeldet:

Layer 1-Exklusivität

97. Unter Punkt 5.7 des Kooperationsvertrages haben die Zusammenschlussparteien folgendes vereinbart:¹⁶

[...].

98. Gemäss den Parteien dient die FTTH-Kooperation der Vermeidung von Duplizitäten bei der gesamten baulichen Infrastruktur (Kanalisationen, Anschlusszentralen, usw.).¹⁷ Die FTTH-Kooperation würde die flächendeckende Erschliessung der Stadt Zürich erst ermöglichen.¹⁸ Zudem gehen die Parteien davon aus, dass die FTTH-Kooperation als solche zu keiner Wettbewerbsbeschränkung führt, sondern vielmehr erst Infrastrukturwettbewerb schafft.¹⁹ Einzig die Layer 1-Exklusivität stelle nach Meinung des EWZ einen Vorbehalt dar.²⁰ Diese Vereinbarung führe aber zu keiner erheblichen Wettbewerbsbeschränkung [...].

99. Mit der in der Kooperation vorgesehenen Layer 1-Exklusivität verzichtet Swisscom darauf, der Marktgegenseite ein Layer 1-Angebot zu unterbreiten. Durch die vertragliche Vereinbarung wird also verhindert, dass Swisscom über ein Layer 1-Angebot mit dem EWZ in Wettbewerb tritt. Folglich handelt es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Investitionsschutz

100. Unter Punkt 9 des Kooperationsvertrags haben die Zusammenschlussparteien folgendes vereinbart:²¹

[...].

101. [...] Es handle sich bei der Regelung um ein Diskriminierungsverbot zugunsten von Swisscom, welche sich an den Investitionen beteiligt hat.²² Daher stelle der Investitionsschutz keine Wettbewerbsabrede und schon gar keine Preisabrede dar.²³ Der Investitionsschutz sei vielmehr notwendig um Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern. Es handle sich um ein wettbewerbsneutrales Diskriminierungsverbot. Damit stelle die Vereinbarung sicher, dass beide Kooperationspartner ihre hohen risikobehafteten Investitionen in Glasfaser amortisieren könnten.²⁴ [...].

¹⁵ In der Spalte Art wird die Art des jeweiligen Anschlusses am OTO unterschieden. Hierbei bedeuten P: Privatkundenanschluss, B: Geschäftskundenanschluss und G: Gebäudeanschluss.

¹⁶ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Kooperationsvertrag, 5.

¹⁷ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Rz 25.

¹⁸ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Rz 63.

¹⁹ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Rz 37.

²⁰ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Rz 41.

²¹ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Kooperationsvertrag, 7.

²² Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Rz 54.

²³ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Rz 109.

²⁴ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Rz 112.

102. Der in der Kooperationsvereinbarung vorgesehene Investitionsschutz soll verhindern, dass EWZ Dritten eine Faser unter Kosten vermietet. Diese Klausel verhindert folglich, dass EWZ ihre Preise selbständig festlegen kann, indem sie mindestens indirekt die Preissetzungskompetenz nach unten hin begrenzt. Damit schränkt sich EWZ selbst in Bezug auf die Möglichkeiten mit Swisscom in Wettbewerb zu treten ein. Folglich handelt es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Ausgleichsmechanismus

103. Unter Punkt 10 des Kooperationsvertrags haben die Zusammenschlussparteien folgendes vereinbart:²⁵

[...].

104. Nach Aussagen der Parteien ermöglicht der Ausgleichsmechanismus eine nutzungs- und bedarfsgerechte Aufteilung der Investitionskosten und somit eine Feinabstimmung der Investitionsbeiträge.²⁶ Dadurch würde verhindert, dass eine Partei der anderen Partei das Netz subventioniere. Ziel des Ausgleichsmechanismus sei es, eine nutzungsgerechte Kostenverteilung anzustreben.²⁷ Der Ausgleichsmechanismus würde weder zu einer Marktaufteilung noch zu einem Ausscheiden des schwächeren Partners aus dem Markt führen.²⁸ Vielmehr sei der Ausgleichsmechanismus notwendig, um überhaupt wirksamen Wettbewerb entstehen zu lassen.²⁹ Nach Meinung der Parteien würde eine Subventionierung vorliegen, wenn EWZ die Investitionskosten zu [...] % tragen müsste, obwohl der Nutzungsanteil von Swisscom [...] % übersteigen würde.³⁰

105. Der in der Kooperationsvereinbarung vorgesehene Ausgleichsmechanismus führt dazu, dass eine Ausgleichszahlung fällig wird, sollten die Nutzungsgrade [...] % für die EVU und [...] % für Swisscom überschreiten. Damit wird über den Ausgleichsmechanismus eine Transferzahlung vereinbart, welche (wie nachfolgend gezeigt wird, vgl. Kap. B.3.2.2) eine ganze Reihe von Wettbewerbseffekten nach sich zieht. Folglich handelt es sich beim Ausgleichsmechanismus um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Informationsaustausch

106. Unter Punkt 14 des Kooperationsvertrages vereinbaren die Parteien einen Informationsaustausch.

[...].

107. Unter Punkt 9.2 wird zudem folgender Informationsaustausch vereinbart:

[...].

108. Gemäss Punkt 10 des Vertrages haben die Kooperationspartner folgendes vereinbart:

[...].

109. In den Informationsaustauschklauseln ist vorgesehen, dass geschäftsrelevante Informationen [...] ausgetauscht werden. Es ist festzuhalten, dass ein solcher eine Koordination fördern kann und somit Wettbewerbsbeschränkung bewirken kann. Daher sind diese Klauseln als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

Vorkaufsrecht

110. Unter Punkt 18 des Kooperationsvertrages vereinbaren die Parteien ein Vorkaufsrecht.

[...].

111. Im Vorkaufsrecht ist vorgesehen, dass im Falle der Veräusserung eines Anteils oder des gesamten in ihrem Eigentum stehenden Glasfasernetzes an Dritte, der Kooperationspartner ein Vorkaufsrecht wahrnehmen kann. Durch das Vorkaufsrecht hat der jeweilige Kooperationspartner die Möglichkeit einen Verkauf eines Teils des Glasfasernetzes zu unterbinden und selbst als Käufer in den Vertrag einzutreten. Hierdurch kann ein Verkauf des Glasfasernetzes an einen Dritten verhindert werden. Dies könnte dazu führen, dass ein investitionswilliger Dritter wirksam an einem Markteintritt gehindert wird. Daher ist die Klausel als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

112. Unabhängig von der Qualifikation des Vorkaufsrecht als Wettbewerbsabrede, kann ein allfälliger Verkauf eines Teils des Glasfasernetzes oder des gesamten Netzwerkes einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss darstellen.

B.3.1.2 Glasfaserkooperation Basel

113. [...] Hieraus ergibt sich die nachfolgende Netzwerkarchitektur:

²⁵ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Kooperationsvertrag, 8.

²⁶ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Rz 50.

²⁷ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Rz 90.

²⁸ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Rz 92 ff.

²⁹ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Rz 97.

³⁰ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Rz 100.

	Art	Anzahl verlegter Fasern			Anzahl Nutzungsrechte	
		Inhouse	Drop	Feeder IWB/SCS		
IWB	P	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
					[...]	IWB
	B	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
					[...]	IWB
	G	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
					[...]	IWB

Tabelle 2: Nutzungsrechte in Basel

114. Vor dem Hintergrund dieser Netzwerkarchitektur haben die Kooperationspartner die nachfolgenden Klauseln gemeldet:

Layer 1-Exklusivität

115. Unter Punkt 5.10 haben die Kooperationspartner folgendes vereinbart:³¹

[...].

116. Gemäss den Parteien dient die FTTH-Kooperation der Vermeidung von Duplizitäten bei der gesamten baulichen Infrastruktur (Kanalisationen, Anschlusszentralen, usw.).³² Zudem gehen die Parteien davon aus, dass die FTTH-Kooperation als solche zu keiner Wettbewerbsbeschränkung führt, sondern vielmehr erst Infrastrukturwettbewerb schafft.³³ Einzig die Layer 1-Exklusivität stelle nach Meinung des IWB einen Vorbehalt dar.³⁴ [...].

117. Mit der in der Kooperation vorgesehenen Layer 1-Exklusivität verpflichtet sich Swisscom, selbst kein Layer 1-Angebot zu machen. Damit verzichtet Swisscom vertraglich darauf mit IWB über ein Layer 1-Angebot in Wettbewerb zu treten. Folglich handelt es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Investitionsschutz

118. In Ziffer 8.8 des Kooperationsvertrages wird nachfolgendes vereinbart:

[...]

119. Die Kooperationspartner machen geltend, dass es sich beim Investitionsschutz um ein wettbewerbsneutrales Diskriminierungsverbot handelt.³⁵ Der Investitionsschutz sei vielmehr notwendig, um Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern. [...]

120. Der in der Kooperationsvereinbarung vorgesehene Investitionsschutz soll verhindern, dass die Parteien Dritten eine Faser unter Kosten vermietet. Diese Klausel verhindert folglich, dass die Parteien ihre Preise selbständig festlegen können, indem sie die Preissetzungskompetenz nach unten hin begrenzt. Folglich handelt es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Ausgleichsmechanismus

121. In Ziffer 8.2 des Kooperationsvertrages wird nachfolgendes vereinbart:

[...].

122. Nach Aussagen der Parteien ermöglicht der Ausgleichsmechanismus eine nutzungs- und bedarfsgerechte Aufteilung der Investitionskosten und somit eine Feinabstimmung der Investitionsbeiträge.³⁶ Dadurch würde verhindert, dass eine Partei der anderen Partei das Netz subventioniere. Ziel des Ausgleichsmechanismus sei es, eine nutzungsgerechte Kostenverteilung anzustreben.³⁷ Der Ausgleichsmechanismus würde weder zu einer Marktaufteilung noch zu einem Ausscheiden des schwächeren Partners aus dem Markt führen.³⁸ Vielmehr sei der Ausgleichsmechanismus erst notwendig, um überhaupt wirksamen Wettbewerb entstehen zu lassen.³⁹ Nach Meinung der Parteien würde eine Subventionierung vorliegen, wenn IWB die Investitionskosten zu [...] % tragen müsste, obwohl der Nutzungsanteil von Swisscom [...] % übersteigen würde.⁴⁰

123. Der in der Kooperationsvereinbarung vorgesehene Ausgleichsmechanismus führt dazu, dass eine Ausgleichszahlung fällig wird, sollten die Nutzungsgrade [...] % für die EVU und [...] % für Swisscom überschreiten. Damit wird über den Ausgleichsmechanismus eine Transferzahlung vereinbart, welche (wie nachfolgend gezeigt wird, vgl. Kap. B.3.2.2) eine ganze Reihe von Wettbewerbseffekten nach sich zieht. Folglich handelt es sich beim Ausgleichsmechanismus um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

³¹ Meldung IWB vom 11. Januar 2011, Kooperationsvertrag, 20.

³² Meldung IWB vom 11. Januar 2011, Rz 25.

³³ Meldung IWB vom 11. Januar 2011, Rz 36.

³⁴ Meldung IWB vom 11. Januar 2011, Rz 40.

³⁵ Meldung IWB vom 11. Januar 2011, Rz 115.

³⁶ Meldung IWB vom 11. Januar 2011, Rz 50.

³⁷ Meldung IWB vom 11. Januar 2011, Rz 95.

³⁸ Meldung IWB vom 11. Januar 2011, Rz 96 ff.

³⁹ Meldung IWB vom 11. Januar 2011, Rz 103.

⁴⁰ Meldung IWB vom 11. Januar 2011, Rz 106.

Informationsaustausch

124. In Ziffer 11 des Kooperationsvertrages wird folgendes vereinbart:

[...].

In Ziffer 8.8.1 des Kooperationsvertrages wird folgendes vereinbart:

[...].

125. In Ziffer 8.2.1 des Kooperationsvertrages wird folgendes vereinbart:

[...].

126. In den Informationsaustauschklauseln ist vorgesehen, dass geschäftsrelevante Informationen [...] ausgetauscht werden. Es ist festzuhalten, dass ein solcher eine Koordination fördern kann und somit Wettbewerbsbeschränkung bewirken kann. Daher sind diese Klauseln als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

Umgehungsschutz

127. In Ziffer 5.13 des Kooperationsvertrages wurde folgendes vereinbart:

[...].

128. [...] Ausserdem würden die Parteien in ihrer Preisgestaltung und der Ausgestaltung sämtlicher Dienste frei bleiben.⁴¹

129. Durch den Umgehungsschutz schränken die Kooperationspartner sich selbst in der Nutzung der Glasfa-

sern ein. [...]. Damit verweigern sie Nachfragern nach einem solchen Layer 1-Angebote die Geschäftsbeziehung. Daher ist diese Klausel als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

Vorkaufsrecht

130. In Ziffer 13.2 haben die Parteien ein Vorkaufsrecht vereinbart:

[...].

131. Im Vorkaufsrecht ist vorgesehen, dass im Falle der Veräusserung eines Anteils oder des gesamten in ihrem Eigentum stehenden Glasfasernetzes an Dritte, der Kooperationspartner ein Vorkaufsrecht wahrnehmen kann. Durch das Vorkaufsrecht hat der jeweilige Kooperationspartner die Möglichkeit einen Verkauf eines Teils des Glasfasernetzes zu unterbinden und selbst als Käufer in den Vertrag einzutreten. Hierdurch kann ein Verkauf des Glasfasernetzes an einen Dritten verhindert werden. Dies könnte dazu führen, dass ein investitionswilliger Dritter wirksam an einem Markteintritt gehindert wird. Daher ist die Klausel als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

132. Unabhängig von der Qualifikation des Vorkaufsrecht als Wettbewerbsabrede, kann ein allfälliger Verkauf eines Teils des Glasfasernetzes oder des gesamten Netzwerkes einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss darstellen.

B.3.1.3 Glasfaserkooperation Luzern

133. [...] Gemäss Kooperationsvertrag ergibt sich folgende Netzwerkarchitektur:

	Art	Anzahl verlegter Fasern				Anzahl Nutzungsrechte	
		Inhouse	Drop	Feeder EWL	Feeder SCS		
EWL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	EWL
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	EWL
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	EWL

Tabelle 3: Nutzungsrechte in Luzern

134. Vor dem Hintergrund dieser Netzwerkarchitektur haben die Kooperationspartner die nachfolgenden Klauseln gemeldet:

Layer 1-Exklusivität

135. In Ziffer 4.7 des Kooperationsvertrags wurde folgendes vereinbart:

[...].

136. Gemäss Aussagen der Parteien wird selbst mit der Layer 1-Exklusivität gewährleistet, dass ein solches Angebot auf dem Markt verfügbar sein wird.⁴² [...].

137. Mit der in der Kooperation vorgesehenen Layer 1-Exklusivität verpflichtet sich Swisscom, selbst kein Layer 1-Angebot zu machen. Damit verzichtet Swisscom vertraglich darauf mit einem Layer 1-Angebot mit EWL in

⁴¹ Meldung IWB vom 11. Januar 2011, Rz 135.

⁴² Meldung Swisscom- EWL vom 22. Dezember 2010, S. 14.

Wettbewerb zu treten. Folglich handelt es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Investitionsschutz

138. In Ziffer 7.3 des Kooperationsvertrages wurde folgendes vereinbart:

[...].

139. Die Parteien machen geltend, dass die Investitionsschutzklausel keine Festsetzung von Preisen zwischen der EWL und Swisscom darstelle.⁴³ In der Preisgestaltung blieben beide Partner vollkommen frei. Der Investitionsschutz würde lediglich bewirken, dass Swisscom während der Dauer der Grunderschliessung nicht schlechter gestellt würde als die Kunden, die Angebote der EWL nutzen.

140. Der in der Kooperationsvereinbarung vorgesehene Investitionsschutz soll verhindern, dass die Parteien Dritten eine Faser unter Kosten vermieten. Diese Klausel verhindert folglich, dass die Parteien ihre Preise selbständig festlegen können, indem sie die Preissetzungskompetenz nach unten hin begrenzt. Folglich handelt es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Ausgleichsmechanismus

141. In Ziff. 7.3.3 des Kooperationsvertrages wurde folgendes vereinbart:

[...].

142. Gemäss Aussagen der Parteien trägt der Ausgleichsmechanismus den Unsicherheiten betreffend die Entwicklung der Marktanteile Rechnung.⁴⁴ Insbesondere soll eine Subventionierung von Swisscom durch⁴⁵ EWL vermieden werden. Nach Meinung der Parteien stellte der Ausgleichsmechanismus keine Preisabrede dar.⁴⁶ Es handle sich auch nicht um eine Mengenabrede, da der Ausgleichsmechanismus zu keiner Mengenrestriktion führe. Auch eine Qualifikation als Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern dürfte nach Meinung der Parteien ausser Betracht fallen.

143. [...]. Folglich handelt es sich beim Ausgleichsmechanismus um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Informationsaustausch

144. In Ziffer 9 des Kooperationsvertrags wird folgendes vereinbart:

145. [...].

146. In Ziffer 7.3.3 des Kooperationsvertrages wurde folgendes vereinbart:

[...].

147. In den Informationsaustauschklauseln ist vorgesehen, dass geschäftsrelevante Information [...]. Der Informationsaustausch kann daher die Koordination zwischen den Parteien fördern und somit eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Daher ist diese Klausel als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

Vorkaufsrecht

148. Unter Ziffer 13.2 haben die Parteien ein Vorkaufsrecht vereinbart:

[...].

149. [...]. Hierdurch kann ein Verkauf des Glasfasernetzwerks an einen Dritten verhindert werden. Dies könnte dazu führen, dass ein investitionswilliger Dritter wirksam an einem Markteintritt gehindert wird. Daher ist die Klausel als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

150. Unabhängig von der Qualifikation des Vorkaufsrechts als Wettbewerbsabrede, kann ein allfälliger Verkauf eines Teils des Glasfasernetzwerkes oder des gesamten Netzwerkes einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss darstellen.

B.3.1.4 Glasfaserkooperation Bern

151. [...] Gemäss Kooperationsvertrag ergibt sich folgende Netzwerkarchitektur:

	Art	Anzahl verlegter Fasern				Anzahl Nutzungsrechte	
		Inhouse	Drop	Feeder EWB	Feeder SCS		
EWB/Swisscom	P	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	EWB
	B	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	EWB
	G	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	EWB

Tabelle 4: Nutzungsrechte in Bern

⁴³ Meldung Swisscom- EWL vom 22. Dezember 2010, S. 16.

⁴⁴ Meldung Swisscom- EWL vom 22. Dezember 2010, S. 17.

⁴⁵ Meldung Swisscom- EWL vom 22. Dezember 2010, S. 17 f.

⁴⁶ Meldung Swisscom- EWL vom 22. Dezember 2010, S. 18.

152. Vor dem Hintergrund dieser Netzwerkarchitektur haben die Kooperationspartner die nachfolgenden Klauseln gemeldet:

Layer 1-Exklusivität

153. In Ziffer 4.5 des Kooperationsvertrags wird folgendes vereinbart:

[...].

154. Gemäss den Parteien dient die FTTH-Kooperation der Vermeidung von Duplizitäten bei der gesamten baulichen Infrastruktur (Kanalisationen, Anschlusszentralen, usw.).⁴⁷ Mit der FTTH-Kooperation wird erreicht, dass das gesamte Gebiet der Gemeinde Bern mit Glasfaseranschlüssen ohne zeitliche Verzögerung erschlossen wird.⁴⁸ Zudem gehen die Parteien davon aus, dass die FTTH-Kooperation als solche zu keiner Wettbewerbsbeschränkung führt, sondern vielmehr erst Infrastrukturwettbewerb schafft.⁴⁹

155. Mit der in der Kooperation vorgesehenen Layer 1-Exklusivität verpflichtet sich Swisscom, selbst kein Layer 1-Angebot zu machen. Damit verzichtet Swisscom mit einem Layer 1-Angebot mit EWB in Wettbewerb zu treten. Folglich handelt es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Investitionsschutz

156. In Ziffer 7.4 des Kooperationsvertrags wird folgendes vereinbart:

[...].

157. [...] Daher stelle der Investitionsschutz keine Wettbewerbsabrede und schon gar keine Preisabrede dar.⁵⁰ Der Investitionsschutz sei vielmehr notwendig um Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern.⁵¹ Es handle sich um ein wettbewerbsneutrales Diskriminierungsverbot. [...].

158. Der in der Kooperationsvereinbarung vorgesehene Investitionsschutz soll [...] verhindern, dass sie Dritten eine Faser unter Kosten vermieten. Diese Klausel verhindert folglich, dass die Parteien ihre Preise selbständig festlegen können, indem sie die Preissetzungskompetenz nach unten hin begrenzt. Folglich handelt es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Ausgleichsmechanismus

159. In Ziffer 7.4.3 des Kooperationsvertrages wird folgendes vereinbart:

[...].

160. Nach Aussagen der Parteien ermöglicht der Ausgleichsmechanismus eine nutzungs- und bedarfsgerechte Aufteilung der Investitionskosten und somit eine Feinabstimmung der Investitionsbeiträge.⁵² Dadurch würde verhindert, dass eine Partei der anderen Partei das Netz subventioniere.⁵³ Ziel des Ausgleichsmechanismus sei es, eine nutzungsgerechte Kostenverteilung anzustreben.⁵⁴ Der Ausgleichsmechanismus würde weder zu einer Marktaufteilung noch zu einem Ausscheiden des schwächeren Partners aus dem Markt führen.⁵⁵ Vielmehr sei der Ausgleichsmechanismus erst notwendig, um überhaupt wirksamen Wettbewerb entstehen zu las-

sen.⁵⁶ Nach Meinung der Parteien würde eine Subventionierung vorliegen, wenn EWZ die Investitionskosten zu [...] % tragen müsste, obwohl der Nutzungsanteil von Swisscom [...] % übersteigen würde.⁵⁷

161. Der in der Kooperationsvereinbarung vorgesehene Ausgleichsmechanismus führt dazu, dass eine Ausgleichszahlung fällig wird, sollten die Nutzungsgrade [...] % für die EVU und [...] % für Swisscom überschreiten. Damit wird über den Ausgleichsmechanismus eine Transferzahlung vereinbart, welche (wie nachfolgend gezeigt wird, vgl. Kap. B.3.2.2) eine ganze Reihe von Wettbewerbseffekten nach sich zieht. Folglich handelt es sich beim Ausgleichsmechanismus um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Informationsaustausch

162. In Ziffer 11 des Kooperationsvertrages wird Folgendes vereinbart:

[...].

163. [...] Es ist festzuhalten, dass ein solcher Informationsaustausch eine Koordination fördern kann und somit Wettbewerbsbeschränkung bewirken kann. Daher sind diese Klauseln als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

Vorkaufsrecht

164. Unter Ziffer 13.2 haben die Parteien ein Vorkaufsrecht vereinbart:

[...].

165. [...] Hierdurch kann ein Verkauf des Glasfasernetzwerks an einen Dritten verhindert werden. Dies könnte dazu führen, dass ein investitionswilliger Dritter wirksam an einem Markteintritt gehindert wird. Daher ist die Klausel als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

166. Unabhängig von der Qualifikation des Vorkaufsrecht als Wettbewerbsabrede, kann ein allfälliger Verkauf eines Teils des Glasfasernetzwerkes oder des gesamten Netzwerkes einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss darstellen.

B.3.1.5 Glasfaserkooperation St. Gallen

167. [...] Gemäss Kooperationsvertrag ergibt sich folgende Netzwerkarchitektur:

⁴⁷ Meldung EWB vom 29. November 2010, Rz 26.

⁴⁸ Meldung EWB vom 29. November 2010, Rz 29.

⁴⁹ Meldung EWB vom 29. November 2010, Rz 37 ff.

⁵⁰ Meldung EWB vom 29. November 2010, Rz 110.

⁵¹ Meldung EWB vom 29. November 2010, Rz 110.

⁵² Meldung EWB vom 29. November 2010, Rz 51.

⁵³ Meldung EWB vom 29. November 2010, Rz 51.

⁵⁴ Meldung EWB vom 29. November 2010, Rz 91.

⁵⁵ Meldung EWB vom 29. November 2010, Rz 91 ff.

⁵⁶ Meldung EWB vom 29. November 2010, Rz 98 ff.

⁵⁷ Meldung EWB vom 29. November 2010, Rz 101.

	Art	Anzahl verlegter Fasern				Anzahl Nutzungsrechte	
		Inhouse	Drop	Feeder SGSW	Feeder SCS		
SGSW/ Swisscom	P	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	SGSW
	B	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	SGSW
	G	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	SGSW

Tabelle 5: Nutzungsrechte in St. Gallen

168. Vor dem Hintergrund dieser Netzwerkarchitektur haben die Kooperationspartner die nachfolgenden Klauseln gemeldet:

Layer 1 Exklusivität

169. Unter Punkt 4.6 des Kooperationsvertrages haben die Zusammenschlussparteien folgendes vereinbart :

[...].

170. Gemäss den Parteien dient die FTTH-Kooperation der Vermeidung von Duplizitäten bei der gesamten baulichen Infrastruktur (Kanalisationen, Anschlusszentralen, usw.).⁵⁸ Die FTTH-Kooperation würde die flächendeckende Erschliessung der Stadt St. Gallen ermöglichen, die Baukosten verringern und den Ausbau der Glasfasernetzes signifikant beschleunigen.⁵⁹ Zudem gehen die Parteien davon aus, dass die FTTH-Kooperation als solche zu keiner Wettbewerbsbeschränkung führt, sondern vielmehr erst Infrastrukturwettbewerb schafft.⁶⁰

171. Mit der in der Kooperation vorgesehenen Layer 1-Exklusivität verpflichtet sich Swisscom kein Layer 1-Angebot zu machen. Damit verzichtet Swisscom mit einem Layer 1-Angebot mit SGSW in Wettbewerb zu treten. Folglich handelt es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Investitionsschutz

172. Unter Punkt 5.7 des Kooperationsvertrages haben die Zusammenschlussparteien folgendes vereinbart :

[...].

173. [...]. Daher stelle der Investitionsschutz keine Wettbewerbsabrede und schon gar keine Preisabrede dar.⁶¹ Der Investitionsschutz sei vielmehr notwendig, um Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern.⁶² Es handle sich um ein wettbewerbsneutrales Diskriminierungsverbot. [...].

174. Der in der Kooperationsvereinbarung vorgesehene Investitionsschutz soll verhindern, dass SGSW Dritten eine Faser unter Kosten vermietet. Diese Klausel verhindert folglich, dass SGSW ihre Preise selbständig festlegen kann, indem sie die Preissetzungskompetenz nach unten hin begrenzt. Folglich handelt es sich um

eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Vorkaufsrecht

175. In Ziffer 13.2 haben die Parteien ein Vorkaufsrecht vereinbart:

[...].

176. [...]. Hierdurch kann ein Verkauf des Glasfasernetzwerks an einen Dritten verhindert werden. Dies könnte dazu führen, dass ein investitionswilliger Dritter wirksam an einem Markteintritt gehindert wird. Daher ist die Klausel als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

177. Unabhängig von der Qualifikation des Vorkaufsrecht als Wettbewerbsabrede, kann ein allfälliger Verkauf eines Teils des Glasfasernetzwerkes oder des gesamten Netzwerkes einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss darstellen.

B.3.1.6 Fazit

178. Die verschiedenen FTTH-Kooperationen weisen gleiche oder ähnliche Klauseln auf, die unter Berücksichtigung der regionalen Wettbewerbsverhältnisse, grundsätzlich einheitlich zu beurteilen sind. Daher werden die gemeldeten Klauseln gesamthaft und für sämtliche Kooperationen beurteilt. Die nachfolgende Tabelle gibt einen Überblick über sämtlichen Kooperationen zwischen Swisscom und regionalen EVU (mit Ausnahme der Kooperationen im Kanton Freiburg und in der Region Genf), die Gegenstand einer Vorabklärung sind.

⁵⁸ Meldung SGSW vom 9. August 2010, Rz 18.

⁵⁹ Meldung SGSW vom 9. August 2010, Rz 59.

⁶⁰ Meldung SGSW vom 9. August 2010, Rz 30 ff.

⁶¹ Meldung SGSW vom 9. August 2010, Rz 105.

⁶² Meldung SGSW vom 9. August 2010, Rz 105.

FTTH-Kooperation in:	St.Gallen	Zürich	Bern	Luzern	Basel
Art der Meldung:	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Layer 1-Exklusivität:	✓	✓	✓	✓	✓
Investitionsschutz:	✓	✓	✓	✓	✓
Ausgleichsmechanismus:		✓	✓	✓	✓
Informationsaustausch:		✓	✓	✓	✓
Vorkaufsrecht:	✓	✓	✓	✓	✓
Umgehungsschutz:					✓

Tabelle 6: Überblick der kritischen Vertragsklauseln in den unterschiedlichen FTTH-Kooperationen.

179. Sämtliche Kooperationsvereinbarungen enthalten in etwa dieselben Vertragsklauseln, welche gemäss Art. 4 Abs. 1 KG als Wettbewerbsabreden zu qualifizieren sind.

B.3.2 Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bzw. erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

180. Da es sich bei den gemeldeten Klauseln um Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zwischen Unternehmen auf gleicher Marktstufe handelt, stellt sich die Frage, ob der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG greifen könnte.

181. Die EVU kooperieren beim Aufbau und Betrieb der Glasfasernetzwerkinfrastruktur mit Swisscom. Auf Basis dieser gemeinsamen Glasfasernetzwerkinfrastruktur bieten sie grundsätzlich unabhängig voneinander Dienstleistungen auf den vom Aufbau der Infrastruktur betroffenen Märkten an. Daher stehen sie auf diesen Märkten sowohl tatsächlich als auch der Möglichkeit nach im Wettbewerb. Vor diesem Hintergrund sind nachfolgend für die einzelnen Vertragsklauseln die Vermutungstatbestände zu überprüfen.

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

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

183. Die Unterscheidung zwischen einer erheblichen Beeinträchtigung und einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist bei Wettbewerbsabreden zentral, da eine erhebliche Beeinträchtigung nach Art. 5 Abs. 1 und 2 KG gerechtfertigt werden kann und eine Beseitigung gesetzlich absolut verboten ist.⁶³

B.3.2.1 Layer 1-Exklusivität und Investitionsschutz

184. Bei den Vertragsklauseln ist grundsätzlich festzuhalten, dass die Layer 1-Exklusivität und der Investitionsschutz gemäss Angaben der Kooperationspartner grundsätzlich miteinander verbunden sind und daher gemeinsam beurteilt werden müssen.

B.3.2.1.1. Layer 1-Exklusivität

185. Die Layer 1-Exklusivität findet Basel, Bern, Luzern, St. Gallen und Zürich Anwendung. In diesen Städten ist die Layer 1-Exklusivität, wenn auch nicht immer vom Wortlaut so doch vom Inhalt her identisch. [...]

186. Sowohl die EVU als auch Swisscom wären grundsätzlich technisch in der Lage, Layer 1, Layer 2 sowie weitere Glasfaserangebote anzubieten. Dabei stehen sie tatsächlich aber auch der Möglichkeit nach miteinander in Wettbewerb.

187. FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur (Kupfer-, Koaxial- oder Glasfaserkabel) sind auf die Vorleistungsprodukte von Netzbetreibern angewiesen, um Fernmeldedienste zu erbringen. Wie in den technischen Grundlagen (vgl. Kap.B.3.3.1.1) beschrieben, kann im Bereich der drahtgebundenen Fernmeldedienstleistungen bei den Vorleistungsprodukten zwischen unterschiedlichen Layern unterschieden werden. Diese reichen vom Bereitstellen der nackten Faser (Layer 1) bis hin zur Erbringung sämtlicher Dienste, welche zur Bereitstellung von Fernmeldediensten ab der Anschlusszentrale der FDA notwendig sind (Layer 3). Da die Nutzung der eigenen Faser eigene Investitionen der FDA für die Nutzbarmachung der Glasfaser voraussetzen, fragen in der Regel lediglich FDA mit einem gewissen Grundbestand an Kunden einen Layer 1-Zugang nach. Für Business-Kunden mit hoher Wertschöpfung kann sich die Erschliessung einer Anschlusszentrale für Layer 1-Angebote unter Umständen schon ab wenigen Kunden lohnen.

⁶³ BGE 129 II 18, 36 f., E. 8.3.2 (=RPW 2002/4, 731), *Buchpreisbindung*.

188. Vereinbaren Swisscom und die EVU, dass lediglich die EVU ein Layer 1-Angebot unterbreiten (Layer 1-Exklusivität), sind verschiedene Wettbewerbseffekte zu erwarten. Erstens verzichtet Swisscom auf die Nutzung ihrer Faser durch Dritte auf Layer 1. Damit droht die zweite Faser von Swisscom grundsätzlich unbenutzt zu bleiben.

189. Zweitens ist zu erwarten, dass sämtliche FDA, welche Layer 1-Angebote nachfragen, automatisch zu den EVU abwandern, während diejenigen FDA, welche Layer 2- und Layer 3-Angebote nachfragen, sowohl Angebote von Swisscom als auch von den EVU wahrnehmen können. Damit werden die FDA ohne eigenes Netzwerk wie folgt aufgeteilt: Die EVU erhalten das Exklusivrecht an allen FDA, welche Layer 1-Angebote nachfragen und Swisscom bedient keinerlei FDA, welche ein Layer 1-Angebot nachfragen.

190. Drittens verfügen sowohl Swisscom als auch die EVU im Gesamtnetz einer Stadt [...] pro Nutzungseinheit. So können beide den gesamten Markt mit glasfaserbasierten Dienstleistungen abdecken. Über die beiden zur Verfügung stehenden Glasfasern könnten grundsätzlich entweder zwei FDA ein Layer 1-Angebot pro Nutzungseinheit oder eine FDA ein Layer 1-Angebot pro Nutzungseinheit und eine quasi unbeschränkte Anzahl von Layer 2- oder Layer 3-Angeboten offerieren. Vereinbaren nun Swisscom und die EVU, dass lediglich die EVU ein Layer 1-Angebot unterbreiten können, so wird die dem EVU zur Verfügung stehende Glasfaser je nach Netzarchitektur ausschliesslich für ein Layer-1 Angebot verwendet und es kann keine Layer 2- oder Layer 3-Angebote für diese Nutzungseinheit mehr vertreiben. Zudem könnte pro Nutzungseinheit nur ein anstatt zwei FDA ein Layer 1-Angebot wahrnehmen.

191. Vor diesem Hintergrund liegt in den Klauseln der Layer 1-Exklusivität eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG vor. Zudem kann die Layer 1-Exklusivität auch als Abrede über die Einschränkung von Liefermengen gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG qualifiziert werden.

B.3.2.1.2. Investitionsschutz

192. Der Investitionsschutz findet in den Kooperationen der Städte Basel, Bern, Luzern, St. Gallen und Zürich Anwendung, wobei zwischen den einzelnen Klauseln leichte Unterschiede bestehen. [...] Für die Beurteilung der Funktionsweise der Investitionsschutzklauseln spielen diese Unterschiede allerdings keine entscheidende Rolle.

193. Gemäss der Investitionsschutzklausel kann [...] eine Diskriminierung anzeigen. [...].

194. Beide Parteien tragen beim Aufbau der Glasfasernetzinfrastruktur einen gewissen Investitionsanteil. So trägt Swisscom einen Investitionsanteil von [...] % und die EVU einen Anteil von [...] %. Aus der Berechnung dieses Investitionsanteils resultieren sowohl für Swisscom als auch für das EVU Investitionskosten pro Faser. [...].

195. Vereinbaren Swisscom und die EVU, dass der Investitionsschutz Bestandteil der Kooperation ist, sind verschiedene Effekte zu erwarten.

196. Erstens besteht die Möglichkeit über die Investitionsschutzklausel ab einem gewissen Preisniveau [...]. Damit setzen die Parteien mit der Abrede ein Preisniveau fest.

197. Zweitens kann es im Rahmen einer Deckungsbeitragsrechnung für ein Unternehmen, welches hohe Investitionen in eine Infrastruktur getätigt hat, zwecks einer besseren Kapazitätsauslastung einzelnen Dritten (z.B. für einen beschränkten Zeitraum) die Infrastruktur zu einem Preis zwischen den Grenzkosten und Vollkosten (Grenzkosten + Amortisation der Investitionen) anbieten. Hierzu muss ein Unternehmen allerdings Preise anbieten können, welche unterhalb der Vollkosten liegen. Möchte eine Unternehmung allerdings ihre Investitionen amortisieren, kann sie langfristig nicht unter den Vollkosten anbieten. Es ist davon auszugehen, dass der vereinbarte Preis für die gegenseitige Verrechnung der IRU die Kosten für die Errichtung des gesamten Glasfasernetzwerkes widerspiegeln (vgl. später Kap. B.3.3.1.2.1). Da Swisscom einen beträchtlichen Marktanteil im Bereich Breitbandinternet hat, könnte es sich ein EVU kaum leisten, ihr einen Preis unter den Vollkosten anzubieten. Hierzu wäre das EVU allerdings verpflichtet, wenn es einzelnen Dritten einen Preis unter Vollkosten anbieten würde. Aus diesem Grund verhindert die Klausel, dass die EVU ihre Preise selbständig festlegen können, da ihre Preissetzungskompetenz nach unten hin begrenzt ist.

198. Indirekt vereinbaren die Kooperationspartner damit einen Mindestpreis für die Erbringung von Dienstleistungen über das Glasfasernetz an Dritte. Somit liegt gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG eine Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vor.

B.3.2.1.3. Zusammenspiel zwischen Layer 1-Exklusivität und Investitionsschutz

199 [...]. Dies könnte ohne den vereinbarten Investitionsschutz dazu führen, dass die EVU, insbesondere um einen schnellen Wechsel der TAL-Nutzer auf Glasfaser zu forcieren, einen Layer 1-Preis um oder unter den Kosten anbieten. Aus diesem Grund verlangt Swisscom regelmässig, dass die Layer 1-Exklusivität von einem Investitionsschutz begleitet wird.

200. Es muss festgehalten werden, dass das Zusammenspiel der Layer 1-Exklusivität und des Investitionsschutzes preiserhöhend wirken kann. So könnte Swisscom durch den Investitionsschutz versuchen den Preis für ein Layer 1-Angebot hoch zu halten.

201. [...] Da die EVU allerdings mit einer solchen Einschränkung gegenüber den derzeitigen TAL-Kunden ein im Vergleich mit Swisscom (ALO liegt bei CHF 39.-) unter Umständen nicht ausreichend attraktives Angebot unterbreiten, so dass diese zu den EVU wechseln, garantiert die Layer 1-Exklusivität den Wechsel. [...]

B.3.2.1.4. Fazit

202. Jede dieser Klauseln stellt für sich alleine genommen eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG dar. Beide Klauseln sind jedoch so ausgestaltet, dass sie zusammen eine Preis- und Mengenabrede bilden und daher grundsätzlich zusammen beurteilt werden müssen.

B.3.2.2 Ausgleichsmechanismus

203. Der Ausgleichsmechanismus findet in den Kooperationen der Städte Basel, Bern, Luzern und Zürich Anwendung. Auch wenn der Wortlaut in den einzelnen Vertragsbestimmungen zum Ausgleichsmechanismus zum Teil unterschiedlich ist, können die verschiedenen

Klauseln in ihrer Wirkungsweise als gleichwertig bezeichnet werden.

204. [...].

205. In diesem Rahmen wird der Nutzungsgrad als prozentuales Verhältnis zwischen [...] berechnet. [...].

206. [...].

	Basel ^[...]	Bern ^[...]	Luzern ^[...]	Zürich ^[...]
Ausgleichszahlung EW p.a. und pro Faser	[...]	[...]	[...]	[...]
Ausgleichszahlung Swisscom p.a. und pro Faser	[...]	[...]	[...]	[...]
Zugrundegelegter WACC	[...]	[...]	[...]	[...]
Zugrundegelegter Investitionsbetrag	[...]	[...]	[...]	[...]
davon Inhouse	[...]	[...]	[...]	[...]
davon Drop	[...]	[...]		[...]
davon Feeder	[...]	[...]	[...]	[...]
vorgesehenes Einführungsdatum	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 7: Berechnung der Ausgleichszahlung in den einzelnen Städten.

207. [...]. Damit würde der vorliegende Ausgleichsmechanismus genau verhindern, dass es zu einer Marktaufteilung kommen könnte oder dass gar der schwächere Kooperationspartner aus dem Markt ausscheiden könnte.⁶⁴ [...] Zudem sei der Ausgleichsmechanismus gerade notwendig, um überhaupt wirksamen Wettbewerb entstehen zu lassen.⁶⁵ Durch die Aufteilung der Investitionskosten für die Erstellung der Glasfaserinfrastruktur von [...] würde eine Subventionierung von Swisscom verhindert.⁶⁶

208. Mit dem Ausgleichsmechanismus versuchen die Parteien eine Situation zu schaffen, in welcher die Logik des Wettbewerbs in Netzwerkmärkten überwunden wird. Ab einem Grenzwert der Netznutzung von [...] werden zusätzliche IRU-Kosten aufgrund der Ausgleichszahlungen fällig, welche die Kooperationsparteien in ihren Grenzkosten berücksichtigen. Da allerdings sämtliche IRU-Kosten [...] bereits mit der Nutzung einer Faser im Verhältnis [...] abgegolten sind, bewirkt der Ausgleichsmechanismus, dass die IRU-Kosten für vier Fasern quasi [...] verrechnet werden. Wenn eine einmal kommerzialisierte Faser für die restliche Vertragslaufzeit aktiv sein wird, so hat der Ausgleichsmechanismus jährliche wiederkehrende zusätzliche Grenzkosten für diese Faser in Höhe der vereinbarten IRU-Kosten zur Folge.

209. Schliesslich ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass der Ausgleichsmechanismus einen jährlichen Informationsaustausch über die präzisen Absatzmengen institutionalisiert. Ein solcher Informationsaustausch kann ebenfalls kartellrechtlich problematisch sein, sofern er hilft zentrale Wettbewerbsparameter wie Preise, Abnahmekonditionen oder Geschäftsstrategien zu identifizieren, die wiederum die Kollusion zwischen den Kooperationspartnern zu erleichtern vermag.⁶⁷ Auf den Informationsaustausch, welcher mit dem Ausgleichsmechanismus verbunden ist, wird nachfolgend in Rz 225 ff. eingegangen.

210. Im Rahmen der Anwendung des Ausgleichsmechanismus sind die nachfolgenden Wettbewerbseffekte zu unterscheiden:

⁶⁴ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Rz 91.

⁶⁵ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Rz 97.

⁶⁶ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, Rz 100; Meldung Swisscom betr. Zürich vom 2. Dezember 2010, 19.

⁶⁷ RPW 2007/1, Erwägungen zu einer sektoriellen Bekanntmachung für die Versicherungswirtschaft aufgrund der schweizerischen Marktgegebenheiten, 144 Rz 37; BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHMID (Fn 9), Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b N 166 ff., m. w. H.

211. Der Ausgleichsmechanismus wirkt zwischen den Parteien preisharmonisierend. Ein Kooperationspartner könnte grundsätzlich versuchen seinen Marktanteil auszuweiten, indem er seine Preise massiv senkt und aufgrund der Skalenerträge seine Netzkosten auf mehr Kunden umlegen kann, um geringere Durchschnittskosten pro Kunden zu realisieren. Da ab Erreichen des vereinbarten Schwellenwertes allerdings für ihn zusätzliche Kosten pro genutzter Glasfaser anfallen, kann er diese Skalenerträge nicht mehr realisieren (obwohl die Investitionskosten durch die IRU-Zahlungen bereits vollständig gedeckt sind). Dies hat zur Folge, dass sich die Parteien in ihrem Preissetzungsspielraum nach unten hin begrenzen.

212. Neben den Wirkungen des Ausgleichsmechanismus zwischen den Parteien hat der Ausgleichsmechanismus auch eine Drittwirkung. Diese könnte insbesondere zu einem späteren Zeitpunkt aktuell werden, wenn beispielsweise die Kabelnetzbetreiber auf das Glasfasernetz migrieren werden und somit unter Umständen der Nutzungsgrad [...] % übersteigen würde. Gegenüber Dritten, die eine zusätzliche Faser nachfragen, bewirkt der Ausgleichsmechanismus, dass diesen in der Regel die Ausgleichszahlung überwälzt wird. Dies hat zur Folge, dass die hierdurch entstehenden Erträge in Höhe der IRU-Kosten zwischen den Kooperationspartnern im Verhältnis [...] % zu [...] % aufgeteilt werden. Die zusätzlichen Erträge entsprechen pro zusätzlich beleuchteter Faser den IRU-Kosten für den Aufbau des gesamten Netzwerkes ([...] Fasern). Dies hat zur Folge, dass die Kooperationspartner die Netzaufbaukosten mehrfach verrechnen können. Da diese Zahlungen ab einer Auslastung des gesamten Netzes von [...] % anfällt und damit die Kosten für die Kommerzialisierung weiterer Fasern erhöht werden, hat der Ausgleichsmechanismus eine preisharmonisierende Wirkung. Daher ist der Ausgleichsmechanismus als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren.

213. Zwischen den Parteien bewirkt der Ausgleichsmechanismus, dass ab Erreichen des vereinbarten Nutzungsgrads eine Ausgleichszahlung fällig wird. Dies vermindert im Innenverhältnis zwischen den Parteien den Anreiz, dass die Kooperationspartner den ihnen zugeordneten Nutzungsanteil überschreiten. Beide Kooperationspartner haben grundsätzlich die Möglichkeit, 100 Prozent des Netzwerks ohne Restriktion zu bedienen. Das Mehrfasernetz ermöglicht demnach den Wettbewerb, da beide Netzbetreiber de facto ein eigenes Netz betreiben und dieses auch in Konkurrenz mit dem Kooperationspartner vollständig bedienen können. Somit würde das Mehrfasernetz grundsätzlich Wettbewerb auf der Infrastrukturebene im Glasfasernetz ermöglichen. Mit dem Ausgleichsmechanismus schränken sich die Parteien dabei jedoch vertraglich ein, indem sie festlegen, dass ab einer gewissen Marktdurchdringung eine Ausgleichszahlung fällig wird, die ihre Produktionskosten erhöht. Folglich führt der Ausgleichsmechanismus dazu, dass die Anreize sich weiter zu konkurrenzieren ab Erreichen des vereinbarten Nutzungsgrades stark eingeschränkt sind. Damit haben die Parteien ab Erreichen des vereinbarten Nutzungsgrades wenig Anreiz ihren Marktanteil weiter auszudehnen, obwohl die ihnen zur Verfügung stehende Glasfaser eine Nutzung von je

100 % der Nutzungseinheiten ermöglichen würde. Somit können sich die EVU auf die Nutzung von [...] % und Swisscom auf die Nutzung von [...] % des Potenzials der ihr jeweils zur Verfügung stehenden Faser beschränken.

214. Indem die Kooperationspartner über die Ausgleichszahlungen die gegenseitigen Kosten für die Nutzung einer zusätzlichen Faser erhöhen (obwohl die Investitionskosten in einem solchen Fall bereits gedeckt sind), kann verhindert werden, dass die Entbündelung bestimmter Anschlusszentralen für Dritte wirtschaftlich ist. Dies hätte zur Folge, dass weniger Layer 1-Angebote von Seiten Dritter nachgefragt werden können. Im schlimmsten Fall könnte dadurch bewirkt werden, dass Dritte kein Layer 1-Angebot nachfragen. Damit bewirkt der Ausgleichsmechanismus auch in dieser Konstellation eine Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG.

215. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass der Ausgleichsmechanismus, indem über ihn die IRU-Kosten bis zu [...] % gegenseitig verrechnet werden, geeignet ist die Abredetbestände von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG zu erfüllen. Unabhängig davon welches Szenario sich entwickelt, erfüllt der Ausgleichsmechanismus einen Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG.

B.3.2.3 Umgehungsschutz (Basel)

216. Der Umgehungsschutz findet in der Kooperation zwischen IWB und Swisscom Anwendung und wird daher lediglich für diese Kooperation geprüft. Sowohl IWB als auch Swisscom werden im Rahmen der Kommerzialisierung des Glasfasernetzwerkes miteinander in Wettbewerb stehen.

217. Aufgrund der hohen Durchleitungskapazitäten der Glasfasernetzwerkinfrastruktur reicht bei aktuellem Nachfrageverhalten der Endkunden eine einzigen Glasfaser längstens aus, um ein ganzes Mehrfamilienhaus oder gar eine ganze Überbauung mit Breitbandinternet zu versorgen. Durch die Vertragsklausel vereinbarten die Parteien allerdings, dass [...], sofern damit eine Umgehung und/oder Kannibalisierung der Infrastruktur bezweckt wird.

218. Gemäss Meldung durch die Parteien dient der Umgehungsschutz dazu, [...] zu verhindern.⁶⁸ Ausserdem würde diese Klausel das FTTH-Glasfasernetz effektiv vor Trittbrettfahrern schützen, [...].⁶⁹ Hierbei betonen die Parteien, dass das Umgehungsverbot ausschliesslich in den Fällen angewendet würde, bei denen es sich um einen Umgehungstatbestand handelt.⁷⁰ [...] aber nur wenn diese zu keiner Umgehung oder Kannibalisierung führe.

219. Eine Umgehung bzw. Kannibalisierung der Infrastruktur betrifft in der Regel die In-house-Verkabelung und kann grundsätzlich auf verschiedene Art und Weise stattfinden. Nachfolgend werden zwei Situationen beschrieben, in welchen der Umgehungsschutz angewendet werden kann.

⁶⁸ Meldung IWB vom 11. Dezember 2010, Rz 131.

⁶⁹ Meldung IWB vom 11. Dezember 2010, Rz 132.

⁷⁰ Meldung IWB vom 11. Dezember 2010, Rz 133.

220. In einem ersten Szenario könnte eine FDA ein Layer 1-Angebot im BEP bei einem der Kooperationspartner nachfragen und dann selbst im In-house-Bereich die Endkundenanbindung (namentlich via eigener In-house-Kabelinfrastruktur oder via drahtloser Infrastruktur) anbieten. In einem solchen Fall würden die bereits von den Kooperationspartnern gezogenen Glasfasern [...] brach liegen. [...] obwohl sie hierzu – [...] – ohne weiteres in der Lage wären, diesem einen Glasfaseranschluss zur Verfügung zu stellen. Die von den Kooperationsparteien angebotene Liefermenge würde in einem solchen Fall null betragen. Damit liegt in der verabredeten Verweigerung einer Geschäftsbeziehung [...] eine Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG vor.

221. In einem zweiten Szenario könnte ein Endkunde über den von ihm bezogenen Glasfaseranschluss selbst weiteren Endkunden einen Zugang bereitstellen. In einem solchen Fall würden ebenfalls die bereits von den Kooperationspartnern gezogenen Glasfasern [...] brach liegen. Vor diesem Hintergrund haben die Kooperationsparteien vereinbart [...], der auf diese Weise eine Kannibalisierung vornimmt den Zugang zum Glasfasernetz zu verweigern, obwohl sie ohne weiteres in der Lage wären, diesem einen Glasfaseranschluss zur Verfügung zu stellen. Die von den Kooperationsparteien angebotene Liefermenge würde in einem solchen Fall null betragen. Damit liegt in der Verweigerung einer Geschäftsbeziehung mit einem [...] eine Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG vor.

222. Der Umgehungsschutz entfaltet seine Wirkung vorwiegend im Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten. Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass weitere Märkte von der Abrede betroffen sind. Auf eine Analyse weiterer Märkte wird allerdings nachfolgend verzichtet.

B.3.2.4 Informationsaustausch

223. Der Informationsaustausch findet in vier gemeldeten Glasfaserkooperationen Anwendung, ist aber insofern als Sonderfall anzusehen, als dass die gemeldete Klausel die ausgetauschten Inhalte nicht detailliert genug benennt. Eine abschliessende Beurteilung dieser Klausel kann deshalb im Rahmen der ex ante Betrachtung der Vorabklärung in Folge eines Widerspruchsverfahrens nicht vorgenommen werden. Der Informationsaustausch kann nur in dem Ausmasse beurteilt werden, wie er im Rahmen des Kooperationsvertrages bereits festgelegt ist. Dies betrifft insbesondere den Informationsaustausch im Rahmen [...].

224. Sowohl die EVU als auch Swisscom werden über das gemeinsam errichtete Glasfasernetz miteinander in Wettbewerb treten. Sie stehen somit tatsächlich aber auch der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb, womit die erste Voraussetzung von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt ist. Dennoch kann der Informationsaustausch in seiner derzeitigen generellen Form nicht als eigenständige Gebiets-, Preis- oder Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG qualifiziert werden, da letztendlich die später ausgetauschten Informationen (für welche der Informationsaustausch die vertragliche Grundlage liefert) entscheidend sein werden, ob eine unzulässige Gebiets-, Preis- oder Mengenabrede im Sinne von Art. 5

Abs. 3 KG vorliegen könnte. Es kann folglich nicht ausgeschlossen werden, dass es sich beim Informationsaustausch um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG handelt.

225. In Bezug auf den Ausgleichsmechanismus beinhaltet der Informationsaustausch beispielsweise, dass sich die Kooperationspartner immer am [...] informieren. Aufgrund dieser Informationen berechnen die Kooperationspartner anschliessend das [...]. Da aufgrund dieser Berechnungen allenfalls [...] erfolgen, ist davon auszugehen, dass die ausgetauschten Informationen verifizierbar sein müssen. Die Kooperationspartner erhalten folglich in regelmässigen Abständen Kenntnis der präzisen Absatzmengen des Konkurrenten. Gemäss Praxis der WEKO ist der Austausch von Absatzmengen insbesondere wenn er regelmässig erfolgt als kartellrechtlich problematisch einzustufen.⁷¹ Diese Informationen über die Absatzmenge sind zum einen integraler Bestandteil einer Mengenabrede, zu deren Durchsetzung und Überwachung sie vertraglich vereinbart wurde. Zum anderen ermöglicht die genaue Absatzmenge bei homogenen Gütern Rückschlüsse auf wettbewerbsrelevante Daten wie Preise und Geschäftsstrategie des Konkurrenten. Daraus folgt, dass es sich beim Informationsaustausch im Zusammenhang mit dem Ausgleichsmechanismus auch ohne die daraus resultierenden Ausgleichszahlungen um eine indirekte Festsetzung von Preisen handeln könnte.⁷²

B.3.2.5 Vorkaufsrecht

226. Das Vorkaufsrecht findet in sämtlichen gemeldeten Glasfaserkooperationen Anwendung. Grundsätzlich ist allerdings darauf hinzuweisen, dass ein allfälliger Verkauf der Glasfasernetzwerkinfrastruktur durch einen der Kooperationspartner sehr wahrscheinlich einen nach Art. 9 KG meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss darstellt.

227. Da es sich beim Vorkaufsrecht weder um eine Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG), um eine Abrede über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen (Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG) noch um eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) handelt, greift die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG nicht. Die Klausel erschwert jedem Dritten (und potenziellen Konkurrenten) dereinst einen Teil der Infrastruktur zu erwerben und in den Markt einzutreten. Es bestehen daher Indizien, dass sie den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG beschränken könnte. Aber es handelt es sich beim Vorkaufsrecht nicht um eine sanktionierbare Kartellrechtsverletzung, weshalb sich eine weitere Prüfung des Vorkaufsrechts im Rahmen des Widerspruchsverfahrens erübrigt.

⁷¹ RPW 2007/1, Erwägungen zu einer sektoriellen Bekanntmachung für die Versicherungswirtschaft aufgrund der schweizerischen Marktgegebenheiten, 144, Rz 37; BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHMID (Fn 9), Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b N 166 ff., m. w. H.

⁷² RPW 2007/1, Erwägungen zu einer sektoriellen Bekanntmachung für die Versicherungswirtschaft aufgrund der schweizerischen Marktgegebenheiten, 144, Rz 37; BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHMID (Fn 9), Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b N 166 ff., m. w. H.

228. Der vollständige oder teilweise Verkauf des Glasfaseranschlusses in den Kooperationen könnte einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss darstellen.

B.3.3 Keine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG im Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

229. Aufgrund der gemeldeten Klauseln: Layer 1-Exklusivität, Investitionsschutz, Ausgleichsmechanismus, Umgehungsschutz und Gewinnaufteilung In-house wird eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur im glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten vermutet. Nachfolgend wird geprüft, ob diese gesetzliche Vermutung widerlegt werden kann. Dazu werden in einem ersten Schritt die Fakten und Grundlagen vorgestellt und die Marktabgrenzungen vorgenommen.

B.3.3.1 Fakten und Grundlagen

230. Nachfolgend werden in einem ersten Schritt die technischen Grundlagen, welche für die Beurteilung der Marktsituation relevant sind, erläutert. Basierend hierauf ist es möglich die Geschäftstätigkeit der einzelnen Fernmeldediensteanbieterinnen zu unterscheiden und entsprechend ihrer Tätigkeit als Anbieter oder Nachfrager die entsprechenden Märkte abzugrenzen. Da im Telekommunikationsbereich verschiedene Abhängigkeiten zwischen den einzelnen Marktstufen bestehen, sind die verschiedenen Interdependenzen im Rahmen der Einflüsse der benachbarten, vorgelagerten und nachgelagerten Märkte zu berücksichtigen.

B.3.3.1.1 Technische Grundlagen

231. Die technischen Grundlagen dienen dazu, die Wirkungsweisen und Handlungsspielräume der einzelnen Akteure im Markt besser einschätzen zu können. Nachfolgend werden das ISO/OSI Modell sowie die darauf aufbauenden Angebote der Netzbetreiber, die unterschiedlichen Netzwerktechnologien sowie die notwendigen Arbeiten zur Errichtung einer Netzwerkarchitektur kurz beschrieben.

B.3.3.1.1.1 ISO/OSI – Modell⁷³ und die darauf aufbauenden Angebote im Breitbandinternetmarkt

232. Damit heterogene Informationssysteme in eine Kommunikationsbeziehung treten können, ist es unumgänglich, dass gemeinsame Schnittstellen definiert werden, über welche eine solche Kommunikation stattfinden kann. Das ISO/OSI-Referenzmodell ist ein so genanntes offenes Protokoll, welches die logischen und physikalischen Regeln der elektronischen Kommunikation zwischen einem Sendergerät und einem Empfängergerät definiert. Auf physikalischer Ebene wird festgelegt, wie Nachrichten übertragen werden. Auf logischer Ebene wird festgelegt, wie die übertragenen Nachrichten aufgebaut sind. Das ISO/OSI-Referenzmodell ist ein sieben-schichtiges Modell, wobei die oberste Schicht (Layer 7) die Kommunikation zwischen Sender und Empfänger herstellt. Die Daten werden von oben nach unten heruntergereicht, wobei jede Schicht die eigentlichen Nutzdaten um – für die Kommunikation notwendige – Steuerungsdaten (Header) ergänzt. Während die oberen Schichten (Layer 5-7) anwendungsorientierte Schichten sind, stellen die unteren Schichten (Layer 1-4) transportorientierte Schichten dar.

Schicht / Layer	Funktionsbeschreibung
Layer 1 Physikalische Schicht	Übertragung von Bitfolgen in Form elektromagnetischer Signale über Kupferkabel, Koaxialkabel, optische Lichtwellenleiter (Glasfaser), Funk etc.
Layer 2 Netzzugangsschicht	Transport und Zugang zwischen direkt verbundenen Geräten (Modem-Modem, Router-Router, Computer zum Netz etc.) .
Layer 3 Internetschicht	Vermittlung und Leitweglenkung (Routing) von Datenpaketen im gesamten Netzwerk zwischen Endgeräten (Internetprotokoll; IP).
Layer 4 Transportschicht	Gesicherter Transport von Datenströmen zwischen Anwendungen (End-zu-End-Kommunikationsprotokolle): Isoliert die Anwendung von den Eigenschaften der Netze.
Layer 5-7 Anwendungen	Sprach-, Video- oder Datenübertragung zwischen Telefon-, Fernseh- und anderen Anwendungen auf Endgeräten und Computern.

Tabelle 8: ISO/OSI-Modell

233. Der Layer 4 ist eine logische Transportschicht.⁷⁴ Diese ist für eine gesicherte und reihenfolgegerechte Übertragung von Daten zwischen einem Sender und Empfänger zuständig. Sie bietet den anwendungsorientierten Schichten 5-7 einen einheitlichen Zugriff auf die übertragenen Daten, damit diese die Eigenschaften des Netzes nicht berücksichtigen müssen.

234. Der Layer 3 ist eine Vermittlungsschicht zur physischen Netzinfrastruktur.⁷⁵ Über sie wird die effiziente

Übertragung von Daten über das Netz zwischen dem

⁷³ OSI ist die Abkürzung von Open Systems Interconnection Reference Modell der Internationalen Organization for Standardisation (nachfolgend: ISO).

⁷⁴ Das OSI Referenzmodell, abrufbar unter: www.acco.ch/hpj/download/OSI_MODELL_%20_%20V2.pdf, 2; (3.8 2011); Das ISO/OSI Referenzmodell, abrufbar unter: web39.johnserver.de/Files/isoosi.pdf, 4, (3.8 2011).

⁷⁵ Das OSI Referenzmodell (Fn 74), 2; Das ISO/OSI Referenzmodell (Fn 74), 5.

Sender und Empfänger organisiert. Hierbei werden die Wegwahl und Weiterleitung der einzelnen Datenpakete bestimmt. Die Adressierung der einzelnen Knotenpunkte in dieser Schicht erfolgt über die IP-Adresse.

235. Der Layer 2 ist eine Sicherungsschicht für eine physische Punkt zu Punkt-Verbindung zwischen zwei Knoten.⁷⁶ Über Layer 2 wird die gesicherte und zuverlässige Übertragung von Daten zwischen zwei im Netz direkt benachbarten Knotenpunkten realisiert, wobei die Richtigkeit der Übertragung der Datenpakete geprüft wird. Auch die Flusssteuerung, also welche Daten innerhalb welchem Zeitraum über die Kommunikationsleitung übertragen werden (Bandbreite), wird über diese Schicht gesteuert.

236. Der Layer 1 ist eine Bitübertragungsschicht über ein physisches Medium (z.B. Kupferkabel, Glasfaserkabel etc.), welche einen nachrichtentechnischen Kanal zwischen zwei benachbarten Knoten zur Übertragung eines Datenstroms über ein Medium ermöglicht.⁷⁷ Diese Schicht stellt mechanische, elektrische und weitere funktionale Hilfsmittel zur Verfügung, um physikalische Verbindungen zu aktivieren bzw. deaktivieren, sie aufrechtzuerhalten und Bits darüber zu übertragen. Über Layer 1 können sowohl digitale als auch analoge Signale übertragen werden.

237. Bei der Datenübertragung können auf verschiedenen Schichten des ISO/OSI-Modells Anpassungen vorgenommen werden, wobei die Anpassungsmöglichkeiten immer durch die Voreinstellungen der jeweils darunterliegenden Schicht eingeschränkt werden.

B.3.3.1.1.2 Netzwerktechnologien

238. Der Aufbau einer neuen leitungsgebundenen Netzinfrastruktur der nächsten Generation ist weltweit zum vordringlichen Infrastrukturprojekt erklärt worden. Grundsätzlich stehen heute verschiedene Netzwerke für die Datenübertragung zur Verfügung. Diese sind, das Kupfernetz von Swisscom, die Koaxialkabelnetze der Kabelnetzbetreiber, die sich im Aufbau befindliche Glasfasernetzwerkinfrastruktur, die Powerline Technologie, die mobilen Technologien sowie die Satellitentechnologie.

Kupferkabelnetztechnologie

239. Über das Kupferkabelnetz werden mittels elektrischem Strom Daten über ein spezifisches Frequenzspektrum übertragen. Aufgrund der physikalischen Eigenschaften der Stromübertragung über das Kupferkabelnetz und des damit verbundenen Spannungsabfalls über einen elektrischen Leiter, ist die physikalisch mögliche Durchleitungsfähigkeit von der Länge des Kupferkabels abhängig. Mit dem heute zur Verfügung stehenden Kupferkabelnetz zwischen einer Anschlusszentrale von Swisscom und einem Haushalt lassen sich mittels ADSL («asymmetric digital subscriber line») die für den massentauglichen Internetdienst notwendigen Datenraten realisieren.⁷⁸ Die derzeit leistungsstärkste DSL-Variante ist Very High Speed DSL (VDSL und VDSL2, bei welchem der Teil der Distanz zwischen Anschlusszentrale und VDSL-Anlage mit Glasfaser zurückgelegt wird). Auf den im Anschlussnetzwerk üblichen Leitungen erreicht VDSL2 eine reelle maximale Downstream-Datenrate von 30 Mbit/s, wobei diese Geschwindigkeit

allerdings nicht für alle Kunden direkt von der Ortszentrale aus bereitgestellt wird. Damit solche Übertragungsraten erreicht werden können, muss sich die VDSL-Anlage innerhalb einer Reichweite von ca. 750 Metern vom Endkunden befinden. Hierzu wird – als wahrscheinlich letzter Schritt in der DSL Entwicklung – eine Glasfaserleitung von der Ortszentrale bis zum Strassenkasten realisiert. Um noch höhere Leistung im Zugangsnetz zu erreichen, als sie VDSL bietet, muss die Glasfaser über die gesamte Strecke bis zum Endbenutzer verlegt werden.⁷⁹ Aus diesem Grund sind Datenübertragungsdienstleistungen, welche gemäss dem heutigen Stand der Technik über das Kupferkabelnetz erbracht werden können auf ca. 30 Mbit/s beschränkt. In Zukunft können diese aufgrund technologischer Neuerungen allerdings gemäss Aussagen von Swisscom⁸⁰, Sunrise⁸¹ und EWL⁸² auf bis zu maximal 100 Mbit/s ansteigen. Zudem gibt Sunrise an, dass eine weitere Steigerung der Leistungsfähigkeit der Kupferleitungen nicht erwartet werden kann, da keiner der grossen Player im Markt mehr an einer Steigerung der Leistungsfähigkeit des Kupfernetzes interessiert sei.⁸³

240. Die Kupferkabeltechnologie ermöglicht daher die Erbringung von Layer 1, Layer 2 und Layer 3 Dienstleistungen bis zu einer maximalen Übertragungsrate von ca. 30 Mbit/s pro Leitung, wobei aufgrund der physischen Gegebenheiten die Übertragungsrate von der über das Kupferkabel zurückzulegende Distanz abhängig ist. Diese zurückzulegende Distanz kann durch den Ausbau einer Teilstrecke (z. B. bis zum Streetcabinet) verkleinert werden,⁸⁴ was dazu führt, dass eine grössere Anzahl Kunden von den über VDSL erreichbaren Übertragungsgeschwindigkeiten profitieren kann.

Kabelnetztechnologie

241. Die Kabelfernsehnetze (nachfolgend: CATV-Netze) zeichnen sich durch eine Kombination von Übertragungsmedien aus, welche im ersten Teil des Anschlussnetzes Glasfasern und in der Feinverteilung Koaxialkabel verwenden. Hierbei ist zu beachten, dass das Koaxialkabelnetz speziell für die Übertragung von Frequenzen entwickelt wurde. Über die neueste Version der CATV-Datenübertragungstechnologie, DOCSIS 3.0, lassen sich derzeit pro Kanal bis zu 200 Mbit/s durchleiten,⁸⁵ wobei es bereits Laborversuche gibt, in welchen eine Durchleitungsrate von über 1'000 Mbit/s realisiert wurden.⁸⁶

⁷⁶ Das OSI Referenzmodell (Fn 74), 2; Das ISO/OSI Referenzmodell (Fn 74), 6.

⁷⁷ Das OSI Referenzmodell (Fn 74), 2; Das ISO/OSI Referenzmodell (Fn 74), 7.

⁷⁸ Evaluation des schweizerischen Fernmeldemarkts (Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats KVF-S vom 13. Januar 2009 [09.3002]; nachfolgend: Fernmeldebericht 2009), 94.

⁷⁹ Fernmeldebericht 2009 (Fn 78), 94 f.

⁸⁰ Antworten Fragebogen an Swisscom vom 1. Juni 2011, 5.

⁸¹ Antworten Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 11.

⁸² Antworten Fragebogen an EWL vom 1. Juni 2011 (Beilage), 15.

⁸³ Antworten Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 12.

⁸⁴ Vgl. Antworten Fragebogen an EWZ vom 1. Juni 2011, 6.

⁸⁵ Fernmeldebericht 2009 (Fn 78), 94.

⁸⁶ Vgl. http://www.inside-it.ch/frontend/insideit?_d=_article&site=ii&news.id=24088.

242. Dabei ist zu beachten, dass die Bandbreitengrenze der CATV-Netze nicht ohne weiteres mit den Bandbreiten von VDSL-Angeboten verglichen werden kann. Die Netzwerkstruktur von UPC-Cablecom zeichnet sich durch eine Ringstruktur aus, welche die einzelnen Hubs mit Glasfasern verbindet, wobei sämtliche an einen Hub angeschlossenen Haushalte eine Zelle bilden. Das Koaxialkabel verläuft im Endkundenbereich in jeder Zelle in einer Ringstruktur, so dass die maximale Bandbreite unter den Endkunden einer Zelle aufgeteilt werden muss. Zur Vergrößerung der Bandbreite können ohne Modifikation der Netzwerkkonstruktion analoge Kanäle zugunsten weiterer digitaler Kanäle abgeschaltet werden, wodurch pro Kanal innerhalb einer Zelle zusätzliche Bandbreiten zur Verfügung stehen. Mit Modifikation der Netzwerkkonstruktion können Kabelnetzbetreiber auch die über das Koaxialkabel angeschlossenen Endkundenzellen verkleinern, indem sie Teilstücke des Koaxialkabelnetzes durch Glasfasernetze ersetzen und damit die Anzahl der einzelnen Hubs und damit die Anzahl erschlossener Zellen erhöhen. Hierdurch wird gleichzeitig die Anzahl in einer Zelle angeschlossener Endkunden, welche sich die in der Zelle verfügbare Bandbreite teilen, verringert. Eine weitere Möglichkeit, die Bandbreite im Koaxialkabelnetz zu erhöhen besteht darin, dass zusätzliche Verstärker in den Koaxialkabelbaum eingebaut werden. Die heute mögliche Bandbreitengrenze im Massengebrauch von DOCSIS 3.0 beträgt 400 Mbit/s, die aber unter den Endkunden einer Zelle aufgeteilt werden muss («shared medium»). Theoretisch sind wohl über sämtliche Kanäle Bandbreiten bis 5 Gbit/s shared möglich, die entsprechende Hardware ist allerdings noch nicht verfügbar. Zudem müssten zusätzliche Verstärker und teilweise auch Glasfaserabschnitte eingebaut werden, was aufgrund der Architektur der Kabelnetze sehr aufwendig ist.⁸⁷ Allerdings ist insbesondere bei den Koaxialkabelnetzen zu beachten, dass die maximale Bandbreite nur für den Downstream gilt und symmetrische Bandbreiten nur sehr beschränkt angeboten werden können. Dies macht das Koaxialkabelnetz grundsätzlich unbrauchbar für Anwendungen im Geschäftskundenbereich, in welchem vorwiegend garantierte und symmetrische Bandbreiten nachgefragt werden.

Powerline Technologie

243. Die Powerline Technologie (PLC) kann im Anschlussbereich als Kabelinfrastruktur gebraucht werden. Als Übertragungsmedium dient hierbei das Stromnetz. Obwohl grundsätzlich Bandbreiten von bis zu 200 Mbit/s möglich sind, ist PLC in der Schweiz nie über eine Nischenrolle hinausgekommen.⁸⁸

Satellitentechnologie

244. Die Satellitentechnologie dient in der Schweiz lediglich zur Abdeckung der Grundversorgung und erreicht eine Datenrate von 600 kbit/s Downstream und 100 kbit/s Upstream. Aufgrund der eingeschränkten Datenraten wird die Satellitentechnologie fast nur dafür verwendet, in entlegenen Gebieten eine Kommunikation zu ermöglichen, wo andere Kommunikationsmöglichkeiten (z.B. über Kupferkabel, etc.) nicht gegeben sind.

Mobile Technologien

245. Bisher wurden die mobilen Technologien (wie z.B. GSM, UMTS) aufgrund fehlender Abdeckung und mangelnder Qualität der Datenübertragung sowie zu geringer Bandbreite nicht als Substitute zum drahtgebunden Breitbandinternet angesehen. Mit der Einführung des Mobilfunkstandards „Long Term Evolution“ (nachfolgend: LTE) werden in Zukunft signifikant höhere Datenraten möglich sein. Gemäss Fernmeldebericht des BAKOM werden beispielsweise in Zukunft «Downlink» (d.h. von der Basisstation zum Mobiltelefon) bis zu 100 Mbit/s und «Uplink» bis zu 50 Mbit/s angeboten werden können;⁸⁹ gemäss Swisscom sollen mit «Advanced LTE» sogar Bandbreiten von 1 Gbit/s erreicht werden.⁹⁰ Dabei ist allerdings zu beachten, dass sich alle Endkunden in einer Mobilfunkzelle die mögliche Bandbreite teilen müssen («shared medium») und LTE nur asymmetrische Angebote ermöglicht. Das Verhältnis von «Downlink» zu «Uplink» Geschwindigkeit beträgt im Normalfall ca. 7 zu 1. Dennoch wird LTE eine signifikante Verbesserung des mobilen Internet insbesondere bezüglich der Übertragungsgeschwindigkeit und der Stabilität der Verbindung bringen. Ein Indikator für diese Stabilität ist die Verzögerung, die ein Signal zwischen Basisstation und Endkunden erfährt, die mit LTE noch etwa 1/10 der Verzögerung beim herkömmlichen UMTS HSPA («High Speed Packet Access») beträgt.

Glasfaserkabeltechnologie

246. Mit der Glasfaserkabeltechnologie bis in die Haushalte lassen sich Bandbreiten erreichen, welche die Bandbreiten der anderen Technologien um ein vielfaches übertreffen. In einem Versuch haben Wissenschaftler des Fraunhofer Heinrich-Hertz-Instituts bereits Übertragungsraten von über 10'000'000 Mbit/s erreicht.⁹¹ Damit weist die Glasfaserkabeltechnologie heute Übertragungskapazitäten auf, welche quasi als unbeschränkt eingestuft werden können.

B.3.3.1.2. Ökonomische Grundlagen

247. Die ökonomischen Zusammenhänge betreffen insbesondere die Aufbaukosten der Glasfasernetzinfrastruktur, die Wirkungsweise einzelner Preispläne bei den Vorleistungsangeboten und die damit verbundenen Diskriminierungsmöglichkeiten und eine Analyse der bisherigen Entwicklung der Endkundennachfrage auf dem Breitbandinternetmarkt.

⁸⁷ Die meisten Kabel der Kabelnetzbetreiber wurden in engen Stahlrohren verlegt. Ein grosser Teil der Kabel liegt sogar direkt in der Erde. Vgl. RPW 2008/4, 763 Rz 33, *Gutachten Kabelkanalisationen*.

⁸⁸ Fernmeldebericht 2009 (Fn 78),95.

⁸⁹ Fernmeldebericht 2009 (Fn 78),28.

⁹⁰ Antworten Fragebogen an Swisscom vom 1. Juni 2011.

⁹¹ <http://www.verivox.de/nachrichten/forscher-stellen-geschwindigkeitsrekord-ueber-glasfaser-auf-71607.aspx>.

B.3.3.1.2.1 Aufbaukosten der Glasfasernetzinfrastruktur

248. In den einzelnen Kooperationsmodellen werden grundsätzlich drei verschiedene Ausbaubereiche unterschieden. Diese sind die Verkabelung innerhalb eines Hauses (Bereich Inhouse), die Verkabelung zwischen dem ersten geeigneten Übergabepunkt und dem Hauseingang (Bereich Drop) und die Verkabelung zwischen dem Übergabepunkt und der jeweiligen Anschlusszentrale des Netzbetreibers (Bereich Feeder). Für jeden dieser Bereiche entstehen verschiedene Kosten. Im Rahmen eines Auskunftsbegehrens hat [...] hierzu detaillierte Angaben geliefert, die nachfolgend beschrieben werden.⁹²

Inhouse

249. Im Bereich Inhouse muss die Verkabelung vom BEP bis OTO gewährleistet werden. Dies umfasst verschiedene Arbeiten, wie den Kabelzug durch vorhandene Leerrohre (bzw. der Verlegen von Rohrleitungen innerhalb eines Hauses), den Anschluss und die Spleisung der einzelnen Steckdosen und Muffen etc. [...] hat im Rahmen eines Auskunftsbegehrens angegeben, dass die Kosten für die Inhouse Verkabelung von BEP nach OTO pro Nutzungseinheit CHF [...] betragen.⁹³ Zusätzlich müssen die von aussen kommenden Rohrleitungen im Gebäudeeingang auf die Inhouse Verkabelung gespleisst werden. Die Kosten für die Erschliessung des BEP liegen pro Nutzungseinheit bei ca. CHF [...].

Drop

250. Zur Verlegung von Kabeln zwischen dem DP und dem BEP sind Kabelzugarbeiten und, wo keine Leerrohre bestehen, ebenfalls Tiefbauarbeiten notwendig. Hinzu kommen verschiedene Kosten für die Projektierung und das Management der Bauarbeiten. [...] schätzt die Kos-

ten für die Verkabelung im Drop auf insgesamt CHF [...].⁹⁴ Zusätzlich müssen die Anschlüsse am Übergabepunkt auf die einzelnen Leitungen im Feeder-Bereich gespleisst werden. Die Kosten für die Erschliessung des Übergabepunktes liegen pro Nutzungseinheit bei ca. CHF [...].⁹⁵

Feeder

251. Neben Kabelzugarbeiten sind im Feeder Bereich ebenfalls Tiefbauarbeiten zu unternehmen, wenn nicht bereits eine Rohrleitungsinfrastruktur zur Verfügung steht. Zudem muss die entsprechende Verkabelung in der Anschlussstation sowie die Verteilung der einzelnen Glasfasern über den OMDF eingerichtet werden. [...] gibt die Kosten für den Aufbau des Feeder-Bereichs mit CHF [...] und die Bereitstellung der Anschlüsse in den Anschlusszentralen mit CHF [...] an.⁹⁶ Damit belaufen sich die gesamten Erschliessungskosten gemäss den Berechnungen von [...] auf CHF [...].

252. Vergleicht man diese Kosten mit den vertraglich vereinbarten Preisen im Kooperationsvertrag zwischen Swisscom und [...], so stellt man fest, dass in den Kooperationsverträgen von einem Preis von CHF [...] ausgegangen wird, was in etwa den von [...] berechneten Erschliessungskosten entspricht. Vor diesem Hintergrund ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die vereinbarten IRU-Preise [...] – nach Angaben der Parteien – in etwa die Aufbaukosten widerspiegeln dürften. Für die weiteren Kooperationen lagen bislang keine Daten vor, um überprüfen zu können, ob die IRU-Preise mit den Aufbaukosten korrespondieren.

253. Ausgehend von diesen Aufbaukosten lassen sich als monatliche Tilgungen daher die monatlichen Raten bei einem WACC von [...] % und einer Laufzeit von [...] Jahren für die einzelnen Kooperationen berechnen.⁹⁷

	Zürich	Basel	Luzern	Bern	St.Gallen
Preis IRU	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tilgung pro Jahr mit [...] % WACC	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tilgung pro Monat	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 9: Annuität der IRU-Kosten für alle Glasfasern je Kooperation auf jährlicher und monatlicher Basis.

254. Ausgehend von den IRU-Preisen betragen daher die umgerechneten Aufbaukosten pro Anschluss monatlich zwischen CHF [...] und CHF [...]. Allerdings muss hierbei berücksichtigt werden, dass dies die monatlich zu bezahlenden Raten pro Nutzungseinheit sind, um die Finanzierung des jeweiligen Ausbaus der Glasfasernetzwerkinfrastruktur zu gewährleisten. Ein allfälliges Leerstandsrisiko ist in diesen Preisen noch nicht enthalten. Zudem wäre unter Umständen auch in den Kooperationsmodellen [...], noch zu untersuchen, ob die IRU-Kosten die tatsächlichen Kosten widerspiegeln.

⁹² [...].

⁹³ [...].

⁹⁴ [...].

⁹⁵ [...].

⁹⁶ [...].

⁹⁷ Die Annuitätentilgung, welche durch eine konstante Rate für Zins und Tilgung gekennzeichnet ist lässt sich anhand der nachfolgenden

Formel errechnen: $K_v = K_0 q^v - A \frac{q^v - 1}{q - 1}$, wobei K_v das Kapital am

Ende der Laufzeit, K_0 den Investitionsbetrag, q den Zinssatz, v die Laufzeit und A die periodische Rate darstellen (vgl. KLAUS SPREMANN, Wirtschaft, Investition und Finanzierung, 1996, 449 f.).

B.3.3.1.2.2 Preispläne und Layer

255. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht unterscheiden sich die Einsatzmöglichkeiten zwischen den einzelnen Vorleistungsprodukten hauptsächlich über die Konfigurationsmöglichkeiten. Während auf Layer 1 die volle Freiheit der Angebotsgestaltung des Nachfragers steht und dieser lediglich durch die physischen Eigenschaften des Übertragungsmediums eingeschränkt ist, hat er auf Layer 2 und den darüber liegenden Layern keine Kontrolle mehr über die dort erbrachte Flusskontrolle und damit der möglichen Bandbreiten. Derjenige Akteur, welcher die Flusskontrolle und damit die auf dem Netz verfügbare Bandbreite kontrolliert, hat die Möglichkeit den auf der Nachfrageseite (insbesondere im Privatkundenbereich) relevanten technischen Wettbewerbsparameter zu beeinflussen. Durch das Bereitstellen verschiedener Profile bei der zur Verfügung stehenden Bandbreite auf Layer 2 und den darüber liegenden Layern kann der Anbieter eine umfassende Preisdifferenzierung realisieren.

256. Neben den zur Verfügung gestellten Bandbreiten, bietet beispielsweise Swisscom auch die Option zwischen vier verschiedenen Verkehrsklassen wie Best Effort, Priority, Control und Real Time zu wählen. Über die Verkehrsklasse können beispielsweise verschiedene Datenpakete in unterschiedlicher Reihenfolge übertragen werden, so können beispielsweise Datenpakete, welche E-Mail-Daten enthalten mit geringerer Priorität übertragen werden, als Datenpakete, die Voice-over-IP (nachfolgend: VoIP)-Daten enthalten. Auch die Wahl der Verkehrsklassen wird letztendlich über die Flusskontrolle geregelt.

257. Für den Geschäftskundenbereich, in welchem vorwiegend symmetrische Bandbreiten nachgefragt werden, bietet Swisscom [...]. Zudem ist die Servicequalität im Privatkundenbereich anders, so dass die Angebote der Vorleistungsprofile im Privatkundenbereich nicht ohne weiteres im Geschäftskundenbereich eingesetzt werden können.

258. Die von den Anbietern von Layer 2-Produkten durchgeführte Preis- und Angebotsdifferenzierung ist aufgrund von Ihnen bestimmter Einstellungen auf dem Layer 2 des ISO/OSI-Modells möglich. Bezieht beispielsweise ein ISP ein Layer 1-Produkt, so kann dieser die Flusskontrolle bestimmen und hat damit die Möglichkeit gegenüber den nachgelagerten Marktstufen entsprechende Preis- und Angebotsdifferenzierungen vorzunehmen. Daher ist die Bestimmung der Flusskontrolle ein für die Ausgestaltung des Business-Cases zentrales Element.

B.3.3.1.2.3 Entwicklung der Nachfrage nach Bandbreite bei Privatkunden

259. Gemäss dem Nielsen's Law steigt die Bandbreite einer Internetverbindung pro Jahr um 50 %⁹⁸ bzw. verdoppelt sich die Bandbreite alle 21 Monate (vgl. Abbildung 2). Zudem zeigt sich, dass die Nachfrage nach Bandbreite zwischen so genannten high-end users und low-end users um ca. 2-3 Jahre unterschiedlich ist.⁹⁹ Dementsprechend kommt EWL zu dem Schluss, dass im Jahr 2010 high-end user eine Bandbreite von ca. 31 Mbit/s nachfragten und low-end user eine Bandbreite von ca. 5-9 Mbit/s.¹⁰⁰

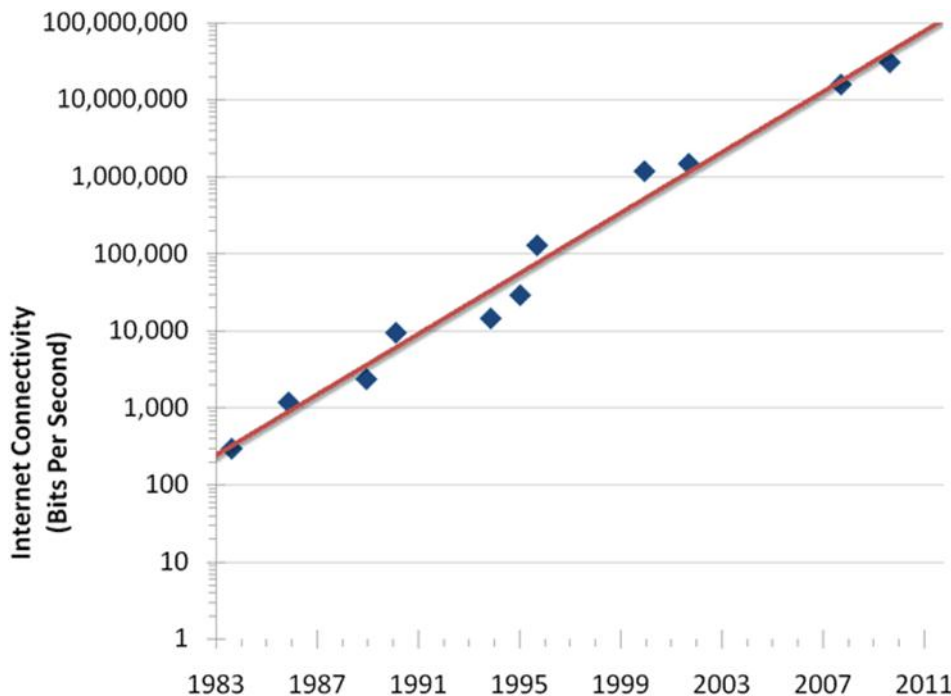


Abbildung 2: Veranschaulichung des Nielsen's Law.¹⁰¹

⁹⁸ JAKOB NIELSEN, Nielsen's Law of Internet Bandwidth, 1 f., abrufbar unter: <http://www.useit.com/alertbox/980405.html>, (5.8.2011).

⁹⁹ JAKOB NIELSEN (Fn 98), 3.

¹⁰⁰ Antworten Fragebogen an EWL vom 1. Juni 2011, Anhang 55.

¹⁰¹ JAKOB NIELSEN (Fn 98), 1.

260. Auf dieser empirisch beobachtbaren Gesetzmässigkeit basieren die meisten für die Schweiz gemachten Vorhersagen zu der im Privatkundenbereich bereitgestellten Bandbreite.

261. In diesem Zusammenhang kommt die Studie von Sieber & Partner zum Schluss, dass bis zum Jahr 2020 Bandbreiten in der Grössenordnung zwischen 64 und 320 Mbit/s pro Endkunde nötig werden.¹⁰²

ISP	2012	2013	2014	2016
Finecom ¹⁰³	20 Mbit/s	30 Mbit/s	50 Mbit/s	100 Mbit/s
Cablecom ¹⁰⁴	-	-	-	30-50 Mbit/s
EWZ ¹⁰⁵	-	60 Mbit/s	-	-
EWB ¹⁰⁶	-	100 Mbit/s	-	200 Mbit/s
EWL (high end user) ¹⁰⁷	31 Mbit/s	-	-	235 Mbit/s

Tabelle 10: Schätzungen der Breitbandentwicklung

262. Geht man in den Schätzungen der Breitbandentwicklung tatsächlich von zwei Kundengruppen (high-end und low-end user) und dem Ausgangspunkt aus, dass 2010 die high-end user eine Bandbreite von ca. 31

Mbit/s nachfragten und die low-end user eine Bandbreite zwischen 5 und 9 Mbit/s nachfragten, kann man gemäss Nielsen's Law die nachfolgenden Nachfrageraten extrapolieren:

	2010	2011	2012	2013	2014	2015
High-end user	31 Mbit/s	47 Mbit/s	70 Mbit/s	104 Mbit/s	157 Mbit/s	235 Mbit/s
Low-end user	5 Mbit/s	8 Mbit/s	11 Mbit/s	17 Mbit/s	25 Mbit/s	38 Mbit/s
	9 Mbit/s	14 Mbit/s	20 Mbit/s	30 Mbit/s	46 Mbit/s	68 Mbit/s

Tabelle 11: Extrapolierte Entwicklung der Nachfrage nach Bandbreite für die Schweiz

263. Anhand dieser Hochrechnungen kann daher grundsätzlich eine Tendenz bestimmt werden, welche Anhaltspunkte gibt, ab wann eine Technologie für die Deckung der jeweiligen Kundennachfrage nicht mehr ausreicht.

B.3.3.2 Relevanter Markt

264. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog zur Anwendung kommt). Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

265. Um ein Gesamtbild der Wettbewerbswirkungen zu bekommen, werden im nachfolgenden Kapitel B.3.3.3.3 zudem der benachbarte und die nachgelagerten Märkte betrachtet, auf welchen die Klauseln eine indirekte Wirkung entfalten können.

B.3.3.2.1 Vorbemerkung

266. Die Erbringung von drahtgebundenen Fernmeldedienstleistungen erfolgt jeweils über ein fest installiertes Medium (Kupferdraht, Koaxialkabel, Glasfaser etc.). Damit ein Fernmeldedienstleister, der über kein eigenes Anschlussnetz zum Endkunden verfügt, Fernmeldedienste für einzelne Teilnehmeranschlüsse direkt (Layer 1-Angebot) erbringen kann, benötigt er einen Zugang zu einem Übertragungsmedium (Kupferdraht, Koaxialkabel, Glasfaser etc.).

¹⁰² SIMON EHRENBAUM/DILIP VIMALASSERY, Breitbandinternetmarkt Schweiz – Handlungsoption der Netzbetreiber, 2010, Dr. Pascal Sieber & Partners AG, 7.

¹⁰³ Antworten Fragebogen an Finecom vom 25. Mai 2011, 4.

¹⁰⁴ Antworten Fragebogen an UPC-Cablecom vom 1. Juni 2011, 6.

¹⁰⁵ Antworten Fragebogen an EWZ vom 1. Juni 2011, 7.

¹⁰⁶ Antworten Fragebogen an EWB vom 31. Mai 2011, 3.

¹⁰⁷ Antworten Fragebogen an EWL vom 1. Juni 2011, 4.

267. Der Zugang zum jeweiligen Übertragungsmedium wird an einem so genannten Netzzugangspunkt (IP) gewährt. Dieser kann je nach Nutzung des jeweiligen drahtgebundenen Übertragungsmediums im BEP, im Kanalisationsschacht (Manhole, nachfolgend: MH), im Quartiersverteiler, in der Anschlusszentrale etc. liegen. Beim jeweiligen Netzzugangspunkt muss diejenige FDA, welche die physische Leitung selbst nutzen möchte, eine entsprechende Infrastruktur bereitstellen. Die Art der bereitzustellenden Infrastruktur hängt von dem jeweiligen IP ab. So muss beispielsweise im IP bei den Glasfaserkooperationen zwischen Swisscom und den EVU eine Feeder-Infrastruktur, Anschlusszentralen und eine Anbindung ans Backbone-Netz¹⁰⁸ bereitgestellt werden, um die Glasfasern bis zum OTO nutzen zu können. Ist der in der Anschlusszentrale von Swisscom oder der Trafostation eines EW, so müssen lediglich entsprechende Sende- und Empfangsgeräte installiert und betrieben sowie eine Anbindung ans Backbone-Netz gewährleistet werden.

268. Beim Zugang zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1-Angeboten wie der entbündelte Teilnehmeranschluss, TAL oder dem Access Line Optical, ALO) erhält der jeweilige Fernmeldedienstanbieter ein Übertragungsmedium (z.B. Kupferkabel, Glasfaserkabel, etc.) bis zum Endkunden, über welches er Kommunikationsdienstleistungen erbringen kann. Hierzu muss er sämtliche Schichten der ISO/OSI-Modells durch geeignete Geräte implementieren und hat daher die grösstmöglichen Freiheitsgrade in der Nutzung des Übertragungsmediums. Er wird letztendlich nur über die physischen Kapazitätsgrenzen des jeweiligen Übertragungsmediums eingeschränkt. Mit dem Zugang zur physischen Infrastruktur erhält die jeweilige FDA eine direkte physische Leitung zum Endkunden, welche sie exklusiv nutzen kann.

269. Beim so genannten Layer 2-Angebot erhält der Nachfrager die Möglichkeit gewisse durch das Angebot bestimmte Modifikationen am Layer 2 und den darüberliegenden Layern vorzunehmen. In der Regel behalten sich die Anbieter von Layer 2-Produkten allerdings vor, bei den Layer 2-Angeboten mindestens die Flussgeschwindigkeit selbst zu bestimmen. Dies hat zur Folge, dass die Anbieter von Layer 2-Produkten verschiedene Bandbreitenprofile anbieten, in deren Rahmen der Nachfrager die für ihn wichtigen Einstellungen auf Layer 2 und den darüberliegenden Layern ändern kann. Typische Layer 2 Angebote sind der Carrier Ethernet Service von Swisscom (nachfolgend: CES), welcher derzeit in den nachfolgenden Bandbreitenprofilen angeboten wird: 2 Mbit/s, 4 Mbit/s, 6 Mbit/s, 8 Mbit/s, 10 Mbit/s, 20 Mbit/s, 30 Mbit/s, 50 Mbit/s, 70 Mbit/s, 100 Mbit/s, 200 Mbit/s, 300 Mbit/s, 500 Mbit/s, 700 Mbit/s, 1 Gbit/s, 10 Gbit/s.¹⁰⁹

270. Beim sogenannten Layer 3-Angebot erhält der Nachfrager die Möglichkeit gewisse durch das Angebot bestimmte Modifikationen am Layer 3 (z.B. Adressierung mit IP-Adressen etc.) und den darüberliegenden Layern vorzunehmen. Auf Layer 3 sind die Flussgeschwindigkeiten, welche im Layer 2 festgelegt werden bereits fix vorgegeben. Typische Layer 3 Angebote sind der Broadband Connectivity Service (BBCS) von Swisscom.

271. Da nur über den Layer 1 Datensignale physisch über ein Medium übertragen werden und die jeweils anderen Layer auf den hier erbrachten Diensten aufbauen, sind die Layer 2 bis 7 des ISO/OSI-Modells vom darunterliegenden Übertragungsmedium grundsätzlich unabhängig (vgl. Kap. B.3.3.1.1.1). Lediglich im Hinblick auf die möglichen maximalen Übertragungsraten sind diese physisch durch die Durchleitungsfähigkeit der darunterliegenden Netzwerkinfrastruktur begrenzt.

272. Das Bundesverwaltungsgericht äusserte sich in seinem Urteil vom 12. Februar 2009 zu der – für die Einordnung von Telekommunikationsnetzwerken wichtigen – Frage, der Abgrenzung zwischen dem physischen Zugang zu einem Übertragungsmedium (Layer 1) und den anderen Zugangsformen (Layer 2 etc.).¹¹⁰ Hierbei hat sich das Gericht auf drei Kriterien zur Beurteilung der Substituierbarkeit dieser Zugangsformen abgestellt: Das Regulierungskonzept, den Investitionsbedarf und das Wertschöpfungspotenzial.

273. Betreffend die Regulierung hat das Bundesverwaltungsgericht dargelegt, dass der Gesetzgeber den technologischen Unterschieden zwischen dem physischen Zugang (Layer 1) und den anderen Zugangsformen (Layer 2 etc.) beim Gesetzgebungsprozess Rechnung getragen hat. Wenn der TAL ein Substitut zum schnellen Bitstromzugang darstellen würde, hätte der Gesetzgeber dies im Regulierungskonzept anerkannt. Als Folge hätte er daher aufgrund der dann disziplinierenden Wirkung des schnellen Bitstromzugangs eine Marktbeherrschung ausschliessen müssen und den TAL nicht zu regulieren brauchen. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber dargelegt, dass der schnelle Bitstromzugang lediglich eine „Einstiegstechnologie“ darstellt, welche es alternativen Anbietern ermöglicht, rasch und breit in den Markt einzutreten, um in der Folge schrittweise die Investitionen zu tätigen, welche notwendig sind, um auf den TAL zu wechseln.¹¹¹ Aufgrund seiner Analyse kommt das Bundesverwaltungsgericht daher auch aus nicht regulatorischen Gründen zu dem Schluss, dass der Layer 1-Zugang und die anderen Zugangsformen (Layer 2 etc.) nicht miteinander substituierbar sind.

274. Da sich auf der einen Seite die technischen Möglichkeiten der Angebotsgestaltung und auf der anderen Seite die Investitionskosten für die Nutzung eines Layer-2 oder Layer-3 Angebots stark unterscheiden, stellen Layer 2- und Layer 3-Angebote grundsätzlich keine Substitute zum physischen Zugang dar.

¹⁰⁸ Das Backbone-Netz stellt das Basisnetz eines Fernmeldedienstanbieters dar, auf welchem die Bandbreiten aller seiner Endkunden gebündelt und verwaltet werden. Das Backbone-Netz stellt daher den verbindenden Kernbereich eines Telekommunikationsnetzes dar. Vor diesem Hintergrund gelten spezielle Anforderungen in puncto hohe Bandbreiten, schnelle Übertragungsraten und grosse Ausfallsicherheit. Backbone-Netze werden daher meist redundant aufgebaut, so dass bei Teilausfällen im Backbone-Netz die Datenströme entsprechend umgeleitet werden können.

¹⁰⁹ Swisscom Handbuch Preise: Carrier Ethernet Service vom 01. Juli 2010.

¹¹⁰ Urteil des BVGer, BVGE 2009/35, E. 8.4.5.

¹¹¹ MATTHIAS AMGWERT, Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008, Rz 254 ff.

B.3.3.2.2. Sachlich relevanter Markt

275. Im Rahmen der Kooperationen beim Aufbau und Betrieb von Glasfasernetzwerkinfrastrukturen im Anschlussnetz in verschiedenen Städten der Schweiz, erstellen Swisscom und die EVU ein bis zu vier Glasfasern umfassendes Glasfasernetzwerk. Diese Glasfasern werden von den Kooperationspartnern zur Erbringung von Datenübertragungsdienstleistungen sowohl selbst genutzt als auch Dritten zur Nutzung angeboten, zum Beispiel durch Layer-1 Angebote. Mit einem Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz kann eine FDA die direkte physische Anbindung der Endkunden erreichen. Damit erreicht die FDA die vollständige Freiheit beim Anbieten eigener Dienste über die Glasfaserleitung. Sie muss allerdings erhebliche Investitionen für die Verbindung der Anschlusszentralen mit dem eigenen Backbone-Netz sowie die zur Erbringung der Dienstleistungen notwendige Hardware übernehmen. Da die gemeldeten Klauseln eng mit dieser Infrastrukturebene zusammenhängen (vgl. B.3.1), bilden die Layer 1-Angebote zum Glasfasernetz, d.h. der physische Zugang zum Glasfasernetz der Kooperationspartner, das Ausgangsprodukt dieser Marktabgrenzung.

B.3.3.2.2.1 Bedürfnisse der Marktgegenseite

276. Die Dienstanbieter auf dem Glasfasernetz unterscheiden sich stark bezüglich ihres Business-Case und dem Endkundenangebot. [...]. Sie kaufen beim EVU entsprechende vorgegebene Dienstleistungspakete zur Datenübertragung, welche durch Bandbreite, Symmetrie sowie Zusatzangebote spezifiziert sind. Ein solches Angebot besteht für Privatkunden beispielsweise aus 50 Mbit/s download und 5 Mbit/s upload. Dazu können zusätzliche Kanäle für Telefon, IPTV und Radio bezogen werden. Damit ist das Endkundenangebot bereits weitgehend strukturiert.¹¹² Andere kleinere Anbieter wie [...] erschliessen gezielt Endkunden mit massgeschneiderten Lösungen. Dafür würden sie einen Layer 1-Zugang vorziehen, da ein solcher aber noch nicht angeboten wird, weichen sie vorerst auf ein Layer 2-Angebot aus.¹¹³ Wiederum andere Anbieter wie [...] sind für ihr Endkundenprodukt zwingend auf einen Layer 1-Zugang angewiesen, da sie ihre Dienstleistungen nicht mit den über die auf einem höheren Layer als Layer 1 angebotenen Datenübertragungsdiensten erbringen können.¹¹⁴

277. Sunrise bietet ihre Dienste auch über das ewz.zürinet an. Sunrise ist mit über [...] entbündelten Swisscom Anschlusszentralen deren wichtigster Entbündelungspartner.¹¹⁵ In den meisten Städten der Schweiz ist Sunrise bereits in sämtlichen Anschlusszentralen von Swisscom präsent und somit dafür prädestiniert, ein Layer 1-Angebot in Anspruch zu nehmen. Analog zur bisher verfolgten Entbündelungsstrategie und des relativ kostengünstigen Umstiegs auf die Glasfaserkabeltechnologie sowie den damit verbundenen Vorteilen besteht Sunrise deshalb grundsätzlich auf einen Zugang zum Glasfasernetz über Layer 1.¹¹⁶ Ein Netzzugang über Layer 2 oder Layer 3 kommt nach Aussagen von Sunrise nur ausserhalb der von ihr entbündelten Gebieten in Frage, wobei die von den Glasfaserkooperationen betroffenen Städte nicht darunter fallen.¹¹⁷ [...].

B.3.3.2.2.2 Layer 2- und 3-Angebote

278. Layer 2- und 3-Angebote erlauben den Nachfragern – z. B. FDA – ebenfalls, Dienstleistungen auf den relevanten Endkundenmärkten über das Glasfasernetz zu erbringen (Vorleistung). Diese stellen aber aus den nachfolgenden Gründen und gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts keine Substitute zu Layer 1-Angeboten dar.¹¹⁸

279. Analog zum Bitstromscheid des Bundesverwaltungsgerichts muss auch im Bereich der Glasfasertechnologie eine Substituierbarkeit zwischen dem physischen Zugang (Layer 1) und den anderen Zugangsformen verneint werden (vgl. Rz 272). Dies weil die technischen Eigenschaften der verschiedenen Ebenen des Netzzugangs und den damit verbundenen Freiheitsgraden in der Benutzung sowie die über den physischen Zugang (Layer 1) erzielbaren Skalen- und Verbundvorteile ganz andere Bedürfnisse der Nachfrageseite ansprechen. Für die Nutzung eines Layer 1-Angebot muss eine FDA eine Anschlusszentrale entbündeln. Pro Anschlusszentrale fallen die hierfür notwendigen Investitionskosten nur einmal an, so dass diese Kosten in der Folge auf die Anzahl Kunden verteilt werden können. Auf diese Weise lassen sich Skalen- und Verbundvorteile realisieren. Zudem werden die Angebote von der Nachfrageseite auch nicht als substituierbar angesehen (vgl. Rz 276 ff.).

280. Die Migration des Layer 1-Zugangs – von der Kupferkabeltechnologie zur Glasfaserkabeltechnologie – ist günstiger als die Neuinvestition in die Entbündelung, da ein Teil der Investitionen wiederverwendet werden kann. Der Umstieg auf einen Layer 2-Zugang würde hingegen einen Verzicht auf die Nutzung eines grossen Teils der bereits im Rahmen der Entbündelung eingerichteten Infrastruktur bedeuten. [...]. Unter diesen Umständen bietet eine Erschliessung auf Layer 1 die grössten Synergien mit der bereits bestehenden [...] Infrastruktur. Die Kosten unterteilen sich hierbei im Wesentlichen auf die Umstellung der aktiven Ausrüstung (cartes du DSLAM) und die internen Kabelzugarbeiten mit Glasfasern in der Anschlusszentrale von Swisscom.¹¹⁹ Unter diesen Umständen würde das Ausweichen auf ein Layer 2-Angebot einen schwerwiegenden Nachteil gegenüber einem Zugang auf Layer 1 für die Marktgegenseite darstellen.

¹¹² Antworten Fragebogen an EWZ vom 3. Juni 2011, Beilage: FTTH-Layer 2 Portfolio Release 2.2.

¹¹³ [...].

¹¹⁴ [...].

¹¹⁵ Antworten Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 2.

¹¹⁶ Gemäss Angaben von Sunrise kann bei der Migration eine Anschlusszentrale von der Kupferkabeltechnologie auf die Glasfasertechnologie [...] der Initialinvestitionen wiederverwendet werden. Antwort Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 8.

¹¹⁷ Antwort Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 2 ff.

¹¹⁸ BVGE 2009/35, E. 8.4.5.

¹¹⁹ Antworten Fragebogen an VTX vom 22. Juni 2011, 6.

281. Aus Sicht der Marktgegenseite gewährleistet der Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz die grösstmögliche Flexibilität und Autonomie für die Erstellung von Endkundenangeboten. Gemäss Sunrise ist diese Flexibilität nicht nur notwendig um identische Wettbewerbsbedingungen im Vergleich zu Swisscom zu ermöglichen, sondern ist nur basierend auf einem Layer 1 Zugang zu erreichen.¹²⁰ Es gibt also gemäss diesem Unternehmen kein wirkliches Substitut zu einem Layer 1 Angebot, da eine Differenzierung zum Angebot von Swisscom durch die eigene Produktgestaltung nur basierend auf einem solchen möglich ist. Nur mit einem Layer 1-Angebot erhält eine FDA die vollständige Kontrolle über die Investitionszyklen für die Hardware, die letztlich die maximale Übertragungsgeschwindigkeit der Glasfaser bestimmt. Sollte es zu einem Innovationssprung bei den zur Signalübertragung verwendeten Geräten kommen, könnte möglicherweise eine FDA daran gehindert werden, die neue Technologie einzusetzen und damit ein konkurrenzfähiges differenziertes Angebot zu gestalten, wenn den FDA nur Layer 2 Produkte angeboten werden. Mit anderen Worten gibt wohl einzig ein Layer 1-Angebot einer FDA Anreize, in bessere Hardware zu investieren und so möglicherweise einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen. In dieser Hinsicht unterscheidet sich ein Layer 1-Zugang für die Marktgegenseite von einem Layer 2-Zugang, da über einen Layer 2-Zugang keine Möglichkeit besteht, sich technisch vom Netzbetreiber zu differenzieren.

282. Vorliegend bestätigen die von den befragten Unternehmen zur Verfügung gestellten Informationen, dass Layer 1- und Layer 2-Produkte nicht miteinander substituierbar sind. Gemäss Sunrise ist ein Zugang basierend auf Layer 1 eine zwingende Voraussetzung für das eigene Glasfaserangebot.¹²¹ Demnach kann sich eine Anbindung über Layer 2 nur als Übergangslösung als Alternative zu einem Layer 1 Anschluss rechnen.¹²² Gemäss VTX kann sich der Umstieg auf Glasfaser nur rechnen, wenn es möglich ist, ein Layer 1-Angebot wie für den TAL zu bekommen.¹²³ UPC-Cablecom hält gestützt auf die Zahlen des BAKOM¹²⁴ fest, dass als wichtige Vorbedingung für effektiven Wettbewerb im Bereich Breitbandinternet ein Unbundling Angebot auf Basis bitstream notwendig ist, welches es Wettbewerbern ermöglicht vor dem Einstieg in „(teure) FTTH-Abenteuer“ erst einmal Marktanteile aufzubauen, welche ein gewisses Mass an Sicherheit zum weiteren Ausbau garantieren (Ladder of investment).¹²⁵

283. Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass für Nachfrager nach Layer 1-Angeboten ein Layer 2-Angebot lediglich eine Übergangslösung darstellen kann, welche den Umstieg auf Glasfaser beschleunigen kann. Hierdurch kann sich im Breitbandmarkt schneller effektive Konkurrenz einstellen, was auch von einem der am Glasfaseraufbau beteiligten Partner bestätigt wird.¹²⁶

284. Selbst die Kooperationsparteien gehen offensichtlich davon aus, dass Layer 1-Angebote nicht durch Angebote höherer Layer (insbesondere Layer 2-Angebote) substituiert werden können.

285. Die ersten Entwicklungen auf dem Glasfasermarkt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur in Genf zeigen, dass Layer 1- und Layer 2- (und Layer 3-)

Angebote nicht zum selben Markt gehören. [...] Als Swisscom mit einem Layer 1-Angebot in Genf auftrat, haben SIG nicht etwa mit einer Anpassung ihrer Layer 2-Produkte (im Hinblick auf die Serviceleistungen oder den Preis) reagiert, sondern mit einem Layer 1-Angebot. [...]. Auch dies zeigt auf, dass Layer 1- und Layer 2-Angebote nicht demselben Markt angehören.

286. Folglich gehören Layer 2- und 3-Angebote nicht zum Markt für den physischen Zugang zur Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierter Übertragungsgeschwindigkeit.

B.3.3.2.2.3 TAL

287. Der TAL bildet aus verschiedenen Gründen kein Substitut zum Layer 1-Angebot über das Glasfasernetz. Erstens ermöglicht der klassische TAL aus der Swisscom Anschlusszentrale heute Übertragungsgeschwindigkeiten von etwa bis zu 20 Mbit/s. Höhere Bandbreiten sind nur möglich, wenn eine FDA einen näher beim Endkunden gelegenen Schacht entbündelt. Dabei ist zu beachten, dass sich die Endbündelung eines Schachtes gemäss Sunrise erst ab ca. [...] Endkunden lohnt, die [...] Jahre bei Sunrise bleiben.¹²⁷ Da sich die Entbündelung eines «Streetcabinet» folglich nur in ganz wenigen Fällen lohnt, hat eine FDA kaum Möglichkeiten, mit dem regulierten TAL tatsächlich höhere Bandbreiten anzubieten.

288. Dass die Nachfrage der Endkunden, die bereits einen Glasfaseranschluss in Anspruch nehmen, in den allermeisten Fällen nicht über das Kupfernetz bedient werden kann, ergibt sich auch aus dem Preis für einen Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz, der bei Swisscom mit CHF 39.– mehr als doppelt so teuer ist als der herkömmliche Kupfer-TAL. Ähnliche Angebote bei den EVU sind ebenfalls teurer als der Kupfer-TAL. Eine FDA wählt ein solches Vorleistungsangebot daher nur, sofern sie damit einem Endkunden eine deutliche höhere Übertragungsgeschwindigkeit und Servicequalität bieten kann, für welche der Endkunde auch bereit ist einen höheren Betrag zu bezahlen.

289. Demgegenüber bietet das Layer 1-Angebot über das Glasfasernetz eine quasi unbeschränkte Bandbreite. Ein Wechsel vom Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz auf eine Kupfer-TAL ist folglich nur mit einer substanziellen Einschränkung in der verfügbaren Bandbreite möglich. Aus Sicht der FDA bildet der TAL folglich kein Substitut für einen Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz. Aufgrund der einseitigen Substituierbarkeit lässt sich der TAL zwar grundsätzlich durch ein glasfaserbasiertes Layer 1-Angebot substituieren, der TAL stellt allerdings in den seltensten Fällen ein Substitut für ein glasfaserbasiertes Layer 1-Angebot dar.

¹²⁰ Antworten Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 9.

¹²¹ Antworten Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 9.

¹²² Antworten Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 9-10.

¹²³ Antworten Fragebogen an VTX vom 22. Juni 2011, 6.

¹²⁴ Antworten Fragebogen an UPC-Cablecom vom 8. Juni 2011, 10, mit Bezug auf Beilage 4: Implementierungsbericht BAKOM 2010, Tabelle 82.

¹²⁵ Antworten Fragebogen an UPC-Cablecom vom 8. Juni 2011, 10.

¹²⁶ [...].

¹²⁷ [...].

290. Im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung der über das Kupferkabel übertragbaren Bandbreite sind grosse Technologiesprünge kaum zu erwarten. Gemäss Sunrise kann eine weitere Steigerung der Leistungsfähigkeit der Kupferleitungen nicht erwartet werden, da sich der Fokus der Forschung und Entwicklung auf die Glasfasertechnologie verlagert hat und – aufgrund der Investitionen ins Glasfasernetz – keiner der grossen Player im Markt mehr an einer Steigerung der Leistungsfähigkeit des Kupfernetzes interessiert ist.¹²⁸ Auch in der Schweiz bestätigen die ISP diese Tendenz durch ihr Verhalten im Umgang mit der Kupferkabeltechnologie. [...]. Zudem besteht bei den befragten Unternehmen ein Konsens, dass die Durchleitungskapazitäten des Kupferkabels beschränkt sind. In diesem Sinne wird auch das Argument, dass durch die verstärkte Nutzung der Glasfasertechnologie die Bandbreite für die verbleibenden Kupferkabelanschlüsse erhöht werden kann, relativiert.

291. Für VTX ist das Fernsehgeschäft zudem ein zentraler Bestandteil für die Vermarktung gegenüber dem Privatkunden.¹²⁹ Es wird der Haupttreiber für das Wachstum sein, was sich in naher Zukunft in der nachgefragten Bandbreite widerspiegeln wird.¹³⁰ In dieser Hinsicht schätzt Sunrise, dass im Privatkundenbereich z. B. für die Herstellung eines konkurrenzfähigen Angebots von einem Breitbandbedarf von ca. [...] Mbit/s auszugehen ist. Mittelfristig dürfte diese Zahl auf bis zu [...] Mbit/s ansteigen.¹³¹ Das Kupferkabelnetz vermag solche Bandbreiten allerdings nicht zu liefern (vgl. Rz 239 ff.).

292. Aus diesen Gründen kann auch eine Zugehörigkeit des TAL zum Wholesale-Markt für den physischen Zugang zur Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierter Übertragungsgeschwindigkeit ausgeschlossen werden.

B.3.3.2.2.4 Kabelnetz

293. Das physische Netz der Kabelnetzbetreiber kann nicht dem Markt für den physischen Zugang zur Netzinfrastruktur zugerechnet werden. Erstens lässt die Netzwerkarchitektur technisch keine Entbündelung zu. Während die meisten EVU sowie Swisscom ihre Glasfasernetze von der Anschlusszentrale zum Endkunden als Punkt-zu-Punkt Verbindung aufbauen, ist das Kabelnetz ringförmig angelegt. Unabhängig davon wie weit die Kabelnetzbetreiber ihre Netzinfrastruktur bereits auf Glasfaser umgerüstet haben, besteht deshalb grundsätzlich keine Möglichkeit, anderen FDA einzelne Fasern zu den Endkunden anzubieten.

294. Zweitens zeichnet sich die Koaxialkabeltechnologie dadurch aus, dass sie als Shared Medium die zur Verfügung stehende Bandbreite an den jeweiligen Verteilern und zwischen den aktuellen Nutzern aufteilt. Sobald daher mehrere Kunden gleichzeitig eine gemeinsame Bandbreite nachfragen, welche die Kapazitätsgrenzen übersteigt (Überbuchung), teilen sie sich die Bandbreite und können nicht mehr mit der vollen Geschwindigkeit surfen. In den von der Kooperation betroffenen Städten beträgt der Überbuchungsfaktor im Durchschnitt [...] und liegt zwischen [...] und [...].¹³²

295. Drittens können über eine mögliche virtuelle Entbündelung der CATV-Netze keine symmetrischen Bandbreiten angeboten werden. Die Uploadgeschwindigkeiten im Coaxial-Netz sind geringer als die Downloadge-

schwindigkeiten. Es ist zu erwarten, dass symmetrische Breitbandinternetverbindungen (z. B. wegen Cloud Computing) immer häufiger nachgefragt werden, weshalb die Koaxialkabeltechnologie wohl an Bedeutung verlieren wird.

296. Gemäss Sunrise kommt als Alternative ein Wholesale-Angebot der Kabelnetzbetreiber wegen der fehlenden Symmetrie und der geteilten Bandbreite nicht in Frage.¹³³

B.3.3.2.2.5 Drahtlose Technologien

297. Die WEKO geht in ihrer Praxis davon aus, dass drahtlose Technologien hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck nicht als Substitut zu den auf dem schnellen Bitstromzugang basierenden Dienstleistungen in Frage kommen.

298. In ihrem Gutachten von 3. September 2007 betreffend Bitstrom hat die WEKO festgehalten, dass die drahtlosen Zugangstechnologien UMTS, WLAN, WLL, BWA und Satellitenzugang im Vergleich zu leitungsgebundenen Technologien in der Regel niedrigere Übertragungsraten bei teilweise höheren Preisen, eine höhere Anfälligkeit auf Störungen beispielsweise durch die Umgebung oder durch Interferenzen, niedrigere Verbindungsstabilität und grössere Datensicherheitsrisiken aufweisen. Dies beschränkt die verfügbaren Möglichkeiten für Anwendungen an Endkunden. Das BVGer hat in seinem Urteil vom 12. Februar 2009 festgehalten, dass die Schlussfolgerung der WEKO auch im Zeitpunkt des Urteils gültig ist.

299. Grundsätzlich werden drahtlose Technologien nicht als Substitute für drahtgebundene Technologien angesehen. Erstere erlauben mobile Anwendungen und werden auch in Zukunft eine immer höhere Bandbreite ermöglichen. Dennoch kann auf die Einschränkungen von mobilen Technologien auf das Gutachten vom 3. September 2007 verwiesen werden, wonach mit „in der Regel niedrigeren Übertragungsraten bei teilweise höheren Preisen, eine höhere Anfälligkeit auf Störungen beispielsweise durch die Umgebung oder durch Interferenzen, niedrigere Verbindungsstabilität und grössere Datensicherheitsrisiken“ zu rechnen ist.¹³⁴ Drahtlose Technologien kommen deshalb im jetzigen Zeitpunkt hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck nicht als Substitut im Sinne von 11 Abs. 3 Bst. a VKU zu Layer 1-Angeboten in Frage.

B.3.3.2.2.6 Fazit

300. Der Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur umfasst daher sämtliche Betreiber eines Glasfasernetzwerkes im Anschlussbereich, welche Nachfragern einzelne Glasfasern zum Endkunden zum exklusiven Gebrauch überlassen, sowie sämtliche Nachfrager, die solche Leitungen nachfragen.

¹²⁸ Antworten Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 12.

¹²⁹ Antworten Fragebogen an VTX vom 22. Juni 2011, 2.

¹³⁰ Antworten Fragebogen an VTX vom 22. Juni 2011, 7.

¹³¹ Antworten Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 12.

¹³² Antworten Fragebogen an UPC-Cablecom vom 8. Juni 2011, 5.

¹³³ Antworten Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 11.

¹³⁴ RPW 2008/1, 225 Rz 30, *Schneller Bitstrom*.

B.3.3.2.3. Räumlich relevanter Markt

301. In den verschiedenen Städten und Regionen, in welchen eine Glasfasernetzinfrastruktur in Kooperation mit Swisscom aufgebaut wird, herrschen sowohl im Kooperationsmodell als auch im Aufbaustandard gegenwärtig unterschiedliche Bedingungen. Zudem sind die an den Kooperationen beteiligten EVU nur in einer bestimmten Region und nicht schweizweit tätig. Dies führt dazu, dass die einzelnen EVU als Anbieter den Nachfragern nach einem Layer 1-Zugang zum einen nur für die Region, in welchen sie über eine Infrastruktur verfügen, ein Angebot unterbreiten können und zum anderen aufgrund der unterschiedlichen Aufbaustandards in den verschiedenen Regionen die Konditionen für die Nutzung des Layer 1-Zugangs unterschiedlich sind.

302. Swisscom hingegen ist als Kooperationspartner der EVU in ihren Anschlusszentralen – analog zum TAL – in der Lage, den Layer 1-Zugang zu schweizweit einheitlichen Bedingungen und Konditionen anzubieten.

303. Da die EVU und Swisscom grundsätzlich miteinander in Wettbewerb treten können und es daher – aufgrund des unterschiedlichen Aufbaustandards der einzelnen Städte und Regionen – zu regionalen Unterschieden im Hinblick auf den Wettbewerb kommen kann, ist mindestens gegenwärtig von einer regionalen Markt-abgrenzung auszugehen.

304. Für die Beurteilung der vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen werden daher in räumlicher Hinsicht fünf regionale Märkte abgegrenzt, welche das jeweilige Gebiet der an der Kooperation beteiligten Kooperationspartner umfasst. Dies sind die Kooperationsgebiete in Zürich, Basel, Luzern, Bern und St. Gallen, die aber aufgrund derselben Situation gemeinsam beurteilt werden.

B.3.3.3 Beurteilung der Wettbewerbssituation

305. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer – aktueller und potentieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht.

306. Zusätzlich wird neben der Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt das Zusammenspiel mit dem benachbarten Markt und den nachgelagerten Märkte näher untersucht, da sich diese gegenseitig beeinflussen.

307. Nachfolgend werden Aussenwettbewerb, Innenwettbewerb sowie indirekte Effekte im Einzelnen geprüft.

B.3.3.3.1. Aussenwettbewerb

308. Ein genügender Aussenwettbewerb kann immer dann angenommen werden, wenn das Angebot der nicht an der Abrede beteiligten Konkurrenten für mögliche Handelspartner der Abredeteiligen eine tatsächliche Wahlmöglichkeit darstellt¹³⁵ und ein wirksamer Wettbewerb nicht als beseitigt erscheint.¹³⁶ Kein genügender Aussenwettbewerb liegt vor, wenn das alternative Angebot lediglich einen kleinen Teil des Bedarfs abdeckt, wobei die Anzahl der Unternehmen, welche als Aussenwettbewerber auftreten, sowie deren Marktanteil ein

wichtiges Indiz für die Beurteilung des Aussenwettbewerbs darstellt. „Entscheidend ist der Einfluss dieser Unternehmen auf den Markt“.¹³⁷

309. Die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind Swisscom und die EVU. Um daher den Aussenwettbewerb untersuchen zu können, muss die Marktsituation im relevanten Markt und deren Marktstellung auf diesem Markt ohne Berücksichtigung der an der Kooperation beteiligten Unternehmen untersucht werden.

310. Derzeit bauen die EVU und Swisscom in verschiedenen Städten ein gemeinsames Glasfasernetzwerk im Anschlussbereich auf. Über dieses können Breitbandinternetdienstleistungen im Anschlussbereich mit einer quasi unbeschränkten Bandbreite erbracht werden.

311. Die EVU und Swisscom haben auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten zusammen einen Marktanteil von 100 %. Weitere Anbieter existieren nicht, weshalb auf diesem Markt kein aktueller Aussenwettbewerb besteht, welcher die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten umstossen könnte.

312. Derzeit ist noch unklar, wie sich die Kabelnetzbetreiber in Zukunft im Markt verhalten werden. Da auch die Durchleitungskapazitäten der Koaxialkabelnetzinfrastruktur begrenzt ist, werden diese in mittlerer bis langer Frist ebenfalls auf die Glasfasertechnologie umsteigen müssen. Grundsätzlich haben die Kabelnetzbetreiber die Möglichkeit entweder selbst eine Glasfasernetzwerkarchitektur im Anschlussbereich aufzubauen oder die Glasfasernetzwerkarchitektur der Kooperationspartner zu nutzen. Im ersten Fall könnte damit eine konkurrenzierende Netzwerkinfrastruktur entstehen, welche für einen gewissen Aussenwettbewerb sorgen könnte. Da diese potenzielle Konkurrenz erst in mittlerer bis langer Frist entstehen kann und deren Entstehung zudem noch sehr ungewiss ist, besteht auch kein potenzieller Aussenwettbewerb, welcher die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten umstossen könnte.¹³⁸

¹³⁵ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 462.

¹³⁶ BGE 129 II 18, 36 f., E. 8.1 (=RPW 2002/4, 731), *Buchpreisbindung*.

¹³⁷ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 462.

¹³⁸ Antworten Fragebogen UPC-Cablecom vom 8. Juni 2011, 9 ff.

¹³⁹ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 466.

¹⁴⁰ BGE 129 II 18, 36 f., E. 8.1 (=RPW 2002/4, 731), *Buchpreisbindung*.

B.3.3.3.2. Innenwettbewerb

313. Bei der Beurteilung des Innenwettbewerbs ist das Verhältnis der Abredeparteien untereinander zu untersuchen, um festzustellen, ob zwischen diesen – trotz der Abreden – ausreichender Innenwettbewerb besteht, um die Vermutung umzustossen.¹³⁹ Ein funktionierender Innenwettbewerb liegt grundsätzlich dann vor, wenn „die Abrede in Wirklichkeit nicht befolgt wird oder wenn trotz der die Vermutung begründenden Absprache bezüglich einzelnen Wettbewerbsparametern aufgrund anderer Faktoren ein wirksamer Wettbewerb fortbesteht“.¹⁴⁰

314. Im Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten sind nur Swisscom und die jeweiligen EVU tätig. Beide könnten grundsätzlich miteinander in Wettbewerb treten und so für Innenwettbewerb sorgen.

315. Auch anlässlich der Verhandlung bekräftigten die Parteien die Notwendigkeit eines Festhaltens an den Klauseln. Dies zeigt, dass keine Anreize bestehen sich nicht an die Vertragsklauseln zu halten.

316. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass zwischen den an der Abrede beteiligten Parteien kein Innenwettbewerb besteht, welcher die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten umstossen könnte.

B.3.3.3.3. Indirekte Effekte

317. Die Märkte für Breitbandinternet weisen unterschiedliche Interdependenzen untereinander auf, so dass der benachbarte Markt und die nachgelagerten Märkte grundsätzlich eine disziplinierende Wirkung auf den relevanten Markt haben können.

318. Daher werden nachfolgend der benachbarte Markt und die nachgelagerten Märkte, die Wettbewerbssituation auf diese Märkten sowie das Zusammenwirken der unterschiedlichen Marktstufen analysiert.

B.3.3.3.3.1 Beurteilung der Wettbewerbssituation auf weiteren Märkten

319. Die zwischen den Parteien vereinbarten und gemeldeten Klauseln betreffen, da sie sich auf den Aufbau und Betrieb einer Infrastruktur beziehen, eine Vielzahl von Märkten. Im Rahmen der Vorabklärung hat sich das Sekretariat auf die Analyse der für die gemeldeten Vertragsklauseln notwendigen Märkte beschränkt. Es kann hingegen nicht ausgeschlossen werden dass in einer allfälligen Untersuchung engere Markttabgrenzungen („Teilmärkte“) vorzunehmen sind. Für die Zwecke der Vorabklärung wurden daher insgesamt fünf weitere Märkte analysiert:

- Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten
- Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich
- Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich

- Endkunden-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich
- Endkunden-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich

1. Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

320. Der vollständig entbündelte Zugang zum TAL wird in Art. 3 Bst. d^{bis} FMG als die Bereitstellung des Anschlusses zum Teilnehmeranschluss für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung definiert. Der TAL ermöglicht den physischen Zugang zum Kupfernetz.

321. Der Anschluss erfolgt meist in einer Swisscom Anschlusszentrale. Zur Nutzung einer Doppelader-Metalleitung im Anschlussbereich ist es allerdings notwendig die komplette zur Übertragung von Daten notwendige Infrastruktur selbst aufzubauen. Hierzu benötigt der Nachfrager nach dem TAL die entsprechenden Send- und Empfangsgeräte (Hardware), welche in der Regel in der Swisscom Anschlusszentrale installiert werden müssen. Dafür nimmt eine FDA das ebenfalls im FMG beschriebene und von der ComCom regulierte Produkt Kollokation (nachfolgend: KOL) in Anspruch. Der Nachfrager nach dem TAL benötigt zudem eine Anbindung an sein Backbone-Netz, so dass er verschiedene Dienstleistungen über den TAL bereitstellen kann. Die Nutzung des TAL erfordert daher signifikante Investitionen, die amortisiert werden müssen, bietet aber, entsprechend dem Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz, den FDA die grösstmögliche Flexibilität und Autonomie, alternative Endkundenangebote über das Kupferkabelnetz zu gestalten. Zudem lassen sich mit der errichteten Infrastruktur Skaleneffekte erzielen.

322. In der Schweiz verfügt lediglich Swisscom über ein vollständiges Kupferkabelnetzwerk im Anschlussbereich und ist gesetzlich dazu verpflichtet den TAL zu kostenorientierten Preisen Dritten bereitzustellen (Preisregulierung gemäss Art. 11 FMG). In diesem Zusammenhang unterscheidet Swisscom zwischen dem TAL, welcher in den Swisscom Anschlusszentralen bereitgestellt wird, und dem so genannten Teilstück TAL (nachfolgend: T-TAL), welcher in verschiedenen Quartierverteilerstationen von Swisscom bereitgestellt wird. Nach derzeitigem Kenntnisstand besteht allerdings noch keine Nachfrage nach dem T-TAL. Auf eine Betrachtung des T-TAL kann daher verzichtet werden.

323. Die ComCom legte im Jahr 2008 den monatlichen Preis für die Entbündelung des Anschlusses auf CHF 18.18 fest¹⁴¹. Gegenwärtig liegt der Preis bei CHF 16.60.¹⁴²

¹⁴¹ Verfügung der ComCom vom 9. Oktober 2008. Für das Jahr 2007 wurde ein Preis von CHF 16.92 festgelegt.

¹⁴² Handbuch Preise: TAL, Version 2-0 vom 01.01.2011, abrufbar unter: http://www.swisscom.com/FxRes/NR/rdonlyres/635CC7CE-5910-4DAB-A2AD-E1376A090E5B/0/FAPRM_contr_Teilnehmeranschlussleitung_V20.pdf (2.8.2011).

324. Der (klassische) TAL aus der Swisscom Anschlusszentrale ermöglicht heute Übertragungsgeschwindigkeiten bis ca. 20 Mbit/s. Höhere Bandbreiten sind nur möglich, wenn eine FDA einen näher beim Endkunden gelegenen Schacht (sog. „Streetcabinet“) entbündelt oder wenn sich Kunden in der Nähe des CO befinden. Dabei ist zu beachten, dass sich die Entbündelung eines Schachtes gemäss Sunrise erst ab ca. [...] Endkunden lohnt, die [...] Jahre bei Sunrise bleiben.¹⁴³ Da sich die Entbündelung eines Streetcabinet folglich nur in ganz wenigen Fällen lohnt, hat eine FDA kaum Möglichkeiten mit dem regulierten TAL tatsächlich höhere Bandbreiten anzubieten.

325. Der Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz stellt technisch ein quasi perfektes Substitut zum TAL dar. Sämtliche Endkundenangebote, die mit einer kupferbasierten Netzinfrastruktur bereitgestellt werden, können aus technischer Sicht auch über einen Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz erbracht werden. Die Kosten für die Umrüstung einer bereits für die Nutzung der Kupferkabeltechnologie erschlossene Anschlusszentrale auf die Glasfasertechnologie fallen nicht dermassen ins Gewicht wie bei der Entbündelung, da gemäss einem Fernmeldedienstanbieter der Investitionen für den TAL bei gleicher Anzahl von Endkunden für ein Layer 1-Angebot wieder verwendbar sind.¹⁴⁴ Dabei ist zu beachten, dass die zusätzlichen Investitionen dazu verwendet werden können, den Endkunden zukünftig schnellere Internetangebote zu unterbreiten. Die WEKO hat bei ihren bisherigen Analysen der Fernmeldemärkte dem Glasfasernetz angesichts des geringen Ausbaustandards keine grosse Bedeutung zugemessen.¹⁴⁵ Sie hat aber darauf hingewiesen, dass sich dies zukünftig ändern kann.¹⁴⁶ Aufgrund der hohen Dynamik beim Glasfaserausbau in der Schweiz wird der Zugang zum physischen Glasfasernetz zumindest in den grösseren Städten eine gewichtige Alternative zum TAL werden. Dabei muss allerdings beachtet werden, dass der TAL und der Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz nur einseitig substituierbar sind.

326. Betreffend die Regulierung hat das Bundesverwaltungsgericht dargelegt, dass der Gesetzgeber den technologischen Unterschieden zwischen dem physischen Zugang (Layer 1) und den anderen Zugangsformen (Layer 2 etc.) beim Gesetzgebungsprozess Rechnung getragen hat (vgl. Rz 272). Wenn der TAL ein Substitut zum schnellen Bitstromzugang darstellen würde, hätte der Gesetzgeber dies im Regulierungskonzept anerkannt. Als Folge hätte er daher aufgrund der dann disziplinierenden Wirkung des schnellen Bitstromzugangs eine Marktbeherrschung ausschliessen müssen und den TAL nicht zu regulieren brauchen. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber dargelegt, dass der schnelle Bitstromzugang lediglich eine „Einstiegstechnologie“ darstellt, welche es alternativen Anbietern ermöglicht, rasch und breit in den Markt einzutreten, um in der Folge schrittweise die Investitionen zu tätigen, welche notwendig sind, um auf den TAL zu wechseln.¹⁴⁷ Aufgrund seiner Analyse kommt das Bundesverwaltungsgericht daher auch aus nicht regulatorischen Gründen zu dem Schluss, dass der Layer 1-Zugang und die anderen Zugangsformen (Layer 2 etc.) nicht miteinander substituierbar sind.

327. Da sich auf der einen Seite die technischen Möglichkeiten der Angebotsgestaltung und auf der anderen Seite die Investitionskosten für die Nutzung eines Layer 2- oder Layer 3-Angebots stark unterscheiden, stellen Layer 2- und Layer 3-Angebote grundsätzlich keine Substitute zum TAL dar (vgl. Rz 268 ff. sowie Rz 232 ff. und Rz 255 ff.).

328. Der Zugang zum entbündelten Teilnehmeranschluss im Kupferkabelnetz wird derzeit von Swisscom schweizweit zu einheitlich regulierten Bedingungen angeboten und nachgefragt.

329. Schweizweit verfügt lediglich Swisscom über ein flächendeckendes Kupferkabelnetzwerk. Daneben wird derzeit im Anschlussbereich ein flächendeckendes Glasfasernetzwerk aufgebaut, mit welchem sich in vielen Fällen ähnliche Dienstleistungen in vergleichbarer Qualität erbringen lassen. Da der Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur noch nicht flächendeckend verfügbar ist, muss zum jetzigen Zeitpunkt von einem Marktanteil von Swisscom von 100 % auf der Anbieterseite ausgegangen werden. Sobald allerdings der Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur angeboten wird, können ISP grundsätzlich über das Glasfasernetz auch einen Zugang zu einer physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten erhalten.

330. Aufgrund der heute bestehenden marktbeherrschenden Stellung von Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten ist der TAL gesetzlich reguliert. Dies bedeutet, dass ISP, welche den TAL nachfragen, diesen zu kostenorientierten Preisen beziehen können. Swisscom hat daher in diesem Markt keine Möglichkeit über den gesetzlich regulierten Preis hinaus seine marktbeherrschende Stellung zu nutzen, um höhere Preise zu verlangen.

331. Da aus heutiger Sicht aufgrund des fehlenden Wettbewerbs der Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten reguliert ist und Swisscom als einziger Anbieter auf dem Markt tätig ist, besteht auf diesem Markt kein Wettbewerb.

332. In der Zukunft werden allerdings im Rahmen der Kooperation im Aufbau des Glasfasernetzes die EVU über Glasfaser ein Layer-1 Angebot offerieren, welches den ISP als Nachfrager auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten als Alternative zur Verfügung stehen wird.

¹⁴³ Antworten Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 8.

¹⁴⁴ [...].

¹⁴⁵ RPW 2010/1, 131 Rz 104, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

¹⁴⁶ RPW 2010/1, 144 f. Rz 184 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

¹⁴⁷ AMGWERT (Fn 111), Rz 254 ff.

333. Die Glasfasernetzwerkarchitektur kann auch zur Bereitstellung von Angeboten im Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten eingesetzt werden. Daher wäre die Glasfasernetzwerkinfrastruktur grundsätzlich dazu geeignet auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten Wettbewerb zu induzieren.

334. Derzeit ist der Zugang zum vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss reguliert. Da sich die bisher am Markt beobachtbaren Layer-1 Anschlüsse in einer Preisspanne von CHF [...] bis CHF [...] bewegen, der Zugangspreis zum TAL allerdings bei CHF 16.60 liegt,¹⁴⁸ ist von keinem Wettbewerbsdruck von Seiten der EVU auszugehen. Durch die Vertragsklauseln, insbesondere der Investitionsschutzklausel, haben die an der Abrede beteiligten Parteien zudem keine Möglichkeiten den Preis nach Belieben zu senken. Somit verhindert die Investitionsschutzklausel gerade, dass über die Glasfasernetzwerkinfrastruktur wirksamer Wettbewerb zur Kupferkabelnetzinfrastruktur entsteht.

2. Wholesale-Märkte für Breitbandinternet

335. Die WEKO hat die Wholesale-Märkte für Breitbandinternet als Vorleistungsmärkte für drahtgebundene Dienstleistungen beschrieben, welche es den Nachfragern ermöglichen, Endkunden drahtgebundene Anschlüsse für Breitbandinternet anzubieten.¹⁴⁹ Diese Märkte umfassen die (aktuell oder potenziell) zum Wiederverkauf angebotenen drahtgebundenen Breitbandzugänge unabhängig von dem darunter liegenden Übertragungsmedium (Kupferkabel, Koaxialkabel, Glasfaserkabel etc.).

336. Derzeit bietet vorwiegend Swisscom Vorleistungsprodukte für ISP an. Die Vorleistungsprodukte der EVU befinden sich derzeit in der Anfangsphase. Die Kabelnetzbetreiber sind in der Schweiz auf den Wholesale-Märkten für Breitbandinternet grundsätzlich nicht tätig. Zum einen machen die Kabelnetzbetreiber hierfür technische Schwierigkeiten geltend. Diese Schwierigkeiten sind Ausfluss der Nutzung des Koaxialkabels als «shared medium» und der regionalen Verteilung der einzelnen Kabelnetzbetreiber.¹⁵⁰ Zum anderen dürfte den Kabelnetzbetreibern allerdings auch der Wille zur Unterbreitung von Wholesale-Angeboten fehlen.

337. Abgesehen vom Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur kann man in der Ausgestaltung der Vorleistungsprodukte grundsätzlich zwischen so genannten Layer 2-Produkten und Layer 3-Produkten unterscheiden. Während die technischen Variationsmöglichkeiten betreffend die für die Datenübertragung eingesetzten Protokolle auf Layer-2 noch recht hoch sind, sind die Variationsmöglichkeiten bei Layer-3 Produkten nur noch sehr gering. Swisscom bietet derzeit in den Vorleistungsmärkten für Breitbandinternet sowohl Layer-2 als auch Layer-3 Produkte an. Im Rahmen des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts kann allerdings auf eine vertiefte Analyse der Substitutionsmöglichkeiten zwischen diesen Dienstleistungen und dementsprechend auf eine weitere Unterteilung der Wholesale-Märkte für Breitbandinternet in einen Wholesale-Markt für Layer-2 Produkte und einen Wholesale-Markt für Layer-3 Pro-

dukte verzichtet werden. Die Kooperationspartner rechnen Layer 2- und 3-Angebote ebenfalls dem gleichen Markt zu.

338. Im Bereich der Layer 2- und Layer 3-Angebote stellen die Anbieter von Vorleistungsprodukten oft verschiedene Profile zur Auswahl, welche bestimmte technische Anforderungen erfüllen. Auf diese Weise können sie eine starke Produktdifferenzierung erreichen, welche es ihnen erlaubt für verschiedene technische Ausgestaltungen verschiedene Preise zu berechnen. Unterscheidungsmerkmale der verschiedenen Profile sind hierbei Priorisierungen, Upload- und Download-Rate, Service Levels etc. Da über die Glasfasernetzwerkinfrastruktur die verschiedenen Bandbreiten grundsätzlich zu denselben Kosten erbracht werden können, sind die unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten von Layer 2- und Layer 3-Angeboten vorwiegend als Preisdifferenzierung einzustufen. Da allerdings im Geschäftskunden- und Privatbereich grundsätzlich andere Anforderungen an die Datenübertragungsdienstleistungen gestellt werden, werden für den Business Bereich grundsätzlich andere Profile als für den Privatkundenbereich angeboten. Aus diesem Grund rechtfertigt sich eine Unterteilung der Märkte in einen Geschäftskunden- und einen Privatkundenbereich. Zudem ist eine solche Unterteilung sogar auf Stufe der Organisationsstruktur der Unternehmen branchenüblich.¹⁵¹

a. Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich

339. Viele Geschäftskunden nutzen Datenbankserver und/oder arbeiten über firmeninterne Netzwerke und haben daher ein anderes Konsumverhalten bei der Bandbreite. Da für Geschäftskunden die Netzwerkinfrastruktur meist ein Teil des Produktionsprozesses darstellen, sind an deren Ausfallsicherheit höhere Anforderungen gestellt als im Privatkundenbereich. VTX führt hierzu beispielsweise aus, dass Geschäftskunden im Hinblick auf Qualität und Verfügbarkeit von Datenverbindungen sehr hohe Ansprüche stellen.¹⁵² Diese Anforderungen unterscheiden sich – neben der Bandbreite und der Symmetrie – insbesondere in den Service Levels, Verkehrsklassen und in der Übertragungssicherheit stark. Aus diesem Grund bieten die Netzbetreiber den ISP für Geschäfts- und Privatkunden grundsätzlich anders konfigurierte Vorleistungsprodukte auf Layer 2 und Layer 3 an und eine Unterscheidung zwischen den Wholesale-Angeboten im Privatkunden- und im Geschäftskundenbereich rechtfertigt sich.

340. Swisscom bietet derzeit in der Schweiz Produkte auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich zu homogenen Bedingungen an. Die einzelnen Angebote können den Leistungsbeschreibungen und Price-Manuals für die einzelnen Layer 2- und Layer 3-Angebote entnommen werden.

¹⁴⁸ Handbuch Preise: TAL (Fn 142).

¹⁴⁹ RPW 2010/1, 126 ff. Rz 70 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

¹⁵⁰ Antworten Fragebogen an UPC-Cablecom vom 8. Juni 2011, 14.

¹⁵¹ Vgl. beispielsweise Antworten Fragebogen an VTX vom 22. Juni 2011, 4 und 6; Antworten Fragebogen an UPC-Cablecom vom 8. Juni 2011, 12-13.

¹⁵² Antworten Fragebogen an VTX vom 22. Juni 2011, 7.

341. Mit dem Aufkommen der regionalen Glasfaserinfrastrukturen treten neben Swisscom auch regionale Anbieter (EVU) auf den Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich ein. Da sich grundsätzlich die Angebote auf die Netzreichweite beschränken und in verschiedenen Regionen der Schweiz die Glasfasernetze in unterschiedlicher Art und Weise ausgebaut werden, können von Seiten der EVU regional unterschiedliche Angebote unterbreitet werden und regional unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen entstehen. Entsprechend können Nachfrager von den EVU nur regional Wholesale-Angebote nachfragen.

342. Grundsätzlich könnten ISP, welche ein reguliertes Layer 1-Angebot von Swisscom (TAL) nutzen, ebenfalls auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet Dienstleistungen anbieten. Da diese Dienstleistungen allerdings nur über das Kupferkabelnetz erbracht werden können und daher im Hinblick auf Bandbreite und Symmetrie den Einschränkungen des Kupferkabelnetzes unterliegen, könnten ISP, welche die entsprechenden Anschlusszentralen entbündelt haben, lediglich eine eingeschränkte Dienstleistungspalette anbieten. Da allerdings im Geschäftskundenbereich kaum Dienstleistungen über das Kupferkabelnetz erbracht werden können, stellen sie gegenüber Swisscom, die eine vollständige Dienstleistungspalette anbieten kann, keine aktuelle oder potenzielle Konkurrenz dar. Vielmehr müssen ISP, welche bereits den TAL beziehen für Geschäftskundenangebote regelmässig zusätzlich Wholesale-Angebote von Swisscom beziehen, um überhaupt die Kundenbedürfnisse abdecken zu können. Zudem würden sich ISP, die in der Regel selbst Endkundenangebote offerieren, durch die angebotenen Vorleistungsprodukte selbst Konkurrenten auf den Endkundenmärkten schaffen. Daher ist grundsätzlich nicht damit zu rechnen, dass ISP, welche den TAL beziehen auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet als Anbieter auftreten. In der Vergangenheit war ein solches Verhalten in der Schweiz auch nicht zu beobachten.

343. Mit dem kooperativen Aufbau der Glasfasernetzwerkinfrastruktur treten die EVU in diesen Markt ein und werden in Zukunft, basierend auf der kooperativ erstellten Glasfasernetzwerkinfrastruktur, zusätzlich Wholesale-Angebote für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich bereitstellen.

344. Nachfrager nach Layer 1-Angeboten auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten könnten allerdings ebenfalls auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich als Anbieter auftreten und somit für einen gewissen Wettbewerbsdruck im Markt sorgen. Dieser wäre aufgrund der Vorleistungspreise für die Layer 1-Angebote aber nach unten hin beschränkt. Zudem würden sich Layer 1-Nachfrager mit einem Angebot im Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich Konkurrenten im (Endkunden-)Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich schaffen, was wenig wahrscheinlich ist.

345. Die Kabelnetzbetreiber treten auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich grundsätzlich nicht auf. Vielmehr ist beispielsweise UPC-

Cablecom, trotz eigener Netzinfrastruktur, für eigene Angebote im Endkundengeschäft für mittlere und grössere Geschäftskunden auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. Im Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich sind in Zukunft neben Swisscom auch die EVU als Anbieter tätig.

b. Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich

346. Im Privatkundenbereich sind die Ausfallsicherheit, Verkehrsklassen und Service Levels nicht von gleicher Bedeutung wie im Geschäftskundenbereich. Zudem konsumieren Privatkunden vorwiegend Inhalte, welche sie im Internet suchen, oder Fernsehprogramme. Aus diesem Grund sind gegenwärtig die Downloadgeschwindigkeiten für Endkunden von grösserer Bedeutung als die Uploadgeschwindigkeiten, weshalb im Privatkundenbereich oft nur asymmetrische Breitbandinternetverbindungen angeboten werden. Die im Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich angebotenen Profile unterscheiden sich daher stark von denjenigen im Geschäftskundenbereich.

347. Auch im Wholesale-Markt für Breitbandinternet könnten ISP, welche den TAL von Swisscom beziehen mit einem Layer-1 Angebot auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich auftreten. Zum jetzigen Zeitpunkt würde die Kupferkabeltechnologie noch ausreichen, um der Mehrheit der Endkunden einen ausreichend schnellen Internetzugang basierend auf Vorleistungsprodukten eines solchen ISP anbieten zu können (vgl. Rz 259 ff.). Allerdings bieten derzeit neben Swisscom keine weiteren FDA schweizweit entsprechende Vorleistungsprodukte an.

348. Mit dem kooperativen Aufbau der Glasfasernetzwerkinfrastruktur treten die EVU in diesen Markt ein und werden in Zukunft basierend auf der kooperativ erstellten Glasfasernetzwerkinfrastruktur zusätzlich Wholesale-Angebote für Breitbandinternet im Privatkundenbereich bereitstellen.

3. Endkundenmärkte für Breitbandinternet

349. Die Breitbandinternetmärkte umfassen sämtliche Endkunden (Geschäfts- und Privatkunden), welche eine breitbandige Verbindung zur elektronischen Datenübertragung über das Internet nachfragen und sämtliche Anbieter, die eine solche Datenübertragungsverbindung anbieten. Grundsätzlich kann bei Verbindungen zur Datenübertragung, insbesondere ins Internet zwischen Dial-up-Verbindungen und Breitbandverbindungen unterschieden werden, wobei die internationale Fernmeldeunion (nachfolgend: ITU) einen Dienst oder ein System als breitbandig definiert, wenn die Datenübertragungsraten 2048 kbit/s übersteigt¹⁵³. Dial-up-Verbindungen erlauben allerdings Übertragungsgeschwindigkeiten bis zu 128 kbit/s, weshalb sie – nicht zuletzt wegen ihrer geringen Bedeutung – nicht zum Breitbandinternetmarkt gezählt werden.

¹⁵³ RPW 2008/4, 669 Rz 22, *Sunrise/Tele2*.

350. Zur Erbringung der Datenübertragungsdienste greifen die Anbieter auf leitungsgebundene Technologien zurück, auf welchen ihr Übertragungsnetz beruht. Gegenüber dem Endkunden werden allerdings lediglich Dienstleistungen in einer bestimmten Servicequalität und Bandbreite erbracht. Solange die vom Endkunden nachgefragte Bandbreite und Servicequalität erbracht werden können, spielt es für ihn in der Regel keine Rolle, über welche Technologie die Dienstleistungen erbracht werden.

351. Für die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse und des Wettbewerbsdrucks auf dem Markt für Breitbandinternet ist die Anzahl der FDA, welche in der Preisgestaltung für ihre Fernmeldedienstleistungen frei sind, und deren Handlungsmöglichkeiten von zentraler Bedeutung (vgl. nachfolgend: Kap. B.3.3.3). Grundsätzlich sind lediglich diejenigen FDA in ihrer Preisgestaltung frei, welche über ein eigenes, bis zum Endkunden reichendes Kommunikationsnetzwerk verfügen, da diese nicht auf Vorleistungsprodukte angewiesen sind. Ähnliche Freiheiten haben auch Anbieter, die für den Zugang zum Kupfernetz ein reguliertes Produkt zu kostenorientierten Preisen in Anspruch nehmen. In der Schweiz stehen derzeit die nachfolgenden Kommunikationsnetzwerke zur Verfügung: Kupferkabelnetzwerk, Koaxialkabelnetzwerk, Glasfasernetzwerk, Powerline-Netzwerk, Satellitentechnologie und Mobilfunknetzwerk (insbesondere in der Zukunft LTE, vgl. Kap. B.3.3.1.1.2).

352. Da private Endkunden im Hinblick auf Symmetrie bei den Up- und Downloadraten sowie Service Levels andere Anforderungen haben als Unternehmen und diese daher mit ganz anderen Datenübertragungsdienstleistungen bedient werden können, rechtfertigt sich eine weitere Marktunterteilung nach einem Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich und einem Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich.

a. Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich

353. Im Geschäftskundenbereich werden meist symmetrische Datenübertragungsverbindungen zwischen den verschiedenen Standorten sowie symmetrische und/oder asymmetrische Verbindungen ins Internet nachgefragt. Hierbei spielen insbesondere eine garantierte Bandbreite und Service Levels eine wichtige Rolle, so dass die an die Breitbandinternetverbindung gestellten Anforderungen im Geschäftskundenbereich in der Regel hoch sind.¹⁵⁴

354. Im Geschäftskundenbereich werden bei grösseren Geschäftskunden individuelle Lösungen erstellt, welche den spezifischen Kundenwünschen Rechnung tragen. Da über die Koaxialkabeltechnologie grundsätzlich keine Bandbreiten garantiert werden können und symmetrische Verbindungen kaum möglich sind, kommt die Koaxialkabeltechnologie im Geschäftskundenbereich für Breitbandinternetverbindungen so gut wie nicht zum Einsatz.

355. Mittels Kupferkabeltechnologie kann eine gewisse Bandbreite symmetrisch und asymmetrisch garantiert werden. Daher kann die Kupferkabeltechnologie – je nach Kundenanforderungen – grundsätzlich auch im Geschäftskundenbereich eingesetzt werden, unter der

Voraussetzung, dass die zur Verfügung stehende Bandbreite ausreicht die Bedürfnisse zu befriedigen.

356. Die Glasfaserkabeltechnologie ermöglicht asymmetrische und symmetrische Bandbreiten in fast beliebiger Höhe und ist damit für Angebote im Geschäftskundenbereich prädestiniert. Bereits in der Vergangenheit wurden Geschäftskunden – je nach Anforderungen – bereits an die Glasfaserkabeltechnologie angeschlossen.

357. In der Schweiz verfügt derzeit kein Netzbetreiber über ein flächendeckendes Glasfasernetz im Anschlussbereich. Vielmehr wurden einzelne Geschäftskunden projektweise mit Glasfasern erschlossen. Durch die Kooperation zwischen den EVU und Swisscom ist ein solches Glasfasernetz erst im Entstehen. Als Netzbetreiber bieten Swisscom, die EVU und UPC-Cablecom eigene Angebote auf dem Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich an, wobei UPC-Cablecom, je nach Angebot, auf Vorleistungsprodukte von Swisscom zurückgreift. Neben den Netzbetreibern existieren allerdings noch eine Reihe weiterer ISP, welche – basierend auf den Vorleistungsprodukten von Swisscom und in Zukunft auch der EVU – eigene Breitbandinternetangebote auf dem Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich anbieten.

358. Im Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich können ISP grundsätzlich schweizweite Angebote unterbreiten. Hierfür müssen sie entweder über eine schweizweite Netzwerkinfrastruktur verfügen (wie dies bei Swisscom der Fall ist) oder bei einem schweizweiten Anbieter (Swisscom) oder mehreren regionalen Anbietern die entsprechenden Vorleistungsprodukte beziehen. Betreffend die Wholesale-Angebote für Breitbandinternet von Seiten der EVU können die ISP eine Integrationsfunktion einnehmen, indem sie mit mehreren einen Vorleistungsvertrag abschliessen und auf diese Weise schweizweite Angebote lancieren können.

359. Auf dem Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich sind verschiedene ISP tätig. Hierunter fallen insbesondere Swisscom, UPC-Cablecom, Sunrise, die EVU, Colt und VTX. Als Netzbetreiber sind lediglich Swisscom sowie UPC-Cablecom und in manchen Regionen in Zukunft auch EVU in diesem Markt tätig. Da Netzbetreiber die Wertschöpfungskette vollständig abdecken, sind sie in ihrer Preisgestaltung nicht von anderen Unternehmen abhängig.

360. Diejenigen ISP, welche allerdings über keine eigene Netzwerkinfrastruktur im Anschlussbereich verfügen, sind auf Vorleistungsprodukte der Netzbetreiber, insbesondere von Swisscom und in Zukunft auch von denjenigen der EVU angewiesen.

361. Die Kabelnetzbetreiber verfügen über eine koaxialkabelbasierte Netzwerkinfrastruktur im Anschlussbereich. Diese hat aber im Hinblick auf die Erbringung von Breitbandinternetdienstleistungen im Geschäftskundenbereich entscheidende Nachteile (im Hinblick auf Symmetrie und garantierter Bandbreite), so dass diese in der

¹⁵⁴ Antworten Fragebogen an VTX vom 22. Juni 2011, 7.

Regel nicht zur Erbringung von Breitbandinternetdienstleistungen im Geschäftskundenbereich eingesetzt werden kann. Daher sind diejenigen Kabelnetzbetreiber, welche auf dem Markt für Breitbandinternet als Anbieter auftreten in den meisten Fällen, insbesondere bei Lösungen für mittlere und grössere Unternehmen, auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom oder in Zukunft auf die der EVU angewiesen.

362. Im Hinblick auf die Erbringung von Breitbandinternetdienstleistungen für Geschäftskunden über den TAL gelten ähnliche Einschränkungen wie im Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich. Aufgrund der in diesem Bereich oft nachgefragten Symmetrie und hohen garantierten Bandbreite, kann der regulierte TAL oft nicht zur Erbringung von Dienstleistungen in diesem Bereich eingesetzt werden. Daher sind ISP, welche entsprechende Angebote auf dem Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich lancieren wollen, heute fast¹⁵⁵ immer auf die Vorleistungsangebote von Swisscom oder in Zukunft auch auf diejenigen der EVU angewiesen.

363. Vor diesem Hintergrund haben ISP ohne eigenes Netz nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten im Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich, mit den integrierten Anbietern in Konkurrenz zu treten und Wettbewerbsdruck auf diese auszuüben. ISP können daher heute einzig – im Rahmen des durch die Vorleistungspreise von Seiten der Netzbetreiber festgelegten Preisniveaus – untereinander in Wettbewerb treten.

364. In Zukunft könnten einzig die beiden Glasfasernetzbetreiber als integrierte Anbieter auf dem Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich miteinander in wirksamen Wettbewerb treten. Einzig, wenn die EVU keine Endkundenangebote unterbreiten, könnten diejenigen ISP, welche basierend auf den Vorleistungsprodukten der EVU Endkundenangebote machen, im Rahmen der ihnen aufgrund des Vorleistungspreises verbleibenden Marge mit Swisscom, als integrierte Anbieterin, in Wettbewerb treten. Hierbei hängt es vom Preisniveau der einzelnen Vorleistungsprodukte ab, ob es auf dem Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich allgemein oder in bestimmten Preissegmenten zu Wettbewerb zwischen den ISP und Swisscom als integrierte Anbieterin kommen kann.

b. Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich

365. Im Privatkundenbereich werden meist asymmetrische Verbindungen ins Internet angeboten und nachgefragt. Hierbei werden in der Regel keine speziellen Anforderungen an die Service Levels gestellt. Aus diesem Grund sind die an eine Breitbandinternetverbindung gestellten Anforderungen im Privatkundenbereich in der Regel weniger hoch. Solange die Anforderungen der Endkunden mit der darunterliegenden Netzwerktechnologie erbracht werden können, sind ISP nicht an eine bestimmte Netzwerktechnologie gebunden.

366. Damit kommen für den Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich grundsätzlich drei verschiedene drahtgebundene Netzwerktechnologien zum Einsatz: Kupferkabel, Koaxialkabel und Glasfaserkabel. Schweizweit werden im Anschlussbereich das Kupfer-

kabelnetz von Swisscom, das Koaxialkabelnetz von UPC-Cablecom sowie den regionalen Kabelnetzbetreibern und das Glasfasernetz zusammen von Swisscom und regionalen EVU betrieben. Neben den Netzbetreibern existieren allerdings noch eine Reihe weitere ISP, welche – basierend auf den Vorleistungsprodukten dieser Netzbetreiber – eigene Breitbandinternetangebote auf dem Markt für Breitbandinternet anbieten.

367. Da die Anforderungen im Hinblick auf Symmetrie und garantierter Bandbreite im Privatkundenbereich anders gelagert sind als im Geschäftskundenbereich, können bis zum Erreichen ihrer jeweiligen Kapazitätsgrenzen die unterschiedlichen zur Verfügung stehenden Technologien zur Erbringung von Privatkundenangeboten eingesetzt werden.

368. Dies bedeutet, dass sowohl Swisscom, die Kabelnetzbetreiber und später auch die EVU als Netzbetreiber sowie bis zu einem gewissen Grad (im Rahmen des regulierten Zugangspreises) diejenigen ISP, welche den TAL auf Basis des Kupferkabelnetzwerkes nachfragen, im Rahmen der durch die eingesetzte Technologie geltenden Einschränkungen miteinander in direkte Konkurrenz treten können. Daher besteht auf dem Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich grundsätzlich bis zum Erreichen der jeweiligen Kapazitätsgrenze der Technologie die Möglichkeit zu Wettbewerb durch die Kabelnetzbetreiber und ISP, welche den regulierten TAL als Vorleistungsprodukt nutzen.

369. ISP, welche auf die Vorleistungsprodukte der Netzbetreiber angewiesen sind, um am Markt für Breitbandinternet im Endkundenbereich einen Breitbandinternetzugang anbieten zu können, können nur innerhalb der durch die Vorleistungsprodukte gegebenen Voraussetzungen Wettbewerbsdruck ausüben. Es ist fraglich, ob Vorleistungsanbieter, welche ebenfalls auf dem Endkundenmarkt tätig sind, ISP so günstige Vorleistungsprodukte anbieten, dass diese mit ihnen auf dem Endkundenmarkt in Konkurrenz treten können. Vor diesem Hintergrund haben diese ISP wenig Möglichkeiten im Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich mit den ebenfalls in diesem Markt tätigen Netzbetreibern und Nachfragern nach dem TAL in Konkurrenz zu treten und Wettbewerbsdruck auf diese auszuüben. Diese ISP können daher einzig – im Rahmen des durch die Vorleistungspreise festgelegten Preisniveaus – untereinander in Wettbewerb treten.

370. Grundsätzlich kann daher davon ausgegangen werden, dass mindestens die drei Anbieter mit dem grössten Marktanteil: Swisscom, UPC-Cablecom und Sunrise, miteinander in Wettbewerb treten können. Diese drei Anbieter vereinen auf dem Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich die nachfolgenden Marktanteile auf sich:

¹⁵⁵ ISP sind dann nicht auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen, wenn sie bestimmte Geschäftskunden selbst mit Glasfaserleitungen erschliessen und so über eine eigene Netzwerkinfrastruktur zu diesen Geschäftskunden verfügen.

Internet Service Provider	Marktanteil 2007	Marktanteil 2008	Marktanteil 2009
Swisscom	49.3 %	51.9 %	53.9 %
Cablecom	19.3 %	19.0 %	17.9 %
Sunrise	9.8 %	9.2 %	10.0 %

Tabelle 12: Marktanteil ISP im Endkundenmarkt für Private¹⁵⁶

371. Der Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich ist (noch) ein Wachstumsmarkt, der aber beinahe gesättigt ist. Trotz nach wie vor positiver Wachstumszahlen (von 2008 auf 2009 betrug das Marktwachstum ca. 7.2 %¹⁵⁷) hatte insbesondere UPC-Cablecom mit einem Marktanteilsverlust zu kämpfen, da die Anzahl ihrer Privatkunden im Jahr 2009 annähernd konstant geblieben ist.

372. Die Wettbewerbssituation auf dem Breitbandinternetmarkt wurde im Rahmen der Untersuchung Preispolitik ADSL untersucht. Dabei kam die WEKO zu dem Schluss, dass bis Ende 2007 nur ein geringer Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber und insbesondere von UPC-Cablecom bestanden habe. Die WEKO begründete diese Einschätzung mit abnehmenden Marktanteilen von UPC-Cablecom, deren unzuverlässigem Internetangebot und den hohen Wechselkosten im Breitbandinternetmarkt. Entsprechend folgte die WEKO, dass der Einfluss des Endkundenmarktes auf den relevanten Wholesale-Markt gering ist.¹⁵⁸

373. Gemäss einer im Auftrag des BAKOM durchgeführten Studie über den Internetanschluss und dessen Nutzung in der Schweiz sehen die Internetnutzer die wahrgenommene Qualität des Dienstes (92 % der Haushalte) sowie den Kundensupport und die Klarheit der Informationen (90 % der Haushalte) als wichtigste Kriterien für die Wahl der Anbieterin an.¹⁵⁹ Erst an dritter Stelle kommt der Preis (89 % der Haushalte). 46 % der Haushalte nutzen eine mittlere Zugangsgeschwindigkeit von 2'001 bis 10'000 kbit/s.

374. Zudem ergab die Studie, dass in der Schweiz eine sehr grosse Kundentreue besteht, was sich insbesondere darin zeigt, dass 65 % der Haushalte angaben, die Anbieterin noch nie gewechselt zu haben, seit sie über einen Internetanschluss verfügen. Die Studie fand weiter, dass derselbe Prozentsatz fast nie die verfügbaren Marktangebote verglichen hat.¹⁶⁰

375. Dies ist ein entscheidender Hinweis auf die Existenz von Wechselkosten, die die Wettbewerbsdynamik im Breitbandinternetmarkt prägen.¹⁶¹ Wechselkosten fallen insbesondere beim Endkunden an. Diese müssen beispielsweise neue Hardware beziehen, alte Verträge innerhalb gegebener Fristen kündigen, Unterbrüche in Kauf nehmen, E-Mail-Konten migrieren sowie sich an das neue Produkt gewöhnen. Wechselkosten haben einen direkten Einfluss auf die Angebotsdynamik der FDA, sofern sie keine Preisdifferenzierung zwischen Neu- und Altkunden vornehmen können. In einem solchen Fall bewirkt eine Preissenkung, um Neukunden anzulocken, gleichzeitig eine Umsatzeinbusse auf dem alten Kundenstamm. Nachdem eine FDA beispielsweise eine Kundenbasis dank hoher Wechselkosten an sich binden konnte, lohnt es sich unter Umständen, eher von diesem Kundenstamm einen um die Wechselkosten überhöhten Preis zu verlangen, als weiterhin aktiv Neukunden zu gewinnen.

376. Für eine detaillierte Analyse der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich ab 2008 kann dieser in drei Teilssegmente unterteilt werden. Nachfolgend wird die Wettbewerbssituation zwischen den drei wichtigsten Marktteilnehmern im mittleren und hohen Preissegment untersucht, wobei die Teilssegmente nicht unabhängig voneinander betrachtet werden.

Tiefes Preissegment

377. Das untere Preissegment ist für die vorliegende Fragestellung von geringer Bedeutung, zumal diese Internetprodukte meist an andere Produkte wie Festnetztelefonie gekoppelt sind. Aus Abbildung 3 wird ersichtlich, dass Swisscom auch im unteren Preissegment ihren Marktanteil konstant ausbauen konnte. Trotz aktueller Konkurrenz hat Swisscom in diesem Marktsegment eine dominante Position.

Abbildung 3: Entwicklung Anteil Kunden im tiefen Preissegment seit Januar 2006

¹⁵⁶ Fernmeldebericht 2009 (Fn 78), 37.

¹⁵⁷ Fernmeldebericht 2009 (Fn 78), 36.

¹⁵⁸ RPW 2010/1, 134 ff Rz 124 ff, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

¹⁵⁹ Fernmeldebericht 2009 (Fn 78), 21.

¹⁶⁰ Fernmeldebericht 2009 (Fn 78), 21.

¹⁶¹ Die nachfolgenden Ausführungen beruhen insbesondere auf: JOSEPH FARRELL/PAUL KLEMPERER, *Coordination and Lock-in: Competition with switching Costs and Network Effects*, Handbook of industrial Organization, Volume 3, 2007, 1967-2070.

Mittleres Preissegment

378. Das mittlere Preissegment umfasst heute ungefähr Angebote zwischen CHF 30.– und CHF 60.– für den Breitbandinternetanschluss, wobei bei allen drei Anbietern das Preissegment, welches einen Preis zwischen CHF 40.– und CHF 50.– aufweist, die meisten Endkunden auf sich vereint. Seit 2004 waren die Preise praktisch unverändert geblieben, wobei es kaum Preisunterschiede zwischen den verschiedenen Anbietern gab.¹⁶² Im Dezember 2007 verzeichnete Swisscom im kundenstärksten Abonnement für CHF 49.– [...] Endkunden. Diese bezogen 3.5 Mbit/s Download- und 0.3 Mbit/s Uploadrate. Auf dem gleichen Profil zum gleichen Preis vereinte Sunrise [...] Endkunden. Mit CHF 45.– bot Cablecom ihr kundenstärkstes Abonnement etwas günstiger (bei gleicher Bandbreite) an. UPC-Cablecom bediente mit diesem Profil [...] Endkunden. Swisscom verkaufte dieses Profil auch als Vorleistung zu CHF 31.20 an andere FDA, die damit insgesamt [...] Endkundenverträge abschlossen.

379. Zum 1. Januar 2008 senkte Swisscom die BBCS-Preise. Statt die Preissenkung den Endkunden weiterzugeben erhöhte beispielsweise Sunrise im Profil für CHF 49.– die Bandbreiten auf 5 Mbit/s Download und 0.5 Mbit/s Upload, anstatt die bisherige Bandbreite CHF 3.20 billiger anzubieten. Für die neue Bandbreite musste Sunrise allerdings ein Vorleistungsprodukt einkaufen, das mit CHF 34.– etwas teurer als das ursprüngliche Vorleistungsprodukt war (Tabelle 13, Nr. 1).

380. Zum 1. März 2008 änderte Sunrise ihre Tarifstruktur komplett. Von nun an verfolgte Sunrise in den Städten eine Entbündelungsstrategie. Die herkömmlichen Angebote auf der Basis von BBCS verkaufte Sunrise nur noch in weniger dicht besiedelten Gebieten, in denen sich die Entbündelung nicht lohnte. Auf der Basis des TAL bot Sunrise von nun an zwei Profile im mittleren Preissegment an: für CHF 59.– konnten die Endkunden 5 Mbit/s Download- und 0.5 Mbit/s Uploadrate beziehen und für CHF 79.– 15 Mbit/s Download- und 1 Mbit/s Uploadrate an. Diese Angebote wurden im Bündel mit Festnetztelefonie angeboten. Zudem entfiel für die Endkunden die monatliche Gebühr für den Telefonanschluss von CHF 25.35.¹⁶³ Als vergleichbare Preise müssten folglich CHF 34.– und CHF 54.– herangezogen werden (Tabelle 13, Nr. 2).

381. Ebenfalls zum 1. März 2008 erhöhte UPC-Cablecom die Bandbreite im Profil für CHF 45.– auf 5 Mbit/s Download- und 0.5 Mbit/s Uploadrate, im Profil für CHF 60.– pro Monat auf 6 Mbit/s Download- und 0.6 Mbit/s Uploadrate sowie im Profil für CHF 65.– pro Monat auf 15 Mbit/s Download- und 1.5 Mbit/s Uploadrate (Tabelle 13, Nr. 2).¹⁶⁴

382. Swisscom reagierte zum 1. Juli 2008 auf den Umbau der Tarifstruktur durch Sunrise und UPC-Cablecom mit einer Erhöhung der Bandbreite eine 5 Mbit/s Download- und 0.5 Mbit/s Uploadrate zu einem unveränderten Preis von CHF 49.– pro Monat für das DSL Standard Angebot und führte ein zusätzliches Profil mit einer 1 Mbit/s Download- und 0.1 Mbit/s Uploadrate zum Preis von CHF 34.– pro Monat ein. Dies führte dazu, dass ein Teil der Kunden von Swisscom auf dieses Profil wechselte (Tabelle 13, Nr. 4).¹⁶⁵

383. Zum 1. Dezember 2008 kaufte Sunrise Tele2. Gleichzeitig übernahm Sunrise das von Tele2 angebotene Profil mit einer 5 Mbit/s Download- und 1 Mbit/s Uploadrate zum Preis von CHF 44.– pro Monat, liess dieses Angebot allerdings in der Folge auslaufen (Tabelle 13, Nr. 6).

384. Anfang 2009 führte UPC-Cablecom ein neues Profil mit einer 10 Mbit/s Download- und 1 Mbit/s Uploadrate zu einem Preis von CHF 49.– pro Monat ein, was zu einem Wechsel eines Teils der Kunden vom Profil zum Preis von CHF 45.– pro Monat auf diese bewirkte, so dass UPC-Cablecom damit für einen Teil dieser Kunden eine Preiserhöhung durchsetzen konnte (Tabelle 13, Nr. 7).¹⁶⁶ Gleichzeitig erhöhte UPC-Cablecom die Bandbreite im Profil für CHF 60.– pro Monat auf eine 12 Mbit/s Download- und 1.2 Mbit/s Uploadrate.

385. Zum 1. September 2009 änderte UPC-Cablecom daher das Profil für CHF 60.– pro Monat auf eine 20 Mbit/s Download- und 1.2 Mbit/s Uploadrate und führte ein neues Profil zum Preis von CHF 59.– mit einer 10 Mbit/s Download- und 5 Mbit/s Upload-Rate ein, welches allerdings im Markt kaum Anklang fand und Ende April 2010 wieder eingestellt wurde (Tabelle 13, Nr. 8). Zudem lancierte UPC-Cablecom Ende Oktober 2009 Bündelangebote, mit welchen Kunden bei Bezug von Internet, Telefonie und Fernsehen nur für zwei Services bezahlen müssen (Tabelle 13, Nr. 9).¹⁶⁷

386. Zum 17. Februar 2010 führte Sunrise ein weiteres Bündelangebot ein, womit dem Endkunden ein Bündel bei Sunrise bestehend aus Festnetzflatrate und Breitbandinternetflatrate für CHF 115.– pro Monat angeboten werden. Zudem besteht die Möglichkeit dieses Angebot mit Mobilfunkangeboten zu verbinden (Tabelle 13, Nr. 10).¹⁶⁸

387. Zum 1. Mai 2010 löste UPC-Cablecom das Profil zum Preis von CHF 55.– durch ein Profil zum Preis von CHF 50.– mit einer 25 Mbit/s Download- und 2 Mbit/s Uploadrate ab und führte ein neues Profil zum Preis von CHF 60.– mit einer 50 Mbit/s Download- und 5 Mbit/s Uploadrate ein (Tabelle 13, Nr. 11).¹⁶⁹ Zudem erhöhte UPC-Cablecom zum 1. Dezember 2010 beim Profil zum Preis von CHF 45.– die Bandbreite auf eine 10 Mbit/s Download- und 1 Mbit/s Uploadrate (Tabelle 13, Nr. 12).

¹⁶² Kosten der Breitbanddienste (DSL und Kabelmodem): Vergleich und Entwicklung – Resultate (2006-2007), BAKOM, Biel, November 2007, 3.

¹⁶³ Bei den Angeboten von UPC-Cablecom ist ähnlich die Kabelanschlussgebühr von CHF 25.05 zu berücksichtigen.

¹⁶⁴ Medienmitteilung UPC-Cablecom vom 12. Februar 2008, abrufbar unter: <http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media.htm>.

¹⁶⁵ Medienmitteilung Swisscom vom 5. Mai 2008, abrufbar unter: <http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases.html>.

¹⁶⁶ Medienmitteilung UPC-Cablecom vom 5. Januar 2009, abrufbar unter: <http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases.html>.

¹⁶⁷ Medienmitteilung UPC-Cablecom vom 26. Oktober 2009, abrufbar unter: <http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media.htm>.

¹⁶⁸ Medienmitteilung Sunrise vom 17. Februar 2010, abrufbar unter: http://www1.sunrise.ch/Medienmitteilungen-cb5FbAqFl.u3EAAAEsz2wTZ33e-Sunrise-Info-Site-WFS-de_CH-CHF.html.

¹⁶⁹ Medienmitteilung UPC-Cablecom vom 31. März 2010, abrufbar unter: <http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media.htm>.

Nr.	Datum	Ereignis	Anzahl Kunden			
			Cablecom	Sunrise	Swisscom	Gesamt
1	1.1.2008	Breitbandanpassung Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]
2	1.3.2008	Änderung Tarifstruktur Sunrise, Breitbandanpassung Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
3	1.5.2008	Neues Profil Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]
4	1.7.2008	Preisanpassung Swisscom	[...]	[...]	[...]	[...]
5	1.11.2008		[...]	[...]	[...]	[...]
6	1.12.2008	Sunrise kauft Tele2	[...]	[...]	[...]	[...]
7	1.1.2009	Neues Profil UPC-Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
8	1.9.2009	Neues Profil und Breitbandanpassung UPC-Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
9	1.11.2009	Bündelangebote UPC-Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
10	17.2.2010	Bündelangebot Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]
11	1.5.2010	Anpassung Preis und Bandbreite UPC-Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
12	1.12.2010	Erhöhung Bandbreite UPC-Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 13: Marktentwicklung im mittleren Preissegment

388. Die Marktanteilsanalyse zeigt, dass sich der Markt bis ca. Januar 2010 in einer Wachstumsphase befand und seither stagniert bzw. leicht zurückgeht. In diesem Marktsegment boten Sunrise und Swisscom lange Zeit zu gleichen Preisen an.

389. Erst mit der Änderung der Tarifstruktur im März 2008, welche vorwiegend auf die Einführung des ent-

bündelten Teilnehmeranschlusses zurückzuführen ist, und der damit einhergehenden Einführung der Bündelangebote sowie der nicht separaten Berechnung des Telefonanschlusses, differenzierte sich Sunrise von den Angeboten von Swisscom. Als Reaktion hierauf änderte Swisscom ebenfalls ihre Preisstruktur und konnte sich so einem möglichen Wettbewerbsdruck von Sunrise entziehen.



Abbildung 4: Entwicklung Anteil Kunden im mittleren Preissegment seit Januar 2006

390. Durch die Bündelangebote übte Sunrise allerdings Wettbewerbsdruck auf UPC-Cablecom aus, die im Zeitraum zwischen Mai 2008 und September 2009 knapp 5 % ihrer Kunden verlor, während sich der Markt noch in einer Wachstumsphase befand. Erst durch die Preis- und Breitbandanpassungen konnte UPC-Cablecom den negativen Trend in diesem Marktsegment für sich umkehren (vgl. [...]).

Hohes Preissegment

391. Das hohe Preissegment beginnt bei etwa CHF 60.– und umfasst insbesondere Premium-Angebote der verschiedenen Anbieter. Für den Vergleich der verschiedenen Breitbandinternetabonnenten ergibt sich allerdings das Problem, dass diese meist im Bündel (beispielsweise mit Digital-TV oder Mobilfunk) sowie komplementären Zusatzleistungen angeboten werden.

392. Zum November 2007 senkte Swisscom den Preis für das Profil für CHF 69.– pro Monat auf CHF 59.– pro Monat. Zudem senkte Swisscom den Preis für das Profil für CHF 89.– pro Monat auf CHF 69.– pro Monat und hob gleichzeitig die Bandbreite an auf 20 Mbit/s Download- und 1 Mbit/s Uploadrate an (Tabelle 14, Nr. 1). Zudem konnten Swisscom-Kunden ab 1. März 2008 unbegrenzt ins Schweizer Festnetz telefonieren.¹⁷⁰

393. UPC-Cablecom bot zu diesem Zeitpunkt ein Profil mit 10 Mbit/s Download- und 1 Mbit/s Upload-Rate. Im März 2008 reagierte UPC-Cablecom auf die Bandbreitenerhöhung von Swisscom mit einer Erhöhung der Bandbreite auf 15 Download- und 1.5 Mbit/s Upload-Rate. Zudem wurde das Premium-Angebot für CHF 75.– pro Monat auf eine 25 Mbit/s Download- und 2.5 Mbit/s Uploadrate aufgewertet der Verkauf des Profils für CHF 95.– pro Monat eingestellt (Tabelle 14, Nr. 3).

394. Zum Januar 2008 überführte Sunrise sämtliche Endkunden in diesem Preissegment in das mittlere Preissegment und stellte das Profil für CHF 69.– ein (Tabelle 14, Nr. 2).

395. Zum September 2009 lancierte UPC-Cablecom ihre «Fiber Power»-Profile, die vorerst allerdings aufgrund der regionalen Priorisierung des Wechsels auf Docsis 3.0 erst in den Regionen Zürich, Bern und Winterthur verfügbar waren. (Tabelle 14, Nr. 4). Das erste Profil wurde für CHF 85.– pro Monat mit 50 Mbit/s Download- und 5 Mbit/s Uploadrate und das zweite für CHF 95.– pro Monat mit 100 Mbit/s Download- und 7 Mbit/s Uploadrate angeboten.¹⁷¹ Bereits einen Monat später bot UPC-Cablecom Bündelangebote von Internet, Festnetztelefonie und dem Digitalfernsehen an. Zum Mai 2010 senkte UPC-Cablecom die Preise für beide Profile auf CHF 60.– und CHF 85.– (Tabelle 14, Nr. 6).

396. Ende November 2009 führte Swisscom mit dem Produkt «casa trio» ebenfalls ein Kombiangebot ein. Dies erlaubte die Kombination des Premium-Profiles (20 Mbit/s Download- und 1 Mbit/s Uploadrate) mit dem Telefonanschluss und Swisscom TV. Dadurch erhielten die Endkunden insgesamt einen Preisvorteil von CHF 12.25 pro Monat gegenüber den Einzelpreisen (Tabelle 14, Nr. 5).¹⁷² Damit gelang es Swisscom, zusätzliche Kunden im hohen Preissegment zu gewinnen, obwohl UPC-Cablecom bereits höhere Bandbreiten anbieten konnte.

397. Zum November 2010 führte Swisscom zum Preis von CHF 99.– ein Bündelangebot mit Swisscom TV, Voice und 10 Mbit/s Download- und 1 Mbit/s Upload Rate ein (Tabelle 14, Nr. 7).¹⁷³ Swisscom führte die Bündelstrategie auch im folgenden Jahr konsequent weiter. Zum August 2011 lancierte Swisscom neue Angebote, die neben Festnetztelefonie, Breitbandinternet und Digitalfernsehen auch noch Mobilfunktelefonie enthielten.

398. Im April 2011 erhöhte UPC-Cablecom die Bandbreite für praktisch alle Profile, wobei sie die Kunden aus dem Profil mit 50 Mbit/s Download- und 5 Mbit/s Uploadrate auf das höhere Profil mit 100 Mbit/s Download- und 7 Mbit/s Uploadrate migrierte, das neu für CHF 75.– angeboten wurde.

¹⁷⁰ Medienmitteilung Swisscom vom 1. Februar 2008, abrufbar unter: <http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases.html>.

¹⁷¹ Medienmitteilung UPC-Cablecom vom 1. September 2009, abrufbar unter: <http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media.htm>.

¹⁷² Medienmitteilung Swisscom vom 27. November 2009, abrufbar unter: <http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases.html>.

¹⁷³ Medienmitteilung Swisscom vom 15. November 2010, abrufbar unter: <http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases.html>.

Nr.	Datum	Ereignis	Anzahl Kunden			
			Cablecom	Sunrise	Swisscom	Gesamt
1	1.11.2007	Preis und Breitbandanpassung Swisscom und Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]
2	1.1.2008	Tarifänderung Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]
3	1.3.2008	Erhöhung Bandbreite UPC-Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
4	1.9.2009	Neue Profile UPC-Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
5	1.12.2009	Bündelangebote Swisscom	[...]	[...]	[...]	[...]
6	1.5.2010	Preissenkung UPC-Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
7	1.11.2010	Neue Bündelangebote von Swisscom	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 14: Marktentwicklung im hohen Preissegment

399. Die Marktanalyse zeigt, dass das hohe Preissegment sehr volatil war und zu bestimmten Phasen einzelne Kunden bereit waren für höhere Bandbreiten einen höheren Preis zu bezahlen. Dennoch zeigt die Marktanalyse, dass die Kunden von diesem Segment nach und nach wieder zu günstigeren Profilen gewechselt haben. Namentlich dann, wenn die Bandbreiten in den

tieferen Segmenten erhöht wurden. Oft haben die ISP dann einzelne Profile auslaufen lassen und diese in Profile im mittleren Preissegment überführt, um dann wieder mit einem neuen Hochpreisprofil in den Markt einzutreten. Sunrise migrierte mit der Einführung des TAL sämtliche Endkunden in das mittlere Preissegment.



Abbildung 5: Entwicklung Anteil Kunden im hohen Preissegment seit Januar 2006

400. Die Analyse zeigt auch, dass in diesem Marktsegment von UPC-Cablecom wenig Wettbewerbsdruck ausging. Zwar konnte UPC-Cablecom durch die massive Erhöhung der Bandbreite und gleichzeitiger Senkung der Preise neue Kunden in diesem Segment hinzugewinnen. Allerdings bleiben die Zugewinne von UPC-Cablecom hinter denen von Swisscom zurück, so dass UPC-Cablecom trotz Zugewinnen leicht an Marktanteil verliert.

Auffällig ist, dass Swisscom im mittleren Preissegment leicht an Marktanteilen verliert, während sie im hohen Preissegment massiv an Kunden zugewinnt. Dies ist auf eine Verschiebung der Kunden vom mittleren Preissegment zum hohen Preissegment zurückzuführen. Der Knick in der Kurve der Kundenzahl im November 2009 fällt mit der Einführung des Bündelangebotes zusammen (Abbildung 6).

Abbildung 6: Anzahl Kunden im Profil mit 20 Mbit/s Download- und 1 Mbit/s Upload-Rate

Fazit

401. Es waren drei Trends zu beobachten: [...] ; alle drei Anbieter operieren mit ihren leistungsstärksten Profilen an der Kapazitätsgrenze der Technologie; trotz teilweise höherer Bandbreiten und/oder tieferen Preisen gelang es den Konkurrenten nicht, Marktanteile gegenüber Swisscom zu gewinnen.

402. Bezüglich der Preisentwicklung verzeichnet die jährlich vom BAKOM durchgeführte Analyse der Kosten der Breitbanddienste (DSL und Kabelmodem) 2008 eine Preissenkung nach der Einführung des TAL.¹⁷⁴ Anschliessend stagnierten die Preise wiederum, wobei die Kostenanalyse die ab 2009 stark nachgefragten Bündelangebote bzw. das daraus resultierende Sparpotential nicht berücksichtigt.

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Reale Preise	179.38	156.27	156.58	109.01	109.01	109.18	109.74	105.60	99.92	100

Tabelle 15: Entwicklung der Kostenindizes der Breitbanddienste für Nutzer mit mittlerem Bedarf (100 = 2010)¹⁷⁵

403. Im Vergleich zu der Stagnation bis Ende 2007, als nur geringer Wettbewerbsdruck im Markt für Breitbandinternet bestand¹⁷⁶, kann man insbesondere zwei Veränderungen hervorheben. Mit der Entbündelung des TAL auf dem Kupferdoppeladernetz steht nun ein Vorleistungsprodukt zu regulierten Bedingungen zur Verfügung. Insbesondere Sunrise und VTX konnten im mittleren Preissegment auf der Basis des TAL eine ziemlich aggressive Preispolitik verfolgen, die nach Jahren der Stagnation zu neuer Wettbewerbsdynamik im Breitbandinternet-Markt führte.¹⁷⁷ Beide Anbieter geben allerdings an, abgesehen von einzelnen Ausnahmen nicht mehr in die Entbündelung zu investieren.¹⁷⁸ Damit wird auch deutlich, dass sobald die Endkundennachfrage nach Bandbreite dereinst nicht mehr durch den reinen Kupferanschluss gedeckt werden kann, eine allenfalls disziplinierende Wirkung der vom TAL ausgehenden Wettbewerbsdynamik wegfällt. Dies ist bei den leistungsstärksten Angeboten, die auch Fernsehen und mehrere Telefonanschlüsse beinhalten schon heute teilweise der Fall.¹⁷⁹ Sunrise kann mit dem TAL zur Zeit kaum noch höhere Bandbreiten anbieten. Gemäss BAKOM hat Sunrise im Segment mit mittlerem Nutzungsbedarf zwar eines der billigsten Angebote (Indexwert von 72.89)¹⁸⁰, Sunrise konnte allerdings im oberen Segment keine Marktanteile hinzugewinnen. Zudem kann Sunrise bei den aktuellen Erhöhungen der Bandbreiten durch UPC-Cablecom und Swisscom nicht mithalten und die bestehenden Breitbandprofile mangels Digital TV Angebot nicht bündeln.

404. Eine zweite Veränderung der Wettbewerbssituation ergab sich durch den Ausbau der Kabelnetze auf den DOCSIS 3.0 Standard. UPC-Cablecom hat nach eigenen Angaben bis Anfang 2011 CHF [...] Mia in den Netzausbau investiert.¹⁸¹ Damit besitzen die Kabelnetz-

betreiber nach eigenen Angaben ein Netz, dass dem Kupfernetz von Swisscom (auch in Kombination mit eine VDLS-Glasfaserausbau) in wichtigen Belangen überlegen ist.¹⁸² Seit September 2009 bietet UPC-Cablecom das Produkt «Fibre-Power» an, das auf der DOCSIS 3.0 Technologie basiert.¹⁸³ Seither hat UPC-Cablecom mehrmals die Bandbreiten aggressiv erhöht und Bündelangebote mit Digitalfernsehen und Internettelefonie («triple-play») lanciert. Im letzten Quartal 2010 kam es zu einer weiteren Bandbreitenerhöhung durch UPC-Cablecom, während Swisscom kurz darauf das Triple-Play-Angebot «Vivo Casa» einführte.

405. Swisscom und Cabelcom reagierten in diesem Zeitraum systematisch auf Preis- und Bandbreitenanpassungen. Mit der Bündelung ihres Premium Angebotes gelang es Swisscom, sich dem Wettbewerbsdruck zu entziehen. Die grundsätzliche Möglichkeit im Wettbewerb auf Angebote der Konkurrenten zu reagieren und die sehr hohen Wechselkosten erklären, weshalb die Marktanteile kaum verschoben bzw. Swisscom ihren Marktanteil insbesondere im Premium Segment noch verstärken konnte. Während Sunrise und UPC-Cablecom nur nach und nach Neukunden gewinnen konnten, scheint das Kundenwachstum bei Swisscom nicht von äusseren Einflüssen betroffen zu sein.

¹⁷⁴ Kosten der Breitbanddienste (Fn 162), 5 ff.

¹⁷⁵ Kosten der Breitbanddienste (Fn 162), 7.

¹⁷⁶ Vgl. RPW 2010/1, 134 ff Rz 124 ff, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

¹⁷⁷ Kosten der Breitbanddienste (Fn 162), 4.

¹⁷⁸ Antworten Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 7; Antworten Fragebogen an VTX vom 22. Juni 2011, 4.

¹⁷⁹ Antworten Fragebogen an Sunrise vom 3. Juni 2011, 12.

¹⁸⁰ Kosten der Breitbanddienste (Fn 162), 7.

¹⁸¹ Medienmitteilung UPC-Cablecom vom 14. Februar 2011.

¹⁸² Antworten Fragebogen an UPC-Cablecom vom 8. Juni 2011, 2; Vgl. auch Antworten Fragebogen an Swisscom vom 1. Juni 2011, 5.

¹⁸³ Medienmitteilung UPC-Cablecom vom 1. September 2009.

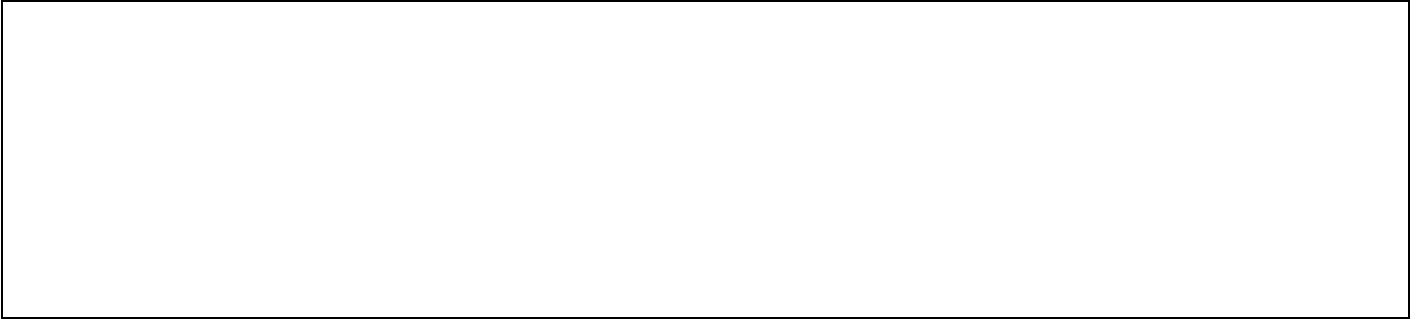


Abbildung 7: Entwicklung der Kundezahlen im Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich seit 2001

406. Auf dem Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich herrscht derzeit eine gewisse Konkurrenz, da neben Swisscom auch UPC-Cablecom als von der Infrastruktur von Swisscom unabhängiger Netzbetreiber im Markt agiert und Sunrise mit dem TAL konkurrenzfähige Angebote im mittleren Preissegment platzieren kann. Diese Marktsituation führte einerseits dazu, dass Swisscom zu einem gewissen Grad auf Preissenkungen und Bandbreitenerhöhungen reagierte. Sunrise und UPC-Cablecom migrierten aufgrund der von ihnen gewählten Strategie insbesondere die eigenen Kunden in tiefere Preissegmente. Dennoch gelang es UPC-Cablecom und Sunrise kaum Wettbewerbsdruck auf Swisscom auszuüben und tatsächlich Kunden abzuwerben bzw. Neukunden zu gewinnen. Damit ist in der Schweiz ein Trend zu beobachten, welcher der durchschnittlichen Entwicklung in der EU zuwiderläuft, indem der historische Anbieter unablässig Marktanteile gewinnt.¹⁸⁴

407. Wie sich diese Wettbewerbssituation in der Zukunft entwickeln wird, ist heute schwer vorauszusagen. Insbesondere, wenn die durchschnittlich nachgefragte Bandbreite nicht mehr über die Kupferkabeltechnologie bedient werden können, fällt der heute noch bestehende Aussenwettbewerb durch die FDA, welche den TAL als reguliertes Vorleistungsprodukt nutzen, weg. Inwiefern UPC-Cablecom durch die Investitionen in DOCSIS 3.0 in der Lage sein wird, dann für zusätzlichen Wettbewerbsdruck auf Swisscom zu sorgen, kann heute noch nicht abgeschätzt werden. Insbesondere vermochte UPC-Cablecom in der Vergangenheit trotz signifikant höherer angebotener Bandbreiten zu Preisen, die zum Teil tiefer waren als die von Swisscom, nichts gegen die dominante Stellung von Swisscom auszurichten. Durch die Erfahrungen in der Vergangenheit ist es daher zumindest fraglich, ob im Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich von UPC-Cablecom tatsächlich Wettbewerbspulse ausgehen werden. Die Entwicklung der Breitbandmärkte vor 2008 hat jedenfalls gezeigt, dass dieser Druck jederzeit nachlassen kann, und sich UPC-Cablecom mangels technologischer Möglichkeiten und aufgrund der hohen Wechselkosten darauf beschränken kann ihre Kunden zu halten.

B.3.3.3.2 Interdependenzen

408. Neben der Disziplinierung, welche im von der Abrede betroffenen Markt durch Wettbewerb stattfindet, kann eine Disziplinierung auch durch indirekte Effekte bewirkt werden, welche von vor- und nachgelagerten

Märkten ausgehen. In den Märkten für Breitbandinternet bestehen verschiedene Interdependenzen, welche bei der Analyse der Wettbewerbsverhältnisse zu beachten sind.

409. Zwischen den einzelnen Märkten für Breitbandinternet bestehen die nachfolgenden Relationen:

¹⁸⁴ Fernmeldebericht 2009 (Fn 78), 16 f.

Markt	Relation	Markt
Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierter Übertragungsgeschwindigkeit	Vorgelagert	Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich
		(Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich)
		Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich
		(Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich)
Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserkabelbasierter Übertragungsgeschwindigkeit	Vorgelagert	Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich
		Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich
		Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich
		Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich
Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich	Vorgelagert	Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich
Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich	Vorgelagert	Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich

Tabelle 16: Verhältnisse der Märkte untereinander

Graphisch können die Verhältnisse der einzelnen Märkte, wie in Abbildung 8 aufgezeigt, dargestellt werden.

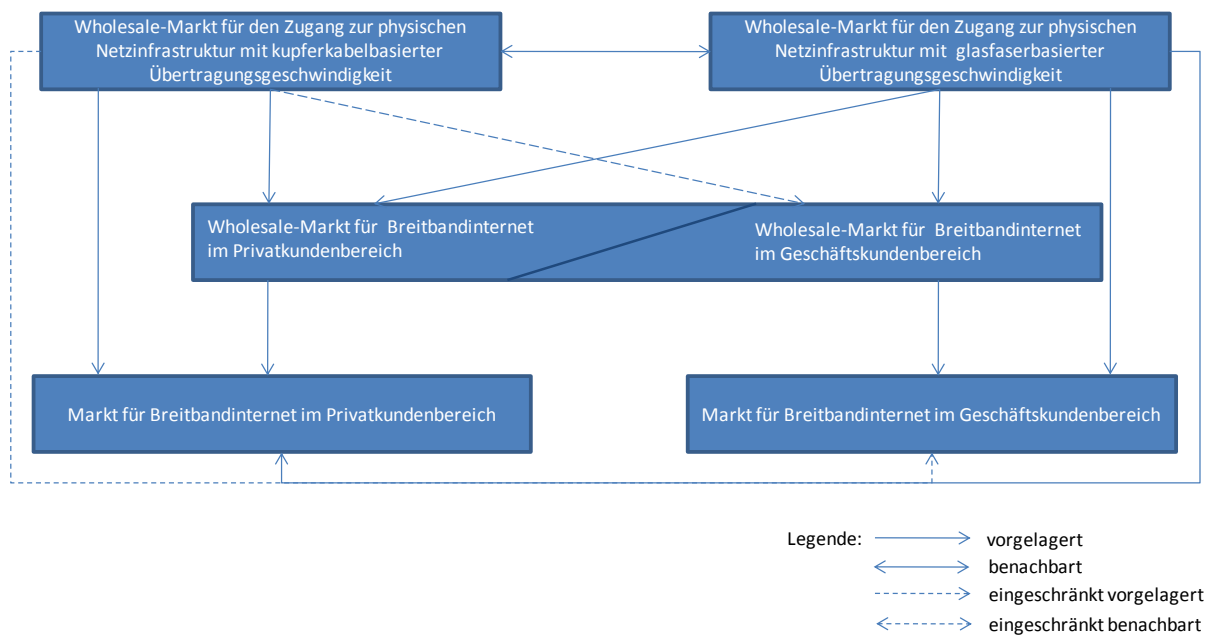


Abbildung 8: Verhältnisse der Märkte untereinander

410. Um die Wettbewerbssituation in den einzelnen Märkten beurteilen zu können, müssen die Einflüsse der jeweiligen benachbarten, vor- und nachgelagerten Märkte berücksichtigt werden, da auch von benachbarten sowie vor- und nachgelagerten Märkten durch indirekte Einschränkungen der Handlungsmöglichkeiten der Marktteilnehmer auf dem untersuchten Markt eine disziplinierende Wirkung ausgehen kann.¹⁸⁵ Um die möglichen gegenseitigen Disziplinierungen zwischen den einzelnen Marktstufen zu untersuchen, ist es notwendig das Zusammenwirken der Marktstufen darzustellen.

B.3.3.3.3 Auswirkungen des Endkundenmarktes für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich auf die Wholesale-Märkte

411. Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet sind verschiedene ISP tätig. Als einziger integrierter Anbieter tritt heute Swisscom auf dem Markt für Breitbandinternet auf. Alle weiteren Anbieter von Breitbandinternetdienstleistungen im Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich sind auf Vorleistungsebene von Swisscom abhängig, so dass im Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich zwischen dem integrierten Anbieter Swisscom und den ISP wenig Wettbewerb herrscht (vgl. Kap. B.3.3.3.3.1.a). Lediglich bei vereinzelt Grossprojekten, bei welchen es sich für einen ISP lohnt die Kunden mit einer eigenen Glasfasernetzwerkinfrastruktur zu erschliessen, kann es zu einem gewissen Infrastrukturwettbewerb kommen.

412. Die Marktgegenseite ist daher grundsätzlich zwingend auf die Dienstleistungen von Swisscom angewiesen, da verschiedene Standorte miteinander verbunden werden müssen. Die ISP haben daher beschränkte Möglichkeiten eine disziplinierende Wirkung auf die Anbieterseite auszuüben.

413. Aus diesen Gründen kann vom Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich kein Wettbewerbsdruck auf die verschiedenen vorgelagerten Märkte ausgeübt werden.

B.3.3.3.4 Auswirkungen des Endkundenmarktes für Breitbandinternet im Privatkundenbereich auf die Wholesale-Märkte

414. Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich können ISP aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Vorleistungsprodukte auf dem Endkundenmarkt Breitbandinternetzugänge anbieten.

¹⁸⁵ ROMAN Inderst/TOMMASO VALLETTI, A Tale of Two Constraints: Assessing Market Power in Wholesale Markets, 10 f., abrufbar unter: www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/inderst/Competition_Policy/A_Tale_of_two_Constraints_07.pdf, (11.7.2011).

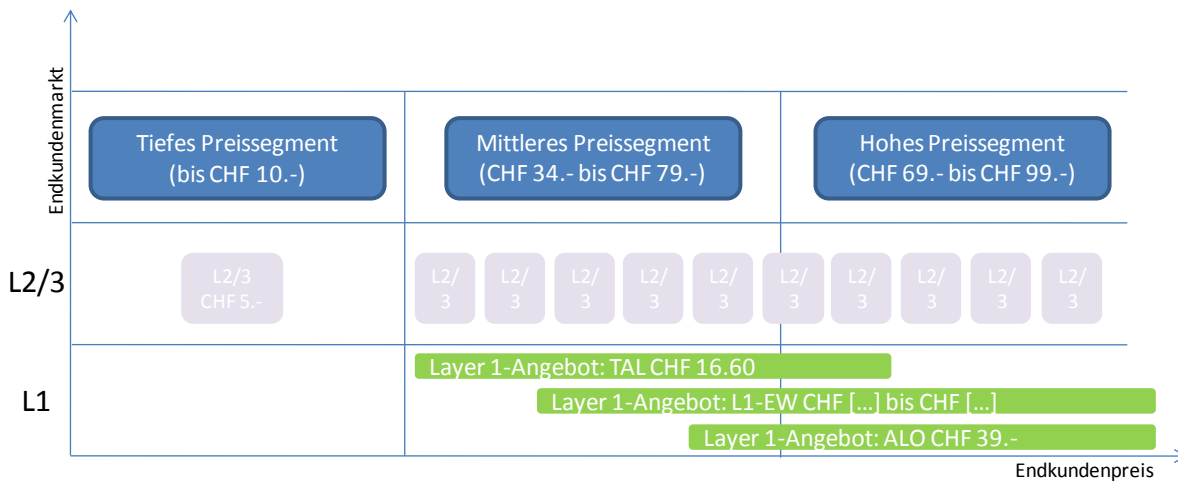


Abbildung 9: Zusammenspiel der Marktstufen

415. Je nach Art des genutzten Vorleistungsprodukts verbleiben den ISP entsprechende Margen, welche zur Deckung ihrer Kosten und zur Erzielung von entsprechenden Gewinnen notwendig sind. Da auf Layer 2 und 3 der Wholesale-Anbieter für die Flusskontrolle zuständig ist (vgl. Rz 235), kann er die für die Angebote auf dem Endkundenmarkt entscheidenden Angebotsprofile

von Upload- und Downloadgeschwindigkeiten bestimmen und somit verschiedene Profile zu unterschiedlichen Vorleistungspreisen zur Verfügung stellen.

416. So bot Swisscom beispielsweise für ISP die nachfolgenden Profile für den Privatkundenbereich ab dem 1. Januar 2009 an:¹⁸⁶

Download	Upload	Art ¹⁸⁷	Preis	Endkundenpreis Sunrise	Marge Sunrise
300	100	Shared	[...]	9.90	[...]
5000	500	Shared	[...]	49.–	[...]
5000	500	Naked	[...]	59.–	[...]

Tabelle 17: L2-Preise SCS und Margen Sunrise auf Basis BCS

417. Wie in Tabelle 17: L2-Preise SCS und Margen Sunrise aufgezeigt, kann Sunrise im mittleren Preissegment (Preise Sunrise zwischen CHF 49.– und CHF 59.–) mit den von Swisscom angebotenen Vorleistungsprodukten Margen von CHF 21.– bzw. CHF 22.– erzielen. Im Tiefpreissegment bleibt die Marge von Sunrise auf CHF 4.90 beschränkt. Somit sind die Möglichkeiten von Sunrise, im Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich durch die Preise der Vorleistungsprodukte Wettbewerbsdruck auszuüben, beschränkt.

418. Demgegenüber bezahlte im Jahr 2011 Sunrise für die Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung pro Monat CHF 16.60, so dass sich die nachfolgenden Margen für Sunrise ergaben:¹⁸⁸

¹⁸⁶ Price Manual Broadband Connectivity Service (BCS), Version 1-2, gültig ab 01.05.2011.

¹⁸⁷ Bei der Nutzungsart Shared wird der Telefonanschluss gleichzeitig von Swisscom für Voice-Dienstleistungen und dem ISP für Internetdienstleistungen benutzt. Bei der Nutzungsart Naked nutzt der ISP den Telefonanschluss sowohl für Voice- als auch für Internetdienstleistungen.

¹⁸⁸ Handbuch Preise: Teilnehmeranschluss, 3, abrufbar unter: <http://www.swisscom.com/ws/products/FMGProdukte/Teilnehmeranschlussleitung+TAL/index.htm> (22.08.2011).

Download	Upload	Art ¹⁸⁹	Preis	Endkundenpreis Sunrise	Marge Sunrise
500	100	Naked	16.60	34	17.4
5000	500			59	42.4
15000	1000			79	62.4

Tabelle 18: L2-Preise SCS und Margen Sunrise auf Basis TAL

419. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass Sunrise zur Nutzung des TAL die entsprechenden Anschlusszentralen von Swisscom entbündeln muss. Bei einem derzeitigen TAL-Preis von CHF 16.60 geht Sunrise davon aus, dass die Entbündelung einer Anschlusszentrale erst wirtschaftlich ist, wenn [...] Kunden durchschnittlich [...] Jahre lang ein Breitbandinternetangebot von Sunrise beziehen.¹⁹⁰ Wenn zusätzliche Dienstleistungen von Swisscom genutzt werden müssen, kann sich die Zahl schnell auf [...] notwendige Kunden erhöhen.

420. Es stellt sich daher die Frage, ob die derzeitige Konkurrenzsituation auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet ausreicht, um auf den Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten und auf diejenigen Profile auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich, welche nicht mit der Kupferkabeltechnologie bereitgestellt werden können, eine disziplinierende Wirkung entfalten zu können. Die Wirksamkeit solcher indirekten Effekte hängt stark von der Wettbewerbsintensität sowie der Produktdifferenzierung auf Endkundenstufe ab, die wiederum eine Funktion verschiedener Faktoren wie Wechselkosten und Verbundeffekten sind.

Auswirkungen auf den Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich

421. Auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich werden verschiedene Profile zu unterschiedlichen Preisen angeboten. Hierdurch können die Anbieter auf diesem Markt eine Preisdifferenzierungsstrategie umsetzen. Würde sich beispielsweise der Wettbewerbsdruck in einem Preissegment im Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich erhöhen, so könnte dem durch eine Preisanpassung des dazugehörigen Profils auf dem Vorleistungsmarkt entgegnet werden, ohne eine Preisanpassung bei den anderen Profilen durchführen zu müssen. Da die Produktdifferenzierung auf dem Vorleistungsmarkt derjenigen auf dem Endkundenmarkt weitgehend entspricht, müssen die Netzbetreiber, welche auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich tätig sind, jeweils nur die Profile anpassen die tatsächlich vom Wettbewerbsdruck betroffen sind.

422. Es kann daher festgehalten werden, dass die an der Abrede beteiligten Parteien die Möglichkeit haben, eine partielle disziplinierende Wirkung, welche vom Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich aus-

gehen könnte, auf einzelne Profile zu beschränken, während auf andere Profile kein Wettbewerbsdruck ausgeübt wird. Zudem ist der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Kabelinfrastrukturen durch sehr hohe Wechselkosten geprägt, die den allfälligen Wettbewerbsdruck aus dem Endkundenmarkt stark abschwächen.

Auswirkungen auf den Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

423. Auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten ist keine Preisdifferenzierung nach Profilen wie auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich möglich. Bei geringen und mittleren Bandbreiten können die Netzbetreiber einen allfälligen Wettbewerbsdruck mit entsprechenden Layer 2-Angeboten weitgehend abfangen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass sie sich dafür unter Umständen die Eigenleistung des Layer 2-Zugangs unter Kosten anbieten müssen. Dies kann sich lohnen, sofern sie auf diese Weise eine höhere Marge auf Layer 1 erhalten. So bietet das EWZ auf seinem Glasfasernetz beispielsweise ein Profil mit 20 Mbit/s Download- und 2 Mbit/s Uploadrate für CHF [...] (hinzu kommen Kosten für Telefon und Digital TV) an.

424. Es kann daher festgehalten werden, dass der Wettbewerbsdruck aus dem Endkundenmarkt zumindest teilweise durch Produktdifferenzierung abgefangen werden kann. Dadurch wird der ohnehin unsichere Wettbewerb zwischen den verschiedenen Infrastrukturen nochmals abgeschwächt auf den Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten wirken. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet nicht genügend disziplinierend auf den Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten wirkt.

¹⁸⁹ Bei der Nutzungsart Shared wird der Telefonanschluss gleichzeitig von Swisscom für Voice-Dienstleistungen und dem ISP für Internetdienstleistungen benutzt. Bei der Nutzungsart Naked nutzt der ISP den Telefonanschluss sowohl für Voice- als auch für Internetdienstleistungen.

¹⁹⁰ Vgl. Antworten Fragebogen an Sunrise vom 6. Juni 2011, 8.

B.3.3.3.4. Zwischenergebnis

425. Aufgrund der obigen Analyse kann festgehalten werden, dass durch die Abreden Layer 1-Exklusivität, Investitionsschutz, Ausgleichsmechanismus, Umgehungsschutz und Gewinnaufteilung Inhouse eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten nicht ausgeschlossen werden kann.

B.3.4 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkungen

426. Selbst wenn man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – zum Schluss kommen würde, dass sich vorliegend die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegen lässt, zeigt die folgende – summarische – Prüfung, dass die hier zu prüfenden Abreden das Potenzial für eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs haben.

427. Wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, stellt sich die Frage, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG führt. Bei der damit verbundenen Prüfung werden sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien berücksichtigt.¹⁹¹

428. Bei der Beurteilung der quantitativen Elemente wird die Konkurrenzsituation insgesamt geprüft.¹⁹² Die Beurteilung dieser beiden Kriterien erfolgt in der Regel einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung.

429. Selbst wenn die Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) – wie vorliegend – mangels Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsabrede im Sinne ihrer Ziffer 1 nicht direkt anwendbar ist, kann sie bei dieser Beurteilung als Orientierungshilfe dienen.¹⁹³ Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt¹⁹⁴ – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter¹⁹⁵ zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht“ die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).¹⁹⁶

B.3.4.1 Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Layer 1-Exklusivität

430. Durch die Layer 1-Exklusivität beschränkt sich Swisscom selbst Angebote auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten zu lancieren.

B.3.4.1.1 Qualitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

431. Nachfrager nach Layer 1-Produkten haben durch die Abrede über die Layer 1-Exklusivität keine Möglichkeit auf einen anderen Anbieter auszuweichen und sind

daher vollständig auf das Angebot des jeweiligen EVU angewiesen. Ohne die Layer 1-Exklusivität könnten die Nachfrager nach glasfaserbasierten Layer 1-Produkten sowohl mit Swisscom als auch mit den EVU verhandeln. Da die EVU quasi neu in die Vorleistungsmärkte für Breitbandinternet einsteigen, sind diese auf die Gewinnung von Neukunden angewiesen. Mit der Layer 1-Exklusivität wäre daher ihre Verhandlungsmacht zum Nachteil der Nachfrager erheblich gestärkt. Auf diese Weise könnte die Layer 1-Exklusivität den Wettbewerb auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten in qualitativer Hinsicht schwerwiegend beeinträchtigen, was sich bereits durch den Stellenwert des durch die Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters (der Menge) ergibt.

B.3.4.1.2 Quantitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

432. Die Prüfung des quantitativen Elements der Erheblichkeit erfolgt üblicherweise anhand derselben Konzepte wie die Frage, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG widerlegt werden kann; d.h. im Falle von Horizontalabrede anhand des vorhandenen Innen- und Aussenwettbewerbs.

433. Die Layer 1-Exklusivität zwischen den Kooperationspartnern trifft sämtliche Marktteilnehmer im Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten. Aufgrund der fehlenden Angebote von Seiten Swisscom wäre es den Nachfragern nach einem Layer 1-Angebot nicht möglich alternative Offerten einzuholen und so zwischen den beiden Kooperationspartnern Wettbewerbsdruck im Hinblick auf die relevanten Wettbewerbsparameter in diesem Markt zu erzeugen. Zudem vereinigen die Parteien einen Marktanteil von 100 % auf sich.

¹⁹¹ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 173 ff., BGE 129 II 18, 24, E.5.2.1 (=RPW 2002/4, 731), *Buchpreisbindung*. Die Prüfung der qualitativen Elemente umfasst eine Untersuchung der durch die Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter und welchen Stellenwert diese im Wettbewerb einnehmen. Die Lehre geht davon aus, dass wenn von einer Abrede zentrale Wettbewerbsparameter tangiert sind, bereits aufgrund der Qualität der Abrede eine erhebliche Wettbewerbsabrede vorliegen kann. Die jüngere Praxis scheint indes wieder eine minimale quantitative Beeinträchtigung vorauszusetzen. Wird im Rahmen einer Prüfung nach Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung bei einer Preis-, Mengen- oder Gebietsabrede umgestossen, so kann bei der Prüfung nach Art. 5 Abs. 1 KG grundsätzlich auf eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigung geschlossen werden.

¹⁹² BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 175.

¹⁹³ So etwa BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 189; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., 2005, Rz 389.

¹⁹⁴ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

¹⁹⁵ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241, Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

¹⁹⁶ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 230.

434. Auch der Wettbewerbsdruck, welcher über indirekte Effekte vom Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten ausgeübt werden kann, ist in casu gering (vgl. Rz 317 ff.).

435. Aus diesem Grund wäre die durch die Layer 1-Exklusivität bewirkte Wettbewerbsbeschränkung auch in quantitativer Hinsicht als schwerwiegend einzustufen.

B.3.4.1.1.3 Fazit

436. Wie oben dargelegt bestehen Indizien, dass es durch die Layer 1-Exklusivität sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht zu einer schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkung kommen könnte. Aus diesem Grunde könnte die Layer 1-Exklusivität eine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs bewirken.

B.3.4.2 Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch den Investitionsschutz

437. Durch die Investitionsschutzklausel kann insbesondere Swisscom je nach Stadt wählen, [...] sobald sie sich durch die Preisgestaltung der EVU in diesem Markt diskriminiert fühlt.

B.3.4.2.1.1 Qualitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

438. Indem Swisscom einen Mechanismus anrufen kann, der einen direkten Einfluss auf die Angebotspreise der EVU im Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten hat, liegt eine Abrede vor, welche sich auf den Preis, der ein wesentliches Wettbewerbsselement in diesem Markt darstellt, auswirken könnte. Daher ist die Investitionsschutzklausel als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung einzustufen.

B.3.4.2.1.2 Quantitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

439. Die Investitionsschutzklausel zwischen den Kooperationspartnern wirkt sich grundsätzlich auf sämtliche Marktteilnehmer im Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten aus.

440. Die Kooperationspartner vereinigen auf dem relevanten Markt einen gemeinsamen Marktanteil von 100 % auf sich. Damit würde sich die Wettbewerbsbeschränkung quasi auf alle Marktteilnehmer auswirken. Daher wäre die Beeinträchtigung des Wettbewerbs auch in quantitativer Hinsicht als schwerwiegend einzustufen.

B.3.4.2.1.3 Fazit

441. Da der Investitionsschutz sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur bewirken könnte, wäre die Abrede als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung einzustufen.

B.3.4.3 Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch den Ausgleichsmechanismus

442. Durch den Ausgleichsmechanismus verrechnen sich die Parteien gegenseitig Ausgleichszahlungen [...], sobald die festgelegten Nutzungsgrade überschritten werden. Somit können die IRU-Kosten mehrfach verrechnet werden.

B.3.4.3.1. Qualitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

443. Indem sich die Parteien ab Erreichen gewisser [...] Kosten verrechnen, welche sie eigentlich bereits über den [...] abgegolten haben und zu erwarten ist, dass sie diese Preise auf die Marktgegenseite überwälzen, liegt eine Abrede vor, welche sich indirekt auf den Preis, der ein wesentliches Wettbewerbsselement in diesem Markt darstellt, auswirken könnte.

444. Über den Ausgleichsmechanismus können aber auch die bereitgestellten Liefermengen dahingehend beschränkt werden, dass die Kooperationspartner ab Erreichen ihres Nutzungsgrades aufgrund der dann fällig werdenden Ausgleichszahlungen, Dritten keinen Zugang zu weiteren Glasfasern mehr geben, obwohl noch weitere Glasfasern im Netzwerk zur Verfügung stehen (vgl. Kap. B.3.2.2). Im Ausgleichsmechanismus liegt daher auch eine Abrede vor, welche sich auf die bereitgestellte Menge, die ein wesentliches Wettbewerbsselement in diesem Markt darstellt, auswirken könnte.

445. Daher wäre der Ausgleichsmechanismus gegebenenfalls als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung einzustufen.

B.3.4.3.2. Quantitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

446. Die Kooperationspartner vereinigen auf dem relevanten Markt einen gemeinsamen Marktanteil von 100 % auf sich. Da sie sich allerdings die IRU-Preise, welche eigentlich auf Basis der Errichtung des gesamten Netzwerkes berechnet werden, mehrfach (insgesamt bis zu maximal [...]) verrechnen, beeinflussen sie gegenseitig ihre Kosten. Dies hat zur Folge, dass die Kooperationspartner ab Erreichen der vereinbarten Nutzungsgrade nur noch wenig Anreiz haben, gegenseitig in Wettbewerb zu treten (vgl. Rz 213). Durch den Ausgleichsmechanismus sind ausserdem die Möglichkeiten der Kooperationspartner Skalenerträge zu realisieren beschränkt, was dazu führt, dass ihr Preissetzungsspielraum nach unten hin begrenzt ist (vgl. Rz 211). Gleichzeitig kann der Ausgleichsmechanismus für die Marktgegenseite auch dadurch preiserhöhend wirken, dass die durch die Ausgleichszahlungen verursachten Mehrkosten auf die Marktgegenseite überwälzt werden (vgl. Rz 212).

447. Zum Zeitpunkt, an welchem der Ausgleichsmechanismus zur Anwendung kommen wird, kann davon ausgegangen werden, dass für Datenübertragungsdienste nur noch die Glasfasernetzwerktechnologie genutzt werden wird.

Vor diesem Hintergrund wären sämtliche Nachfrager nach Datenübertragungsdiensten, welche nicht mehr mit anderen Technologien erbracht werden können, von dieser Wettbewerbsbeschränkung betroffen.

448. Daher könnte durch den Ausgleichsmechanismus in quantitativer Hinsicht eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur bewirkt werden.

B.3.4.3.3. Fazit

449. Da der Ausgleichsmechanismus sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur bewirken könnte, wäre die Abrede als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung einzustufen.

B.3.4.4 Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch den Umgehungsschutz

450. Durch den Umgehungsschutz vereinbaren die Kooperationsparteien, dass sie Dritten den Zugang zum Glasfasernetz verweigern, wenn das Angebot geeignet ist den Ausgleichsmechanismus und die Investitionsschutzklausel zu umgehen oder die Investitionen in die Glasfasernetzwerkinfrastruktur zu kannibalisieren.

B.3.4.4.1. Qualitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

451. Da durch die Bündelung mehrerer Kunden auf eine Glasfaser die alternativen Anbieter die [...] -Versorgung bereitstellen und damit mit der [...] -Verkabelung der Kooperationspartner in Wettbewerb treten würden, könnte die Verweigerung des Angebots eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs darstellen, indem einzelne Wettbewerber vom Markt ausgeschlossen werden.

452. Daher wäre der Umgehungsschutz gegebenenfalls als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung einzustufen.

B.3.4.4.2. Quantitatives Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

453. Die Kooperationspartner vereinen auf dem relevanten Markt einen gemeinsamen Marktanteil von 100 % auf sich. Mit dem Umgehungsschutz vereinbaren die Parteien, dass ISP, welche eine eigene In-house-Anbindung realisieren möchten, vom Markt ausgeschlossen werden. Da die Marktgegenseite keine Ausweichmöglichkeiten hat, könnte sich die Abrede auf sämtliche dieser Nachfrager auswirken.

454. Daher könnte durch den Umgehungsschutz in quantitativer Hinsicht eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur bewirkt werden.

B.3.4.4.3. Fazit

455. Da der Umgehungsschutz sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur bewirken

könnte, wäre die Abrede als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung einzustufen.

B.3.5 Rechtfertigungsgründe

456. Gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen, und den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Demnach müssen für das Vorliegen eines Effizienzgrundes die nachfolgenden drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:¹⁹⁷

457. Erstens muss die Abrede einen der im Gesetz genannten Effizienzgründe enthalten. Die vom Gesetz vorgesehenen Rechtfertigungsgründe stellen eine abschliessende Auflistung dar (numerus clausus), wobei es ausreicht, wenn einer der gesetzlichen Effizienzgründe vorliegt.¹⁹⁸

458. Zweitens muss die Abrede notwendig sein, um den Effizienzgrund zu verwirklichen. Es muss somit geprüft werden, ob die Abrede notwendig ist, um geltend gemachte Effizienzziele zu erreichen. Dies entspricht einer in drei Schritte geteilte Verhältnismässigkeitsprüfung:¹⁹⁹

- a. Die Abrede muss geeignet sein, einen der gesetzlichen Effizienzgründe zu erreichen.²⁰⁰
- b. Die Abrede muss erforderlich sein, einen der gesetzlichen Effizienzgründe zu erreichen. Dies bedeutet, es darf kein gleich geeignetes aber den Wettbewerb weniger stark beeinträchtigendes Mittel zur Verfügung stehen als die in Frage stehende Abrede.²⁰¹
- c. Zudem darf die Wettbewerbsabrede den Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel nicht überproportional beeinträchtigen.²⁰²

459. Drittens muss geprüft werden, ob keine Möglichkeit bestehe, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.²⁰³ Hierbei bestimmt sich die Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aus Sicht der Abredeparteien und knüpft nicht unmittelbar an die Wettbewerbsabrede an.²⁰⁴ Der Anknüpfungspunkt ist daher die subjektive Verhaltensweise der Abredeparteien. Indem der Gesetzgeber fordert, dass in keinem Fall die Möglichkeit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bestehen

¹⁹⁷ ROGER ZÄCH (Fn 193), Rz 404; BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 300.

¹⁹⁸ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 304 f.

¹⁹⁹ BGE 129 II 18, 36 f., E. 10.4 (=RPW 2002/4, 731), *Buchpreisbindung*.

²⁰⁰ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 336.

²⁰¹ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 342.

²⁰² BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 355.

²⁰³ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 358.

²⁰⁴ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 360.

kann, hat er die Hürde für die Zulassung einer den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abrede sehr hoch gelegt.²⁰⁵ Selbst wenn auch nur im entferntesten die Möglichkeit besteht, dass die Abredeparteien (beispielsweise durch weitere Abreden oder abgestimmte Verhaltensweisen) den Wettbewerb beseitigen, muss die Behörde bzw. der Richter die Wettbewerbsabrede für unzulässig erklären. Eine andere Meinung hierzu vertritt HOFFET, der davon ausgeht, dass das Bestehen einer entfernten Möglichkeit nicht genügen dürfte, sondern vielmehr eine erhebliche Wahrscheinlichkeit einer potentiellen Wettbewerbsbeseitigung vorliegen muss, damit eine Wettbewerbsabrede nicht gerechtfertigt werden kann.²⁰⁶

B.3.5.1 Vorbemerkung

460. Da die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht umgestossen werden kann, erfolgt im Rahmen der ex ante Beurteilung neben der Prüfung der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung auch diejenige der Rechtfertigungsgründe nachfolgend lediglich in summarischer Form. Im übrigen haben die Parteien Rechtfertigungsgründe lediglich pauschal und ohne weitere Substantiierung geltend gemacht haben.

461. Die Kooperationsvereinbarungen betreffen die Städte Zürich, Bern, Basel, St. Gallen und Luzern. Da diese Städte eine recht grosse Bevölkerungsdichte aufweisen, kann in diesen Städten ein Glasfasernetzwerk grundsätzlich wirtschaftlich aufgebaut und betrieben werden. Dies zeigt sich darin, dass in diesen Städten die EVU selbständig den Aufbau des Glasfasernetzwerkes angestossen haben und teilweise sogar ein paralleler Aufbau der Glasfasernetzwerkinfrastruktur neben Swisscom gedroht hat.

462. Die durch den Aufbau eines Vierfasermodells entstehenden Mehrkosten (gegenüber einem Einfasermodell) wurden von Seiten der Kooperationspartner damit begründet, dass hierdurch wirksamer Wettbewerb entstehen kann.²⁰⁷ Da die gemeldeten Vertragsklauseln allerdings einzig den Betrieb des Glasfasernetzes betreffen, ist fraglich, ob diese überhaupt notwendig sind, um einen gemeinsamen Aufbau des Glasfasernetzwerkes zu ermöglichen. Auch nachdem die WEKO im Rahmen des Widerspruchsverfahrens Bedenken gegenüber den gemeldeten Vertragsklauseln geäussert hat, haben die Kooperationspartner den Aufbau des Glasfasernetzwerkes in diesen Städten weitergeführt.

B.3.5.2 Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

463. Damit Effizienzgründe überhaupt geltend gemacht werden können, darf gemäss Art. 5 Abs. 2 KG in keinem Fall die Möglichkeit eröffnet werden, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (vgl. Rz 459).

464. Wie bereits in Kapitel B.3.2 dargelegt wurde, wird bei der Layer 1-Exklusivität, beim Investitionsschutz, beim Ausgleichsmechanismus und beim Umgehungsschutz eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gesetzlich vermutet. Gemäss den vorhergehenden Analysen kann bei diesen Klauseln eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten nicht ausgeschlossen werden (vgl. Rz 425).

465. Zudem kann aber im Rahmen einer solchen Kooperation im Betrieb nicht ausgeschlossen werden, dass darüber hinaus weitere Möglichkeiten zwischen den Parteien bestehen, wirksamen Wettbewerb im Rahmen der Kommerzialisierung des Glasfasernetzwerkes zu beseitigen.

466. Die Kooperationspartner bauen gemeinsam eine Glasfasernetzwerkinfrastruktur auf, über welche sie Wettbewerb gewährleisten wollen. Hierzu haben sie sich entschieden ein Vierfasermodell zu errichten. Unabhängig von der Anzahl verlegter Fasern, bleibt aber die gesamte Netzwerkinfrastruktur in der Kontrolle der beiden Kooperationspartner. In einer solchen Situation kann – unabhängig von der Anzahl verfügbarer Fasern – wirksamer Wettbewerb nur zwischen Marktteilnehmern stattfinden, welche über die vollständige Kontrolle über eine Faser zum Endkunden verfügen und damit den Zugang zum Glasfasernetzwerk kontrollieren. Solange die Möglichkeit besteht, dass die Kooperationspartner betreffend die Kommerzialisierung des Glasfasernetzwerkes eine Einigung erzielen, besteht die Möglichkeit, dass wirksamer Wettbewerb über die Glasfasernetzwerkinfrastruktur beseitigt wird.

B.3.5.3 Gründe wirtschaftlicher Effizienz

467. Der Gesetzgeber sieht eine abschliessende Liste an gesetzlichen Rechtfertigungsgründe vor, welche im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG zu prüfen sind:

- a. Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten
- b. Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren
- c. Förderung der Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen
- d. Rationellere Nutzung von Ressourcen

468. Zur Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten können kleinere Produktionseinheiten Produktionsfaktoren koordiniert nutzen und auf diese Weise Kosten bzw. Produktionsstrukturen, wie sie grössere Unternehmen erreichen, verwirklichen.²⁰⁸ Unter diese Vorteile können auf der einen Seite economies of scale²⁰⁹ (dass die Stückkosten bei steigender Anzahl produzierter Einheiten aufgrund konstanter Fixkosten geringer ausfallen) und economies of scope²¹⁰ (dass Verbundvorteile Kostenreduktionen generieren) fallen. Bei horizontalen Kooperationen hat der Gesetzgeber in erster Linie horizontale Rationalisierungskooperationen zwischen kleineren oder mittleren Unternehmen im Auge, wobei diese Praxis ausgeweitet wurde.²¹¹ Damit eine Kooperation als Rechtfertigungsgrund zur Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten herangezogen werden kann, muss gezeigt werden, dass sie geeignet ist die Herstellungs- und Vertriebskosten zu senken.

²⁰⁵ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 361.

²⁰⁶ FRANZ HOFFET in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 KG N 105.

²⁰⁷ Meldung EWZ vom 5. Oktober 2010, N. 34.

²⁰⁸ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 306.

²⁰⁹ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 307.

²¹⁰ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 308.

²¹¹ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 310.

469. Unter dem gesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren fallen eine breitere Angebotspalette oder die Verbesserung des Vertriebs. Auch die Verbesserung der Ökobilanz eines Produktes kann als solche Verbesserung herangezogen werden, wobei die wirtschaftlichen Vorteile die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung überwiegen müssen.²¹²

470. Damit der Effizienzgrund der Förderung der Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen geltend gemacht werden kann, müssen die Abreden eine brancheninterne Wirkung, indem das Wissen innerhalb einer Branche vermehrt wird, oder eine branchenexterne Wirkung, wenn die Kunden von einem breiteren Wissen profitieren, generiert werden.²¹³

471. Unter den Effizienzgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen fallen zunächst Ressourcen unternehmerischer Natur wie Geld aber auch natürliche Ressourcen wie Umweltressourcen und ideelle Ressourcen wie Wissen.

472. Ob und inwiefern Rechtfertigungsgründe vorliegen kann grundsätzlich für die Zwecke der vorliegenden Analyse offen gelassen werden, da offensichtlich nicht auszuschliessen ist, dass gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG den beteiligten Unternehmen im Rahmen der Kooperationen die Möglichkeit verbleibt, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (vgl. Rz 463 ff.).

473. Schliesslich bestehen Zweifel, dass die im Rahmen des Widerspruchsverfahrens unterbreiteten Vertragsklauseln notwendig sind einen der gesetzlichen Effizienzgründe zu realisieren. Die Vertragsklauseln wirken sowohl auf den Preis als auch auf die angebotene Menge, welche zentrale Wettbewerbsparameter darstellen. Insbesondere ist daher fraglich, ob die zwischen den Parteien, über die gemeldeten Vertragsklauseln getroffenen Preis- und Mengenabreden in casu verhältnismässig sind, um ein gesetzliches Effizienzziel zu erreichen.

B.3.5.4 Fazit

474. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass durch die Kooperation die Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bestehen bleibt (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG). Zudem bestehen berechtigte Zweifel, dass Gründe wirtschaftlicher Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG vorliegen, welche den gesetzlichen Anforderungen genügen und damit die gemeldeten Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigen würden.

B.3.6 Ergebnis

475. Im Falle der Umsetzung der gemeldeten Klauseln kann nicht ausgeschlossen werden, dass im Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten der wirksame Wettbewerb beseitigt wird.

C Schlussfolgerungen

1. Die Vorabklärung hat ergeben, dass die gemeldeten Klauseln:

- Layer 1-Exklusivität
- Investitionsschutz

- Ausgleichsmechanismus
- Umgehungsschutz

geeignet sind, den wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 3 KG sowie im Sinne von Art. 5 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 KG zu beseitigen. Daher unterliegen sie weiterhin der Sanktionsandrohung.

2. Die Vorabklärung hat ergeben, dass die gemeldeten Klauseln:

- Informationsaustausch
- Vorkaufsrecht

geeignet sind wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich zu beschränken.

²¹² BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 316.

²¹³ BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 9), Art. 5 KG N 322.

B 2 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Swatch Lieferstopp – Verlängerung der vorsorglichen Massnahmen vom 6. Juni 2011

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2012 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Swatch Lieferstopp – Verlängerung der vorsorglichen Massnahmen vom 6. Juni 2011 wegen möglicherweise unzulässiger Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG gegen The Swatch Group AG, Biel.

A Verfahren

1. Mit Verfügung vom 6. Juni 2011 (nachfolgend VvM) genehmigte die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) und der The Swatch Group AG (nachfolgend: Swatch Group) betreffend vorsorgliche Massnahmen mit folgendem Wortlaut:

„Präambel:

Hintergrund dieser einvernehmlichen Regelung ist die von der Swatch Group beabsichtigte, den Wettbewerbsbehörden vorgängig angekündigte Einstellung von Lieferungen von Uhrwerken und Uhrwerkskomponenten an Drittunternehmen. Vom beabsichtigten Lieferstopp betroffen sind namentlich mechanische Mouvements sowie Assortiments, welche von der ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA) bzw. von der Nivarox-FAR SA (nachfolgend: Nivarox) produziert werden. Bei ETA und Nivarox handelt es sich um 100 %-ige Tochtergesellschaften der Swatch Group.

Nach Eröffnung eines Verfahrens gegen die Swatch Group gemäss Artikel 26 ff. Kartellgesetz (KG; SR 251) vereinbarten die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) und Swatch Group eine Weiterführung der Lieferungen von mechanischen Mouvements und Assortiments während des Verfahrens vor der WEKO im Rahmen dieser Vereinbarung, ohne dass die Swatch Group hiermit eine mögliche unzulässige Verhaltensweise anerkennt.

Vereinbarungen:

1) ETA liefert während der Dauer des Verfahrens vor der WEKO weiterhin mechanische Uhrwerke an ihre bisherigen Kunden, welche die Produkte in ih-

re eigenen Uhren einbauen. Der Umfang für einzelne Kaliber entspricht den folgenden Mengen:

2011: gleiche Menge wie 2010

2012: 85 % der Menge 2010

- 2) ETA liefert 2011 100% der Menge 2010 und 2012 noch 70 % der Menge 2010 an Kunden, die eine eigene Werkproduktion haben und keine eigenen Fertighuhren anbieten.
- 3) Nivarox liefert während der Dauer des Verfahrens vor der WEKO weiterhin Assortiments an ihre bisherigen Kunden. Der Umfang der Lieferungen für 2011 entspricht der Menge von 2010. Im Jahr 2012 wird die Menge auf 95 % reduziert.
- 4) Sollte das Verfahren vor der WEKO bis Ende 2012 nicht abgeschlossen sein, und Swatch Group beabsichtigen, die Liefermengen von ETA oder Nivarox gemäss Ziffern 1) bis 3) weiter zu reduzieren, hat dies im Rahmen von vorgängigen Verhandlungen mit dem Sekretariat zu erfolgen.
- 5) Abweichende Vereinbarungen zwischen ETA, bzw. Nivarox und den einzelnen Kunden dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung nicht zu Lasten des Kunden abweichen, es sei denn, ein Kunde wünscht eine abweichende Lösung oder stimmt einer solchen ausdrücklich zu und die WEKO genehmigt diese.
- 6) Die Lieferverpflichtung der ETA und Nivarox untersteht den markt- und branchenüblichen Bedingungen. Insbesondere gelten folgende Konditionen:
 - a Die verlangten Preise werden so gestaltet, dass sie kostendeckend sind und eine marktübliche Marge enthalten. Allgemeine Preiserhöhungen per Ende Jahr werden im Rahmen der Kostensteigerung vorgenommen (Lohnkosten, Materialkosten, etc.). Bei grösseren Anpassungen erbringt ETA bzw. Nivarox den Nachweis, dass sie bisher ohne angemessene Gewinnmarge gearbeitet hat.
 - b ETA und Nivarox werden mit ihren Kunden individuell eine Mengenplanung vornehmen

(Jahresplanung und gestützt darauf eine rol-lende 4-Monats-Planung). Die in dieser Pla-nung festgelegten Mengen und Fristen sind für die Vertragsparteien verbindlich. Die Planung wird innerhalb von 30 Tagen ab der von der WEKO genehmigten einvernehmlichen Rege-lung betreffend vorsorglicher Massnahmen durchgeführt.

- c Die Belieferung erfolgt zu denselben Bezugs-Bedingungen wie im Jahr 2010. Insbesondere stellen ETA und Nivarox keinerlei zusätzlichen Bedingungen an den Bezug von ihren Produk-ten.
 - d Werden die bestellten Produkte nicht innert der vereinbarten Zahlungsfristen bezahlt, werden ETA und Nivarox weitere Lieferungen einstel-len, bis der Zahlungsverzug behoben ist. Bei mehrfachem Zahlungsverzug können ETA bzw. Nivarox die Lieferbeziehung auflösen.
 - e ETA und Nivarox können die weitere Redukti-on von Lieferungen eines Kunden beim Schiedsgericht (vgl. Ziffer 7) beantragen, wenn ihre Produkte nachgewiesenermassen in Fäl-schungen eingebaut werden und dies direkt auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Kunden zurückgeführt werden kann. Eine solche liegt nicht vor, wenn der Kunde sämtliche in seinem Einflussbereich stehenden, zumutbaren Vor-sichtsmassnahmen ergreift, um den Einbau in Fälschungen zu verhindern.
- 7) Swatch Group verpflichtet sich, sich bei allfälligen Streitigkeiten aus dem Verhältnis zu ihren Kunden in Ausführung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen, dem Entscheid eines Schiedsgerichts zu unterzie-hen. Für die Bestimmungen über die Bestellung des Schiedsgerichtes und über die Modalitäten seines Verfahrens gelten folgende Vorgaben:
- a Als Schiedsgericht gilt ein ständiges einzelrich-terliches Schiedsgericht nach der «Internation-alen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern» und dem «Ergänzungsreg-lement für die Anwendung der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Han-delskammern 2004 auf die Binnenschiedsge-richtsbarkeit». Sitz des Schiedsgerichtes ist Bern. Verfahrenssprache ist Deutsch.
 - b Die Swatch Group bzw. ETA und Nivarox leis-ten die für die Bestellung (Konstituierung) des funktionstfähigen Schiedsgerichtes erforderli-chen Kostenvorschüsse. Die Kostentragung richtet sich nach den unter Ziffer 7) a genann-ten Bestimmungen.
 - c Für Streitigkeiten gemäss Ziffer 6) e gilt Fol-gendes:
 - Diese sind von einem Dreierschiedsgericht zu beurteilen.
 - In Abweichung von Artikel 41 Ziffer 1 der Schiedsordnung sind Kostenvorschüsse nicht von der Swatch Group zu leisten.

- Schiedssprüche können mit Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern, Hoch-schulstrasse 17, 3001 Bern angefochten werden.

Diese einvernehmliche Regelung gilt für die Dauer des Verfahrens vor der WEKO, jedoch bis maximal 31.12.2012.“

2. Gegen die VvM der WEKO gingen beim Bundesver-waltungsgericht (nachfolgend: BVGer) mehrere Be-schwerden ein. Diese wurden vom BVGer mit Urteil vom 14. Dezember 2011 abgewiesen. In seiner Begründung führte das BVGer im Wesentlichen aus, dass die Be-schwerdeführerinnen nicht glaubhaft gemacht hätten, dass durch die VvM der wirksame Wettbewerb bedroht ist, sondern vielmehr ihre Ansichten und Einschätzungen zu materiellen kartellrechtlichen Fragen vorbringen wür-den, welche durch die WEKO in der Untersuchung zu prüfen, nicht aber im Beschwerdeverfahren zu hören seien. Demgegenüber sei die von der WEKO genehmig-te einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat und Swatch Group als geeignete und erforderliche Mas-snahme zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs anzu-sehen, da sie während der Untersuchung den Abnehme-rinnen von ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA) und Nivarox-FAR S.A. (nachfolgend: Nivarox) eine im Voraus bestimmbare Liefermenge si-cherstelle. Die von der WEKO erlassenen vorsorglichen Massnahmen erschienen auch in zeitlicher Hinsicht nicht unangemessen, da sie bis zum Abschluss der wettbe-werbsrechtlichen Untersuchung oder maximal bis zum 31. Dezember 2012 gelten und jederzeit bei veränderten Verhältnissen von der WEKO abgeändert werden könn-ten.

3. Mit Schreiben vom 9. Juni 2011 wandte sich die La Joux-Perret SA (nachfolgend: LJP) an das Sekretariat und beantragte, ihre Parteistellung in der Untersuchung 32-0224 Swatch/Lieferstopp anzuerkennen. Mit Schrei-ben vom 10. Juni 2011 teilte das Sekretariat LJP mit, dass ihrem Antrag auf Parteistellung nicht stattgegeben werden könne.

4. Mit Schreiben vom 1. Juli 2011 wandte sich die Sellita Watch Co S.A. (nachfolgend: Sellita) an das Sekretariat und beantragte, ihre Parteistellung in der Untersuchung 32-0224 Swatch/Lieferstopp anzuerkennen. Mit Schrei-ben vom 6. Juli 2011 lehnte das Sekretariat den Antrag von Sellita ab.

5. Mit Eingabe vom 13. Juli 2011 wandte sich LJP be-treffend die Ablehnung der Parteistellung mit einem Wiedererwägungsgesuch an das Sekretariat. Mit Schreiben vom 14. Juli 2011 hiess das Sekretariat das Wiedererwägungsgesuch gut und räumte LJP die Par-teistellung ein. Mit Schreiben vom 20. Juli 2011 räumte das Sekretariat auch der Sellita wiedererwägungshalber die Parteistellung ein. Swatch Group wurde vom Sekre-tariat darüber mit Schreiben vom 20. Juli 2011 informiert.

6. Am 1. Februar 2012 fand eine erste Besprechung zwischen dem Sekretariat und der Swatch Group statt, anlässlich derer der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung betreffend einer endgültigen Lösung ange-dacht und erste Punkte gemeinsam diskutiert wurden.

7. Mit Schreiben vom 10. resp. 13. Februar 2012 informierte das Sekretariat sämtliche im Rahmen der vorliegenden Untersuchung befragten Unternehmen der Uhrenindustrie über die Urteile des BVGer's sowie über das weitere Vorgehen und kündigte dabei an, zu erwägen, der WEKO vorzuschlagen, die im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen genehmigte einvernehmliche Regelung (siehe Rz 1 hiervor) um ein Jahr zu verlängern.

8. Mit Schreiben vom 27. Februar 2012 stellte das Sekretariat der Swatch Group den von ihm erarbeiteten, ersten Entwurf für eine einvernehmliche Regelung betreffend einer endgültigen Lösung zur Stellungnahme bis am 16. März 2012 zu.

9. Am 26. März 2012 ging die Stellungnahme der Swatch Group zum ersten Entwurf einer einvernehmlichen Regelung betreffend einer endgültigen Lösung beim Sekretariat unter Wahrung der erstreckten Frist ein.

10. Am 11. April 2012 fand eine Besprechung zwischen dem Sekretariat und der Swatch Group statt, anlässlich derer einzelne Punkte des ersten Entwurfes einer einvernehmlichen Regelung betreffend einer endgültigen Lösung diskutiert, resp. einzelne Punkte (neu) verhandelt wurden. In diesem Rahmen kündigte das Sekretariat der Swatch Group gegenüber an, bei der WEKO die Verlängerung der vorsorglichen Massnahmen um ein Jahr zu beantragen und begründete dies im Wesentlichen mit dem Umstand, dass angesichts der komplexen Fragestellungen der Abschluss der Untersuchung bis zum Ablauf der vorsorglichen Massnahmen unsicher sei bzw. sicher nicht vor dem 30. Juni 2012 erfolge. Das Sekretariat forderte die Swatch Group auf, sich binnen zehn Tagen zu diesem Vorhaben zu äussern.

11. Am 20. April 2012 stellte das Sekretariat der Swatch Group den zweiten Entwurf einer einvernehmlichen Regelung betreffend einer endgültigen Lösung zur Stellungnahme zu.

12. Mit Schreiben vom 20. April 2012 äusserte sich die Swatch Group zur beabsichtigten Verlängerung der vorsorglichen Massnahmen. Dabei brachte die Swatch Group vor, dass es richtig wäre, eine Verlängerung der VvM bis Ende 2013 mit einem weiteren Abbauschritt in allen Bereichen zu verbinden. Die Swatch Group betonte aber, dass sie sich einer Übergangslösung bis Ende 2013 mit gleichen Konditionen wie 2012 nicht widersetzen werde.

13. Am 25. April 2012 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien den Entwurf der vorliegenden Verfügung mit Frist zur Stellungnahme bis am 3. Mai 2012 zu. Die Stellungnahmen der Verfahrensparteien gingen fristgerecht ein.

B Erwägungen

14. Vor dem Hintergrund vorstehender Ausführungen und unter Berücksichtigung sämtlicher im Recht liegender Beweismittel sowie angesichts des aktuellen Standes der vorliegenden Untersuchung stellt die WEKO fest und zieht in Erwägung,

15. dass die Beschwerden gegen die VvM vom BVGer mit Urteil vom 14. Dezember 2011 abgewiesen worden sind;

16. dass keine der Beschwerdeführerinnen das Urteil des BVGer's angefochten hat, sodass dieses zwischenzeitlich in Rechtskraft erwachsen ist;

17. dass die in Kraft stehenden vorsorglichen Massnahmen zeitlich beschränkt sind auf die Dauer der vorliegenden Untersuchung, längstens aber bis zum 31. Dezember 2012;

18. dass die Marktteilnehmer ihre Bestellungen bei ETA und Nivarox für das Jahr 2013 im Normalfall bis Ende Juni 2012 bekannt geben müssen, da die Lieferfristen von Uhrwerken und Uhrwerkskomponenten in der Regel mehrere Monate betragen;

19. dass angesichts der sich stellenden, komplexen (materiellen) Fragestellungen umfangreiche Daten und Informationen zu beschaffen und/oder auszuwerten sind und hinzu kommt, dass die Verhandlungen zwischen dem Sekretariat und der Swatch Group für den möglichen Abschluss einer einvernehmlichen Regelung sich erst im Anfangsstadium befinden und eine umfangreiche Befragung von Marktteilnehmern bevorsteht, deren Durchführung und Auswertung zeit- und ressourcenintensiv wird, sodass die vorliegende Untersuchung nicht vor Ende Juni 2012 abgeschlossen sein wird;

20. dass es aus den eben genannten Gründen und zur Schaffung von Rechtssicherheit bzw. Planungssicherheit für alle Marktteilnehmer angezeigt ist, die VvM zum jetzigen Zeitpunkt um ein Jahr, d.h. bis spätestens zum 31. Dezember 2013, zu verlängern;

21. dass für die Verlängerung von in Kraft stehenden, vorsorglichen Massnahmen dieselben Voraussetzungen zu erfüllen sind wie für den Erlass von solchen;

22. dass die in Kraft stehenden vorsorglichen Massnahmen als angemessen und verhältnismässig zu betrachten sind (vgl. Rz 2 hiervor);

23. dass vorliegend sämtliche (formellen und materiellen) Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen nach wie vor vollumfänglich erfüllt sind;

24. dass in zeitlicher Hinsicht die Verlängerung der in Kraft stehenden vorsorglichen Massnahmen auf jeden Fall vor dem 31. Dezember 2012 zu verfügen ist;

25. dass das Sekretariat nach dem aktuellen Stand der Dinge und unter Berücksichtigung des weiteren Verfahrensverlaufes, plant, die vorliegende Untersuchung noch im Jahre 2012 abzuschliessen;

26. dass Swatch Group in ihrer Stellungnahme keine (materiellen) substantiellen Argumente vorbrachte;

27. dass LJP und Sellita in ihren Stellungnahmen daran festhalten, dass die in der VvM festgelegten Lieferreduktionen unverhältnismässig und diskriminierend seien, LJP und Sellita jedoch grundsätzlich eine Verlängerung der VvM im Sinne der Planungssicherheit begrüssen;

28. dass Sellita befürchtet, dass ihr rechtliches Gehör im Hinblick auf den Erlass der vorliegenden Verfügung verletzt sein könnte;

29. dass Sellita die Auffassung vertritt, dass die VvM infolge von Sachverhaltsänderungen dahingehend abgeändert werden sollte, dass ETA resp. Nivarox im Jahr 2013 10 % mehr als im Jahr 2012 liefern müssten und

dass Swatch Group sämtliche Abnehmer gleich behandeln müsse;

30. dass LJP der Ansicht ist, dass ETA und Nivarox zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs eine umfassende Lieferpflicht auferlegt werden sollte;

31. dass LJP vorschlägt, im Dispositiv dieser Verfügung zur Vermeidung allfälliger Missverständnisse ausdrücklich festzuhalten, dass im Jahr 2013 zumindest dieselben Liefermengen wie im Jahr 2012 zu liefern seien, und einen entsprechenden Formulierungsvorschlag lieferte;

32. dass das BVGer in seinem unangefochtenen, rechtskräftigen Urteil vom 14. Dezember 2011 ausdrücklich festgehalten hatte, dass die VvM der Wettbewerbskommission als geeignete und erforderliche Massnahme zu betrachten sind;

33. dass sich die von Sellita angeregte Abänderung der VvM nicht aufdrängt, weil sich seit dem Erlass der VvM keine wesentlichen Sachverhaltselemente verändert haben, welche eine Abänderung der VvM im von Sellita vorgeschlagenen Sinne nahe legen würden;

34. dass Sellita der Entwurf der vorliegenden Verfügung zur Stellungnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG zugestellt wurde;

35. dass auch die unterschiedliche Behandlung von Sellita im Vergleich zu den übrigen Abnehmern von ETA und Nivarox vom BVGer nicht beanstandet wurde;

36. dass der Vorschlag von LJP, wonach im Dispositiv explizit festzuhalten sei, dass im Jahr 2013 zumindest dieselben Liefermengen wie im Jahr 2012 zu liefern seien, gebührend berücksichtigt wurde;

37. dass die Verlängerung der VvM als geeignete Massnahme zu betrachten ist, allfälligen, möglichen wettbewerbsschädlichen Auswirkungen des Vorhabens der Swatch Group vorzubeugen;

38. dass der Verlängerung der in Kraft stehenden vorsorglichen Massnahmen die aufschiebende Wirkung zu entziehen ist und

39. dass über die Kosten für das vorliegende Verfahren mit dem Endentscheid in der Hauptsache (Untersuchung) entschieden wird.

Dispositiv

Aufgrund der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission was folgt:

1. Die im Rahmen der vorliegenden Untersuchung und mit Verfügung vom 6. Juni 2011 erlassenen vorsorglichen Massnahmen (siehe Wortlaut in Rz 1 dieser Verfügung) werden bis zum Abschluss der vorliegenden Untersuchung, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2013, verlängert. Dies bedeutet insbesondere, dass die in den Ziffern 1), 2) und 3) der Rz 1 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2011 betreffend vorsorgliche Massnahmen festgelegten Mengen für das Jahr 2012 demnach gleichermassen für das Jahr 2013 gelten.

2. Die Verlängerung der Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 6. Juni 2011 gilt ab dem 1. Januar 2013 bis spätestens am 31. Dezember 2013. Vorbehalten bleibt eine anderslautende Verfügung der WEKO.

3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

4. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1 und 2 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

5. Über die Kosten wird mit der Hauptsache entschieden.

6. Die Verfügung ist zu eröffnen an: The Swatch Group AG, Seevorstadt 6, 2501 Biel, Manufacture La Joux-Perret SA vertreten durch [...] und Sellita Watch Co S.A., vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.2

2. Zwischenverfügung vom 10. August 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen und Tiefbau im Kanton Aargau betreffend Akteneinsicht

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 10. August 2011 in Sachen Untersuchung Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau gemäss Art. 27 KG betreffend Akteneinsicht gegen ERNE Holding AG Laufenburg, in Laufenburg, ERNE AG Bauunternehmung, in Laufenburg und Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau in Birrhard (Gesuchstellerinnen).

A Sachverhalt und Verfahren

1. Am 8. Juni 2009 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die Untersuchung 22-0385 gegen diverse Baugeschäfte im Kanton Aargau. Es klärt damit ab, ob sich die Untersuchungsadressaten an unzulässigen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Kartellgesetz¹ beteiligt haben. Zu den Untersuchungsadressaten gehören auch die ERNE Holding AG Laufenburg, die ERNE AG Bauunternehmung und die Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau (nachfolgend Gesuchstellerinnen).

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

3. Am 7. Juni 2011 versandte das Sekretariat den Verfügungsantrag² an sämtlichen Parteien zur Stellungnahme und setzte ihnen hierzu eine Frist bis zum 8. Juli 2011³. Diversen Parteien, so auch den Gesuchstellerinnen, wurde eine Fristerstreckung bis zum 9. September 2011 gewährt.⁴

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

5. Am 23. Juni 2011 baten die Gesuchstellerinnen darum, Kopien sämtlicher Verfahrensakten zu erhalten. Das Sekretariat teilte ihnen mit, dass es an seinen Aus-

führungen gemäss Begleitschreiben vom 7. Juni 2011 festhalte und dass die Selbstanzeigen nur vor Ort einsehbar seien und nicht kopiert werden dürften. Andere Verwendungsarten (wie z.B. abschreiben oder auf Tonband sprechen) seien jedoch erlaubt.⁶

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

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

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

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

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

¹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Act. 201.1.

³ Act. 201.

⁴ Siehe für die Gesuchstellerinnen Act. 218.

⁵ Siehe Index des elektronischen Aktenverzeichnisses sowie die Ausführungen im Begleitschreiben zum Antragsentwurf (Act. 201); betroffen sind die Aktenstücke Act. 5.1, 8.1, 9, 11, 14, 16, 18, 20, 22, 23, 23.1, 27, 28, 40.1, 61, 62, 63, 101, 106 (Beilagen 1 und 2), 112 und 168.

⁶ Siehe E-Mail-Verkehr vom 23.6.2011 (Act. 213).

⁷ Act. 237.

⁸ Act. 241.

⁹ Act. 252.

¹⁰ Act. 253.

¹¹ Act. 267, 268, 269.

¹² Act. 271, 273, 276.

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

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

B Erwägungen

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

14. Art. 7 Abs. 1 VwVG sieht vor, dass die Behörde ihre Zuständigkeit von Amtes wegen prüft. Gemäss Art. 18 Abs. 3 KG trifft die Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) die Verfügungen und erlässt die Entscheidung, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Diese Bestimmung hält in erster Linie eine unmittelbare Verfügungskompetenz der WEKO fest und nimmt eine Kompetenzabgrenzung vor allem gegenüber dem Sekretariat vor.¹⁵ Die Aufgaben des Sekretariats sind in Art. 23 KG geregelt. Gemäss Absatz 1 dieser Bestimmung erlässt das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums verfahrensleitende Verfügungen. Verfahrensleitende Verfügungen gehören zu der Kategorie der Zwischenverfügungen. Diese sind nicht instanzabschliessend, sondern stellen verfahrensrechtliche Schritte auf dem Weg zum Verfahrensabschluss dar.¹⁶ Der Entscheid über die Akteneinsicht eines Untersuchungsverfahrens stellt eine prozessleitende Anordnung in vorgenanntem Sinne dar. Daher ist das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zum Erlass der Zwischenverfügung zuständig.

B.1 Recht auf Akteneinsicht

15. Das Akteneinsichtsrecht im Verfahren der Untersuchung gemäss KG richtet sich nach den Art. 26–28 VwVG. Diese Vorschriften stellen eine Konkretisierung der Ansprüche dar, welche sich aus dem rechtlichen Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV¹⁷ und Art. 6 Abs. 1 EMRK¹⁸ ergeben.¹⁹ Die Funktion des Akteneinsichtsrechts besteht darin, den Parteien die Möglichkeit zu gewähren, sich *wirksam* zur Sache zu äussern.²⁰

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

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

18. Das Recht auf Akteneinsicht gilt nicht absolut.²³ Es kann aufgrund von überwiegenden öffentlichen oder

privaten Interessen verweigert bzw. eingeschränkt werden (Art. 27 Abs. 1 VwVG). Dabei sind die einander entgegenstehenden Interessen im Einzelfall sorgfältig und unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips gegeneinander abzuwägen.²⁴

19. Die Beschränkung kann verschiedene Formen annehmen und reicht von der gänzlichen Verweigerung des Rechts auf Akteneinsicht bis zu diversen mildernden Formen wie z.B. der Auflage, keine Kopien anzufertigen.²⁵ Als Gründe für eine Beschränkung des Akteneinsichtsrechts werden öffentliche (z.B. ein effizientes Meldesystem) oder private Interessen (z.B. Beeinflussung von späteren anderen Verfahren) genannt.²⁶ Unter das öffentliche Interesse im Sinne von Art. 27 VwVG fällt im vorliegenden Zusammenhang insbesondere das effiziente Funktionieren der Bonusregelung bzw. der Selbstanzeigen gemäss Art. 49a Abs. 2 KG.²⁷

B.2 Die Bonusregel

20. Das Institut der Selbstanzeige im Rahmen der Bonusregel gemäss Art. 49a Abs. 2 KG wurde zusammen mit der Möglichkeit eingeführt, direkte Sanktionen zu erlassen. Durch die Einführung direkter Sanktionen wurde für die Unternehmen ein Anreiz geschaffen, „noch versteckter und professioneller zu agieren, um die Aufdeckung eines Kartellrechtsverstosses zu verhindern

¹³ Act. 272.

¹⁴ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹⁵ Vgl. BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 18 KG N 19 f.; SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 18 KG N 37.

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

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

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

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

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

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

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

²³ STEINMANN (Fn 22), N 28.

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

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

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

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

und dadurch einer direkten Sanktionierung zu entgegen²⁸. In diesem Zusammenhang wird deshalb von einem „Ermittlungs- bzw. Beweisnotstand“ gesprochen, der insbesondere in Bezug auf horizontale Absprachen (Art. 5 Abs. 3 KG) unbestritten ist.²⁹

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

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

23. Die Anreizwirkung der Bonusregel hängt nach dem Gesagten im Wesentlichen davon ab, wie berechenbar die Folgen einer Kooperation für die betroffenen Unternehmen sind. Diese Berechenbarkeit bezieht sich einerseits auf die unmittelbare Aussicht auf eine Sanktionsreduktion³⁵, andererseits auf die möglichen Spätfolgen eines Kartellverfahrens.³⁶

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

25. Wie oben ausgeführt bestimmt sich der Umfang des Akteneinsichtsrechts auf der Grundlage des konkreten

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

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

27. Das Sekretariat hat gestützt auf diese Überlegungen die Praxis entwickelt, das Recht auf Akteneinsicht in Bonusmeldungen (sowohl hinsichtlich Beweisaussagen wie auch eingereicherter Akten) nur durch die Einsichtnahme vor Ort zu gewähren, ohne Kopiermöglichkeit, *sofern* dadurch eine wirksame Verteidigung der durch

²⁸ TAGMANN/ZIRLICK (Fn 27), N 120.

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁷ ZIMMERLI, (Fn 32), 732.

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

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

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

die von einer Selbstanzeige belasteten Unternehmen nicht gefährdet wird. Davon wird zur Sicherstellung der Vorhersehbarkeit für die Selbstanzeiger nur mit deren Einverständnis abgewichen. Wichtig erscheint dem Sekretariat das Vertrauen, das damit geschaffen wird. Unternehmen, die eine Bonusmeldung einreichen, sollen sich darauf verlassen können, dass die von ihnen gemachten Aussagen und eingereichten Unterlagen nur einer eingeschränkten Akteneinsicht unterliegen. Die vom Sekretariat vorgeschlagene Lösung schafft die notwendige Vorhersehbarkeit und umfasst generell alle eingereichten Dokumente.

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

B.3 Beurteilung des konkreten Falles

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

30. Die Argumente der Gesuchstellerinnen ergeben sich aus dem E-Mail-Schreiben vom 23. Juni 2011 sowie den Eingaben vom 30. Juni 2011 und vom 8. Juli 2011.⁴² Sie bringen im Wesentlichen vor, dass sich der Verfügungsantrag weitgehend bzw. fast ausschliesslich auf die Selbstanzeigen stütze. Diese Akten seien sehr umfangreich und enthielten Beilagen mit handschriftlichen Notizen, Kopien von Offerten und Protokolleröffnungen sowie Dokumente, die angeblich von den Gesuchstellerinnen stammten. Den Gesuchstellerinnen werde vorgeworfen, an rund 30 Submissionsabsprachen teilgenommen zu haben, was die Sachverhaltsaufarbeitung und Überprüfung sehr aufwändig mache. Die Bezeichnungen gegen die Gesuchstellerinnen enthielten Widersprüche, welche nicht auf den ersten Blick ersichtlich seien. Die Beweismittel müssten deshalb kontinuierlich verfügbar sein. Die Widersprüche könnten nur aufgezeigt werden, wenn die Akten sämtlicher Fälle kopiert werden könnten. Zudem würden einzelne Mitarbeiter nicht mehr für die Gesuchstellerinnen arbeiten. Für eine Konfrontation mit den Beweismitteln müssten diese deshalb kopiert werden können. Der Verfügungsantrag sei im Übrigen sehr ausführlich und gehe auf den Inhalt der Bonusmeldungen teilweise sehr detailliert ein, sodass ein objektives Interesse am Kopierverbot nur noch in einem sehr eingeschränkten Ausmass vorhanden sein dürfte. Für die Gesuchstellerinnen bedeute die Einschränkung jedoch einen unverhältnismässigen Mehraufwand.

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

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

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

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

⁴¹ Neben den Gesuchstellerinnen ist dies die Hüppi AG (siehe dazu Act. 223, 233, 244).

⁴² Act. 213, 237 und 253.

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

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

37. Die Knecht Bau AG, die Meier Söhne AG und die Bauunternehmung G. Schmid AG⁴⁴ haben die Erwartung an die Wettbewerbsbehörden, dass sie die Selbstanzeige-Akten zum Schutz der Selbstanzeiger und für das Funktionieren der Bonusregel nicht fotokopieren lassen. Sie weisen zusätzlich zu den bereits vorgebrachten Argumenten in genereller Weise darauf hin, dass durch die Entfernung der Akten bzw. von Fotokopien dieser Akten die Kontrollmöglichkeit über die Verwendung und Verbreitung verloren ginge. Dies könnte den genannten Parteien grossen Schaden zufügen. Die Lösung des Sekretariats werde sowohl den Interessen der Selbstanzeiger, wie auch jenen der übrigen Parteien gerecht.

38. Auch die Implenia Bau AG⁴⁵ wehrt sich gegen die Kopiermöglichkeit von Dokumenten aus Selbstanzeigen. Die Begrenzung der Einsicht in Akten aus Selbstanzeigen sei sachlich notwendig und rechtlich zulässig. Diese Einschränkung des Akteneinsichtsrechts sei nur geringfügig. Alle Parteien hätten im vorliegenden Verfahren die Möglichkeit gehabt, die Selbstanzeigen vor Ort einzusehen, weshalb ihnen das Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 26 Abs. 1 VwVG gewährt worden sei. Dazu führt die Implenia Bau AG aus: „Die Praxis des Sekretariats, wonach die eingesehenen Akten – von bestimmten Ausnahmen abgesehen – auch kopiert werden können, ist zwar grundsätzlich begrüssenswert und aufrechtzuerhalten, geht aber über den Wortlaut des Gesetzes hinaus.“⁴⁶ Die Einschränkung lasse sich zudem ohne weiteres im Rahmen der Interessenabwägung rechtfertigen: Einerseits seien überwiegende öffentliche Interessen vorhanden. So hätte die Fotokopiermöglichkeit von Selbstanzeigen eine abschreckende Wirkung auf Selbstanzeiger

in der Zukunft und würde die Bonusregelung insgesamt in Frage stellen. Der geringe Mehraufwand, der durch die Einsicht vor Ort entstehe, stelle hierzu kein ernsthaftes Gegengewicht dar. Andererseits würden auch überwiegende private Interessen der Unternehmen und von involvierten Personen vorliegen. Selbstanzeigen enthielten äusserst sensitive Informationen, deren Verwendung in anderen Verfahren – z.B. Zivilprozessen – nicht ausgeschlossen werden könne. Die involvierten Personen hätten ausserdem aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes sowie wegen der Gefahr von Repressalien ein erhebliches Interesse an einer Einschränkung der Akteneinsicht. Schliesslich decke sich die Praxis des Sekretariats mit der Praxis ausländischer Wettbewerbsbehörden, namentlich der Europäischen Union. Gemäss der einschlägigen Mitteilung der EU-Kommission werde die Einsicht in Selbstanzeigen nur gewährt, wenn sich die die Einsicht nehmenden Personen verpflichteten, keine elektronischen oder mechanischen Kopien anzufertigen. Der Schutz der Selbstanzeigen im EU-Verfahren sei somit noch weitreichender als die vom Sekretariat gewählte Lösung.

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

⁴³ Siehe dazu Rz 28 und Fn 41.

⁴⁴ Act. 271.

⁴⁵ Act. 273.

⁴⁶ Act. 273, S. 2.

⁴⁷ Act. 276.

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

C Kosten und Beschwerdemöglichkeit

41. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG⁴⁸ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Mit der Abweisung des vorliegend zu beurteilenden Gesuches sind auch die dadurch verursachten Kosten den Gesuchstellerinnen vollumfänglich und unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen.

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

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

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

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

D Dispositiv

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

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

2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 4'200.– werden den Adressaten der Verfügung zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 1'400.–, und unter solidarischer Haftung auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - ERNE Holding AG Laufenburg
 - ERNE AG Bauunternehmung
 - Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau
 alle vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

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

B 2.2	3. Verfügung vom 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau
-------	--

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2011 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG; SR 251 betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 und 3 KG gegen

1. Aktiengesellschaft Cellere, St. Gallen sowie
2. Cellere AG Aarau, Bauunternehmungen, Aarau beide vertreten durch [...]
3. Daedalus Holding AG, Sursee sowie
4. Sustra AG Schöftland, Schöftland Letztere vertreten durch [...]
5. ERNE Holding AG Laufenburg, Laufenburg sowie
6. ERNE AG Bauunternehmung, Laufenburg und
7. Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau, Birrhard alle vertreten durch [...]
8. Ernst Frey AG, Kaiseraugst
9. Gewerbezentrum Unterfeld AG, Döttingen sowie
10. Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, Döttingen beide vertreten durch [...]
11. Granella Holding AG, Würenlingen sowie
12. Granella AG, Würenlingen beide vertreten durch [...]
13. Hubschmid Beteiligungs AG, Nesselnbach sowie
14. H. Graf AG, Zufikon
15. Hüppi AG, Wallisellen vertreten durch [...]
16. Implenia AG, Dietlikon sowie
17. Implenia Bau AG, Buchs AG beide vertreten durch [...]
18. Knecht Brugg Holding AG, c/o Knecht Bau AG, Brugg sowie
19. Knecht Bau AG, Brugg und
20. Meier Söhne AG, Bauunternehmung, Schwaderloch und
21. Bauunternehmung G. Schmid AG, Wittnau alle vertreten durch [...]
22. KUPERA Holding AG, c/o Otto Notter AG, Hoch- & Tiefbau, Wohlen sowie
23. Käppeli Bau AG, Wohlen beide vertreten durch [...]
24. Treier AG, Schinznach-Dorf
25. Umbricht Holding AG, c/o Dominik Umbricht, Untersiggenthal sowie
26. Umbricht AG, Turgi und
27. Neue Bau AG Baden, Baden alle vertreten durch [...]
28. Walo Bertschinger Holding AG, Zürich sowie
29. Walo Bertschinger AG, Zürich beide vertreten durch [...]

30. Ziegler Holding AG, Liestal sowie
31. Ziegler AG, Liestal beide vertreten durch [...]

Inhaltsverzeichnis

A Sachverhalt	273
A.1 Gegenstand der Untersuchung	273
A.2 Begriffe und Hintergrundinformationen	273
A.3 Verfahren	275
A.3.1 Anzeige	275
A.3.2 Untersuchungseröffnung und Hausdurchsuchungen	275
A.3.3 Bonusmeldungen gemäss Art. 49a Abs. 2 KG	277
A.3.4 Der weitere Gang der Untersuchung	277
A.3.5 Vorbringen der Parteien zum Antrag vom 7. Juni 2011	278
A.3.5.1 Übersicht über die Vorbringen der Parteien	278
A.3.5.2 Institutionelle Vorbehalte	279
A.3.5.3 Akteneinsicht	280
A.3.5.4 Weitere Beweismassnahmen und Untersuchungsgrundsatz	281
A.3.5.5 Vorbringen zu Informationen der Wettbewerbsbehörden	281
A.4 Übersicht über die Absprachetätigkeit im Kanton Aargau	282
A.5 Vorbemerkungen zu bestimmten Beweismitteln und Vorbringen der Parteien	283
A.5.1 Birchmeier-Liste	284
A.5.2 Bonusmeldung und Anhörung Birchmeier	286
A.5.3 Bonusmeldung und Anhörung Knecht, Meier Söhne, G. Schmid	287
A.5.4 Weitere Vorbringen gegen die Bonusmeldungen	288
A.5.5 Fazit	289
A.6 Spezifische Projekte	289
Fall 1: [...]	289
Fall 2: [...]	291
Fall 3: [...]	293
Fall 4: [...]	294
Fall 5: [...]	295
Fall 6: [...]	296

Fall 7: [...]	297	Fall 47: [...]	331
Fall 8: [...]	298	Fall 48: [...]	331
Fall 9: [...]	299	Fall 49: [...]	332
Fall 10: Wird nicht weiterverfolgt.	299	Fall 50: [...]	333
Fall 11a: Wird nicht weiterverfolgt.	299	Fall 51: [...]	334
Fall 11b: Wird nicht weiterverfolgt.	299	Fall 52: [...]	335
Fall 11c [...]	299	Fall 53: [...]	335
Fall 12: [...]	300	Fall 54: [...]	336
Fall 13: [...]	301	Fall 55: [...]	337
Fall 14: [...]	302	Fall 56: wird nicht weiter verfolgt	338
Fall 15: [...]	304	Fall 57: [...]	338
Fall 16: [...]	304	Fall 58: [...]	339
Fall 17: [...]	305	Fall 59: [...]	339
Fall 18: [...]	307	Fall 60: Wird nicht weiterverfolgt	340
Fall 19: [...]	308	Fall 60.1: [...]	340
Fall 20: [...]	309	Fall 61: [...]	340
Fall 21: [...]	310	Fall 62: [...]	341
Fall 22: [...]	311	Fall 63[...]	341
Fall 23: [...]	311	Fall 64: wird nicht weiter verfolgt	342
Fall 24: [...]	312	Fall 65: [...]	342
Fall 25: [...]	313	Fall 66: [...]	344
Fall 26: [...]	314	Fall 67: [...]	345
Fall 27: [...]	315	Fall 68: [...]	346
Fall 28: [...]	316	Fall 69: [...]	347
Fall 29: [...]	316	Fall 70: [...]	348
Fall 30: [...]	317	Fall 71: [...]	349
Fall 31: [...]	318	Fall 72: [...]	350
Fall 32: [...]	318	Fall 73: [...]	351
Fall 33: [...]	319	Fall 74: [...]	351
Fall 34: [...]	321	Fall 75: [...]	352
Fall 35: [...]	322	Fall 76: [...]	353
Fall 36: [...]	323	Fall 77: [...]	353
Fall 37: [...]	325	Fall 78: [...]	353
Fall 38: [...]	325	Fall 79: [...]	355
Fall 39: [...]	326	Fall 80: [...]	356
Fall 40: [...]	327	Fall 81: [...]	359
Fall 41: [...]	328	Fall 82: [...]	360
Fall 42: [...]	328	Fall 83: [...]	361
Fall 43: [...]	329	Fall 84: [...]	362
Fall 44: [...]	330	Fall 85: [...]	362
Fall 45: Wird nicht weiterverfolgt.	330	Fall 86: [...]	363
Fall 46: Wird nicht weiterverfolgt.	331	Fall 87: [...]	364

Fall 88: [...]	365	B.5.3.1 Vorliegen horizontaler Preisabreden sowie Aufteilung nach Geschäftspartnern	392
Fall 89: [...]	366	B.5.3.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG	393
Fall 90: [...]	366	B.5.4 Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung	398
Fall 91: [...]	367	B.5.4.1 Qualitativ	398
Fall 92: Wird nicht weiterverfolgt.	368	B.5.4.2 Quantitativ	399
Fall 93: [...]	368	B.5.4.3 Rechtfertigung aus Effizienzgründen	400
Fall 94: [...]	370	B.5.5 Ergebnis	401
Fall 95: [...]	371	C Sanktion und Sanktionsbemessung	401
Fall 96: [...]	371	C.1 Sanktionierung	401
Fall 97: [...]	372	C.1.1 Allgemeines	401
Fall 98: [...]	373	C.1.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	401
Fall 99: Wird nicht weiterverfolgt.	374	C.1.2.1 Unternehmen	401
Fall 100: Wird nicht weiterverfolgt.	374	C.1.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG	401
Fall 101: Wird nicht weiterverfolgt.	374	C.1.3 Vorwerfbarkeit	401
Fall 102: [...]	374	C.1.4 Sanktionsbemessung	404
Fall 103: Wird nicht weiterverfolgt.	375	C.1.4.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen	404
Fall 104: Wird nicht weiterverfolgt.	375	C.1.4.2 Maximalsanktion	404
Fall 105: Wird nicht weiterverfolgt.	375	C.1.4.3 Konkrete Sanktionsberechnung	405
Fall 106: Wird nicht weiterverfolgt.	375	C.1.5 Bonusmeldungen – Vollständiger / teilweiser Erlass der Sanktion	415
Fall 107: Wird nicht weiterverfolgt.	375	C.1.5.1 Allgemeines zur Sanktionsbefreiung	415
Fall 108: [...]	375	C.1.5.2 Subsumtion und Ergebnis	415
Fall 109: [...]	377	C.1.6 Ergebnis	421
B Erwägungen	379	D Kosten	421
B.1 Geltungsbereich	379	E Ergebnis	421
B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich	379	F Dispositiv	423
B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich	379	Verzeichnis der Tabellen	
B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich	379	Tabelle 1: Chronologische Übersicht über das Eintreffen der Bonusmeldungen.	277
B.2 Verfügungsadressaten	379	Tabelle 2: Erfolgreiche Schutznahmen und Stützofferten 1.1.2006-7.6.2009.	283
B.2.1 Muttergesellschaft	379	Tabelle 3: Konzernumsätze der Parteien von 2007 bis 2009 in CHF.	405
B.2.2 Tochtergesellschaft	379	Tabelle 4: Maximalsanktion pro Unternehmen in CHF.	405
B.3 Vorbehaltene Vorschriften	384	Tabelle 5: Umsätze der Parteien auf den relevanten Märkten in CHF von 8.6.2006 bis 7.6.2009.	408
B.4 Vorbemerkungen zur Beweiswürdigung und zum Beweismass	385	Tabelle 6: Basisbeträge der Parteien in CHF exkl. MWST.	408
B.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede	386	Tabelle 7: Übersicht über die Beteiligung an Absprachen (ohne erfolgreiche Schutznahmen).	412
B.5.1 Wettbewerbsabrede	386	Tabelle 8: Höhe der Sanktion je Partei in CHF (vor Bonusprogramm).	414
B.5.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	386		
B.5.1.2 Wettbewerbsbeschränkung	389		
B.5.2 Marktabgrenzung	391		
B.5.2.1 Allgemeines	391		
B.5.2.2 Sachlich relevanter Markt	391		
B.5.2.3 Räumlich relevanter Markt	392		
B.5.3 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	392		

Tabelle 9: Knecht: Fälle als Erstanzeiger	417
Tabelle 10: Meier Söhne: Fälle als Erstanzeiger	418
Tabelle 11: Bussenrelevante Fälle für Knecht und Meier Söhne	419
Tabelle 12: Zusammenfassung der Sanktionen aller Parteien in CHF	421

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der Untersuchung bildet die Frage, ob Tiefbauunternehmen im Kanton Aargau Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c sowie Abs. 1 KG¹ getroffen haben, indem sie Preis- und Zuschlagsvereinbarungen trafen und Informationen über Offertpreise und bedingungen, Teilnahmen an Ausschreibungen und die Zuteilung von Aufträgen bzw. Kunden austauschten.

A.2 Begriffe und Hintergrundinformationen

2. Bevor die Verfahrensgeschichte dargestellt (siehe unter A.3) und ein Überblick über die untersuchte Absprachetätigkeit im Kanton Aargau gegeben wird (siehe unter A.4), werden nachfolgend einige Begriffe erklärt und Hintergrundinformationen geliefert, die für diese Untersuchung wichtig und für ein rasches Verständnis der vorliegenden Verfügung hilfreich sind.

3. **Tiefbau:** Die Adressaten der vorliegenden Untersuchung sind im Tiefbau tätig. Dieser kann in die folgenden vier Sparten unterteilt werden: Der Strassenbau betrifft Tiefbauarbeiten wie Abschlüsse und Pflästerungen, Belagsarbeiten, Kanalisations- und Werkleitungsbauarbeiten. Der Erdbau betrifft Tiefbauarbeiten wie Aushub/Baugruben, Schüttungen/Dammbauten, Natursteinmauern, Abbruch/Rückbau und den Wasserbau. Die Betoninstandsetzung betrifft Sanierungen. Schliesslich können dem Tiefbau auch die mit diesem zusammenhängenden Transporte zugeordnet werden (Grube, Mulden- und Kippertransporte, Spezial- und Schwertransporte, Deponiehaltung/Kiesgrube).

4. In den Bereichen Strassenbau und Betoninstandsetzung ist der Auftraggeber überwiegend die öffentliche Hand (Bund, Kantone, Gemeinden). Im Erdbau und bei den Transporten treten auch Private als Auftraggeber auf.

5. **Submission/Auftragsvergabe:** Der Begriff Submission steht im Folgenden für das Vergabeverfahren von Tiefbauarbeiten, 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 ist.² Bei Submissionen von privaten Aufträgen besteht hingegen mehr Spielraum. So können beispielsweise die Ersteingaben der an einer Submission beteiligten Anbieter in Abgebotsrunden³ weiter verhandelt werden. Die mit der Auftragsvergabe betraute Person 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.

6. **Schutz:** Unter Schutz oder Schutznahme wird das Verhalten verstanden, mit welchem sich absprechende Unternehmen denjenigen Abspracheteilnehmer bestimmen, welcher direkt von der Absprache profitieren soll, indem er den zu vergebenden Submissionsauftrag erhalten soll. Die Absprache läuft in aller Regel über den Preis und erlaubt dem geschützten Unternehmen den tiefsten Preis aller Abspracheteilnehmer einzureichen, was in der Regel zur Auftragserteilung an das geschützte Unternehmen führt.

7. **Stützofferte:** Unter einer Stützofferte (oder Scheinofferte) wird eine Offerte verstanden, mit welcher die Abspracheteilnehmer die Offerte des geschützten Unternehmens überbieten. Eine Stützofferte wird somit nur zum Schein eingereicht und bezweckt die Steuerung des Zuschlags zugunsten des geschützten Unternehmens.⁴ Falls ein Unternehmen aufgrund der Absprache auf die Einreichung einer Offerte verzichtet, wird von Eingabeverzicht oder von einer Bid-suppression gesprochen.

8. **Meldestelle des Schweizerischen Baumeisterverbandes (SBV):** Der SBV betreibt über verschiedene Geschäftsstellen der Kantonal- oder Regionalverbände die Internetplattform <www.infobau.ch>, welche für Mitglieder des SBV über ein Kennwort zugänglich ist. Im Kanton Aargau ist der „baumeister verband aargau“ für Projekte im Tiefbau die zuständige Meldestelle (siehe Anhang des Wettbewerbsreglements SBV⁵).

9. Gemäss Art. 6 des Wettbewerbsreglements SBV teilt ein SBV-Mitglied, das ein Angebot einzureichen beabsichtigt, diese Absicht der zuständigen Stelle unverzüglich nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen mit. Ebenso ist die Meldestelle zu informieren, wenn das SBV-Mitglied seine Absicht ändert und kein Angebot einreichen wird (Art. 6.2 Wettbewerbsreglement SBV). Die Liste der für ein bestimmtes Projekt angemeldeten Baugeschäfte kann jederzeit von jedem Mitglied des SBV online eingesehen werden.

¹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Für Ausschreibungen des Bundes: Bundesgesetz vom 16.12.1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) und Verordnung vom 11.12.1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).

Für Ausschreibungen der Kantone und Gemeinden: Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; siehe z.B. in der systematischen Sammlung des Aargauischen Rechts SAR 150.950) und die kantonalen Ausführungserlasse (für den Kanton Aargau etwa das Submissionsdekret [SubmD] vom 26.11.1996; SAR 150.910).

³ Abgebotsrunden bezeichnen vom Auftraggeber initiierte Preisverhandlungen (vgl. PETER GAUCH, Die Liberalisierung des öffentlichen Baumarktes und viele Fragen, in: Baurechtstagung, Freiburg 1997, Bd. 1, 24).

⁴ Siehe dazu auch RPW 2009/3, 200 Rz 15, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁵ Reglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes vom 30.10.2008 über das Angebotswesen (Wettbewerbsreglement), Ausgabe 2009, abrufbar unter: <http://www.baumeister.ch/index.php?id=462> (7.6.2011).

10. In der Folge kann die Meldestelle die angemeldeten Baugeschäfte zu einer Versammlung einladen, an welcher die Angebotstexte und Grundlagen bereinigt werden sollen. Diese Versammlung dient insbesondere der Klärung von technischen Fragen zum betreffenden Projekt (Art. 8 und 9 Wettbewerbsreglement SBV).

11. Eine notwendige, wenn auch nicht hinreichende Voraussetzung einer Absprache im Submissionswesen (insbesondere einer erfolgreichen) ist das Wissen darüber, welche Baugeschäfte an einer Submission teilzunehmen gedenken.⁶ Da in der Tiefbaubranche des Kantons Aargau viele Baugeschäfte tätig sind, ist dieses Wissen nicht ohne Weiteres verfügbar. Diese Schwierigkeit wird durch die Internetplattform der Meldestelle SBV überwunden: Jedes Mitglied des SBV kann sich jederzeit ein aktuelles Bild darüber verschaffen, welche Konkurrenten an einer bestimmten Submission teilzunehmen gedenken. Je mehr Baugeschäfte den Meldedienst benutzen, desto umfassender wird das Bild der konkreten Konkurrenzsituation.

12. Aus einer Vorabklärung des Sekretariats der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) im Jahr 2003 ergibt sich, dass die Mitglieder des SBV bis zum 1. Januar 2003 unter Sanktionsdrohung verpflichtet waren, ihre Submissionsteilnahme zu melden.⁷ Bis zu diesem Zeitpunkt dürfte also eine umfassende Übersicht über die Submissionsteilnehmer bestanden haben. Gestützt auf eine Anregung des Sekretariats strich der SBV zwar die Sanktionsdrohung für die Verletzung dieser Pflicht aus seinem Reglement. Allerdings sind die SBV-Mitglieder nach wie vor gehalten, ihre Teilnahme an einer Submission zu melden.⁸ Auch Versammlungen unter den Submissionsteilnehmern sind vorgesehen.⁹

13. Basis der damaligen Vorabklärung waren bloss summarische Ermittlungen, aufgrund derer nicht schlüssig beurteilt werden konnte, inwieweit das Wettbewerbsreglement des SBV die Mitglieder dazu veranlasste, Offerten von einzelnen Projekten aufeinander abzustimmen.¹⁰ Die vorliegende Untersuchung fördert neue Erkenntnisse zu Tage, welche nun eine Beurteilung zulassen: Es ist festzustellen, dass einige der Parteien die Meldestelle des SBV systematisch nutzten.¹¹ So wurden unzählige Zusammenstellungen gefunden oder eingereicht, welche von der Meldeplattform heruntergeladen und ausgedruckt worden waren. Dies zeigt, dass die Baugeschäfte mit diesen Informationen arbeiten. Aus der Verwendung dieser Informationen allein lässt sich jedoch nicht notwendigerweise auf eine Absprache schliessen. Allerdings hat sich auch gezeigt, dass die Untersuchungsadressatinnen ihre Konkurrenten zur Organisation einer Absprache in der Regel telefonisch kontaktierten.¹² Für diese Kontaktaufnahme bildeten die Informationen (Name und Telefonnummer der an der jeweiligen Submission interessierten Baugeschäfte), welche die SBV-Meldestelle zur Verfügung stellte, die ideale Grundlage. In den Fällen, in welchen es zu einer sogenannten Begehung¹³ kam, konnte auch diese die für eine Absprache notwendigen Informationen über die teilnehmenden Konkurrenten liefern.¹⁴

14. Aus dem Gesagten folgt nicht, dass jede Einsichtnahme in die Liste der an der Submission teilnehmenden Konkurrenten oder jede Versammlung des SBV

einer Submissionsabsprache gedient hätte.¹⁵ Aber es ergibt sich, dass das Meldesystem des SBV für jedes Projekt nahezu vollständige Transparenz über die Konkurrenzsituation schafft. Die SBV-Meldestelle sorgt damit dafür, dass die oben genannte notwendige Voraussetzung (siehe Rz 11) für das Treffen von Submissionsabsprachen über die Zuteilung von Projekten erfüllt ist.

15. Im Übrigen kann die erwähnte Plattform den Markt der Tiefbaubranche auch dann beeinflussen, wenn keine direkten Kontakte zwischen den Konkurrenten stattfinden. So kann bereits das Wissen über die mögliche Anzahl von Konkurrenten und deren Identität (welche Rückschlüsse auf die Stärken, Spezialitäten und geographische Herkunft der Submissionsteilnehmer erlaubt) die Höhe der eigenen Eingabe beeinflussen.¹⁶ Die Meldeplattform des SBV stellt somit wichtige Informationen zur Verfügung, welche sich direkt auf die Intensität des Wettbewerbs auswirken können.¹⁷

16. Gestützt auf diese Erkenntnisse über die Meldestelle des SBV zieht das Sekretariat die Eröffnung einer Vorabklärung in Betracht. Über das weitere Vorgehen in dieser Sache wird das Sekretariat allerdings zu einem späteren Zeitpunkt entscheiden.

⁶ Vgl. Ausführungen zum relevanten Markt: der Kreis der Konkurrenten wird durch die Submissionsteilnehmer gebildet (Rz 981 ff.).

⁷ RPW 2003/4, 726 Rz 3 sowie 731 Ziff. 1 der Schlussfolgerungen, *Wettbewerbsreglement des SBV*.

⁸ Siehe Art. 6.1 Wettbewerbsreglement SBV: „Ein SBV-Mitglied, das ein Angebot einzureichen beabsichtigt (Bewerber), teilt dies unverzüglich [...] der zuständigen Stelle mit.“

⁹ Art. 8 Wettbewerbsreglement SBV.

¹⁰ So ausdrücklich RPW 2003/4, 728 Rz 7 Bst. c, *Wettbewerbsreglement des SBV*.

¹¹ Siehe z.B. Ausdrücke in den Aktenstücken BAG 0051 (Umbricht [Namensverwendung gemäss Hinweisen in Rz 23 f.]); act. [...] (Granel-la); act. [...],[...] der Meldung vom 18.6.2009, (Implenia), act. [...] und act. [...] mit handschriftlicher Notiz „Tel. an alle“ (Birchmeier). Siehe auch interne Checkliste von Cellere, welche die Vorgehensweise bei der Bearbeitung von Offerten festlegt (act. [...]: Einer der ersten Punkte stellt die Anmeldung der Offerte beim Baumeisterverband dar. Diese erfolgt noch vor der eigentlichen Berechnungsarbeit. Am Ende der Checkliste wird zudem vermerkt: „Formular ab Internet ausdrucken und im Ordner ANMELDUNGEN VAB ablegen!!!“. VAB steht für Verband Aargauer Baumeister. Siehe auch das standardisierte „Deckblatt Offertmäppli“ von Käppeli, in welchem eigens eine Rubrik für die Anmeldung beim VAB vorgesehen ist.

¹² Als Beispiel für die telefonische Kontaktaufnahme siehe z.B. die Ausführungen von [...] zu Fall 31 ([...]).

¹³ Unter Begehung wird die Besichtigung des Bauplatzes verstanden, an welcher der Bauherr und die an der Submission interessierten Bauunternehmen teilnehmen. Siehe z.B. Fall 108.

¹⁴ Zur allgemeinen Funktionsweise der Kontaktaufnahme siehe die Ausführungen von Knecht und Meier Söhne.

¹⁵ Art. 11 Wettbewerbsreglement SBV legt sogar ausdrücklich fest, dass jegliche wettbewerbsrechtswidrigen Abreden untersagt sind. Zudem kann in Anwendung von Art. 10 der SBV-Statuten 2003 ein SBV-Mitglied, das wettbewerbsrechtswidrige Abreden trifft, aus dem SBV ausgeschlossen werden.

¹⁶ Siehe z.B. Fall 30, welcher aufzeigt, dass die Unternehmen aufgrund ihrer Kernkompetenzen und der geographischen Lage der Projekte mehr oder weniger Interesse an Projekten bekunden können; siehe auch die Hinweise von Granel-la auf ihr übliches Produktportfolio.

¹⁷ Im einschlägigen OECD-Leitfaden wird den Beschaffungsstellen nicht umsonst empfohlen, die Anzahl der Mitbieter nicht bekanntzugeben und deren Anzahl nicht unnötig zu beschränken (OECD-Leitfaden zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen, Februar 2009, S. 8, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/document/29/0,3746,en_2649_34715_42230813_1_1_1_1,00.html> (7.6.2011)).

17. **Arbeitsgemeinschaften (ARGE):** In Abhängigkeit unter anderem von Grösse und Durchführungszeitraum eines Projektes kann sich dessen Ausführung in Form einer ARGE aufdrängen. Bei einer stillen oder unechten ARGE übernimmt ein Baugeschäft die Federführung und tritt als alleinige Vertragspartei gegenüber dem Bauherren auf, ohne diesen über die übrigen, im Falle eines Vertragsabschlusses an der Ausführung beteiligten Baugeschäfte zu informieren. Hat der Auftraggeber hingegen Kenntnis von einer geplanten Zusammenarbeit, liegt eine offene oder echte ARGE vor. Möglich, aber nicht zwingend erforderlich, ist die Einreichung einer gemeinsamen Offerte durch die ARGE-Partner, aus welcher ersichtlich wird, welche Baugeschäfte den Auftrag gemeinsam planen und im Falle des Zuschlages ausführen würden. Das Verhältnis der ARGE-Partner untereinander wird über Zusammenarbeitsverträge geregelt und die Ausführung wird gemeinsam bewerkstelligt. Gemeinsam ist den hier beschriebenen und für den vorliegenden Fall relevanten Konstellationen, dass sich die Baugeschäfte bezüglich eines Auftrags nicht konkurrieren, sondern an dessen gemeinsamer Ausführung bereits in der Offertphase interessiert sind. Dem stehen Fälle gegenüber, in denen ein Baugeschäft, welches ursprünglich in der Offertphase am eigenen Erhalt eines Auftrags und dessen selbständiger Ausführung interessiert war, nach Zuschlagserteilung eine ARGE mit anderen Baugeschäften, auch vormaligen Konkurrenten, zu bilden versucht.¹⁸

A.3 Verfahren

A.3.1 Anzeige

18. Auslöser der vorliegenden Untersuchung war eine Anzeige durch eine Privatperson/eine Unternehmung. In der Anzeige wurde ausgeführt,

- dass sich diverse Strassen- und Tiefbauunternehmen sowohl im Kanton Aargau als auch im Kanton Zürich seit Jahren zu Besprechungen trafen, anlässlich welcher sie sich über laufende Ausschreibungen und deren Preise verständigen würden,
- dass bei Grossprojekten auch sogenannte „Schutz-Entschädigungen“ in die Offerten eingerechnet würden, welche alsdann vom absprachebeteiligten, den Zuschlag erhaltenden Unternehmen an die anderen an der Absprache beteiligten Unternehmen ausbezahlt würden,
- dass diese Treffen, solange das KG keine direkten Sanktionen gekannt habe, bei den jeweiligen kantonalen Baumeisterverbänden abgehalten worden seien und seither abwechselnd bei den einzelnen involvierten Unternehmen stattfänden,
- dass sich die Unternehmen – da sie sämtliche Submissionen, an welchen sie interessiert seien, den kantonalen Baumeisterverbänden melden würden und diese Informationen den anderen Unternehmen zugänglich seien – ein Bild über die Mitbewerber machen und diese zur Vereinbarung eines „Schutzes“ kontaktieren könnten,
- dass im Kanton Aargau an solchen Absprachen namentlich – in alphabetischer Reihenfolge – die

Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, die Cellere AG, die Granella AG, die Implenia Bau AG, die Knecht Bau AG, die Meier Söhne AG, die Umbricht AG und die Walo Bertschinger AG beteiligt seien.

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

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

21. Dem/r Anzeiger/in wurde seitens des Sekretariats die Wahrung seiner/ihrer Anonymität zugesichert. Die Identität des/der Anzeiger/in wird folgedessen vorliegend nicht offen gelegt.¹⁹ Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass seine/ihre Identität ausgewählten Personen des Sekretariats bekannt ist und vorgängig zur Genehmigung der Untersuchungseröffnung auch dem damaligen Präsidenten der WEKO mitgeteilt wurde.

22. Die Cellere AG Aarau, Bauunternehmungen, und die Aktiengesellschaft Cellere machen geltend, es müsse ihnen Akteneinsicht in die bezüglich des/der Anzeigers/in vorhandenen Aktenstücke gewährt werden. Andernfalls müsse gestützt auf Art. 28 VwVG²⁰ der wesentliche Inhalt dieser Aktenstücke bekanntgegeben werden. Diesem Anliegen wurde allerdings mit den soeben ausgeführten Erläuterungen zur Anzeige bereits entsprochen. Für die Erstellung des sanktionsrelevanten Sachverhalts wird im Übrigen nicht direkt auf die Aussagen des/der Anzeigers/in abgestellt, sondern auf Beweismittel, die den Wettbewerbsbehörden später zugegangen sind.

A.3.2 Untersuchungseröffnung und Hausdurchsuchungen

23. Gestützt auf die Informationen des/der Anzeiger/in sowie nach weiteren Abklärungen eröffnete das Sekretariat am 8. Juni 2009 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums zwei Untersuchungen gemäss Art. 27 KG – die eine allfällige Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich betreffend (22-0384), die andere (die vorliegende) solche im Kanton Aargau

¹⁸ Siehe zum Ganzen RPW 2009/3, 199 Rz 12, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁹ Siehe zur Zulässigkeit hiervon etwa STEPHAN C. BRUNNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 27 VwVG N 23 f. und 29 f., insbesondere jeweils erstes Lemma von N 24 und 30 m.H.

²⁰ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

(22-0385).²¹ Die den Kanton Aargau betreffende Untersuchung wurde dabei – in alphabetischer Reihenfolge – gegen folgende Unternehmen eröffnet:

- Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, Döttingen (nachfolgend Birchmeier);
- Cellere AG Aarau, Bauunternehmung, Aarau (nachfolgend Cellere);
- Erne AG Bauunternehmung, Laufenburg (nachfolgend Erne), wozu auch die Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau, Birrhard (nachfolgend Gebr. Meier) gehört;²²
- Granella AG, Würenlingen (nachfolgend Granella);
- Implenia Bau AG, Buchs AG²³ (nachfolgend Implenia);
- Knecht Bau AG, Brugg AG (nachfolgend Knecht);
- Meier und Söhne AG, Schwaderloch (recte: Meier Söhne AG, Bauunternehmung; nachfolgend Meier Söhne);
- Umbricht AG, Turgi [Untersiggenthal] (nachfolgend Umbricht), wozu auch die Neue Bau AG Baden, Baden (nachfolgend Neue Bau) gehört;²⁴
- Walo Bertschinger AG, Aarau (deren Interessen von der Walo Bertschinger AG, Zürich wahrgenommen werden; Letztere wird in der Folge als Walo bezeichnet).

24. Am 19. August 2010 wurde die Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums – in alphabetischer Reihenfolge – auf folgende Unternehmen ausgedehnt:

- Ernst Frey AG, Kaiseraugst (nachfolgend [EFAG]);
- [Bauunternehmung] G. Schmid AG, Wittnau (nachfolgend G. Schmid);
- [H.] Graf AG, Zufikon (nachfolgend Graf);
- Hüppi AG, Aarau (deren Interessen von der Hüppi AG, Wallisellen wahrgenommen werden; Letztere wird in der Folge als Hüppi bezeichnet);
- Käppeli Bau AG, Wohlen AG (nachfolgend Käppeli);
- Sustra AG, Schöffland (nachfolgend Sustra);
- Treier AG, Schinznach Dorf (nachfolgend Treier);
- Ziegler AG, Liestal (nachfolgend Ziegler).

25. Die Eröffnung der Untersuchung gab das Sekretariat mittels amtlicher Publikation am 13. Juli 2009 im Schweizerischen Handelsamtsblatt²⁵ und am 14. Juli 2009 im Bundesblatt²⁶ bekannt. Innert der 30-tägigen Frist zur Anmeldung einer Verfahrensbeteiligung begehrte der Schweizerische Baumeisterverband eine Beteiligung gestützt auf Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG. Nach entsprechender Prüfung beantwortete das Sekretariat die Anmeldung dahingehend, dass eine Verfahrensbeteiligung als Dritter ohne Parteistellung möglich sei und der SBV zu einem späteren Zeitpunkt allenfalls angehört

werde. Die Ausdehnung der Untersuchung (19. August 2010) wurde ebenfalls amtlich publiziert.²⁷ Innert der 30-tägigen Frist nach Ausdehnung meldeten sich keine Dritten, die sich an der Untersuchung beteiligen wollten.

26. Am 9. Juni 2009 nahm das Sekretariat in einer koordinierten Aktion mit der Polizei und IT-Spezialisten gleichzeitig im Kanton Aargau und im Kanton Zürich Hausdurchsuchungen vor. In der Untersuchung, die den Kanton Aargau betrifft, erfolgte eine solche bei fünf Baugeschäften (Birchmeier, Cellere, Granella, Implenia und Umbricht). Die betroffenen Baugeschäfte wurden zu Beginn der Hausdurchsuchungen über ihre Rechte inklusive der Möglichkeit einer Bonusmeldung und deren Bedeutung aufgeklärt, und sie erhielten je eine Kopie der Untersuchungseröffnung sowie des Durchsuchungsbefehls. Bei den vier weiteren Baugeschäften, gegen welche die den Kanton Aargau betreffende Untersuchung eröffnet wurde (Erne, Knecht, Meier Söhne und Walo), wurden keine Hausdurchsuchungen vorgenommen. Diesen Baugeschäften wurde aber je von einem Vertreter/einer Vertreterin des Sekretariats ein Schreiben über die Eröffnung der Untersuchung sowie ein Dokument zu den Bestimmungen über die Bonusregelung überbracht.

27. Vier Hausdurchsuchungen konnten am 9. Juni 2009, jene bei Umbricht am 10. Juni 2009 abgeschlossen werden. Es wurde Aktenmaterial gemäss den entsprechenden Protokollen beschlagnahmt.²⁸ Zudem wurden elektronische Daten gespiegelt.

²¹ Vgl. auch die Pressemitteilung des Sekretariats vom 10.6.2009, abrufbar unter: <www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=27366> (7.6.2011).

²² Siehe dazu auch Ausführungen in Fn 123.

²³ Bei der Implenia Bau AG, Buchs AG, und der Implenia Bau AG, Genf, handelt es sich um dieselbe Gesellschaft.

²⁴ Siehe dazu auch Ausführungen in Fn 122.

²⁵ Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB) vom 13.7.2009, Nr. 132 57 f.

²⁶ BBl 2009 5173.

²⁷ Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB) vom 31.8.2010, Nr. 168, 33; Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 31.8.2010 (BBl 2010 5526).

²⁸ Vgl. act. [...]: Durchsuchungs- und Beschlagnahmungsprotokoll je durchsuchter Untersuchungsadressatin.

A.3.3 Bonusmeldungen gemäss Art. 49a Abs. 2 KG

28. Anlässlich der Hausdurchsuchung beantragte eine Untersuchungsadressatin zunächst telefonisch sowie mit umgehender schriftlicher Bestätigung per Fax die Teilnahme am Bonusprogramm und erklärte ihre Bereitschaft zur Kooperation. Drei Untersuchungsadressatinnen reichten in den folgenden Tagen Selbstanzeigen ein

und erklärten sich dazu bereit, mit der Wettbewerbsbehörde zu kooperieren. Zwei Untersuchungsadressatinnen kamen zu einem späteren Zeitpunkt dazu. Somit reichten sechs Untersuchungsadressatinnen eine Bonusmeldung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG²⁹ ein. Die chronologische Reihenfolge der Bonusmeldungen geht aus Tabelle 1 hervor.

Datum	Uhrzeit	Partei
09.06.09	11.34 (Fax)	Birchmeier
10.06.09	10.05 (Fax)	Knecht
	10.05 (Fax)	Meier Söhne
	16.55 (Tel.)	Implenia
11.06.09	14.34 (Fax)	Implenia
30.08.10	14.54 (Fax)	G. Schmid
09.12.10	Posteingang	Umbricht

Tabelle 1: Chronologische Übersicht über das Eintreffen der Bonusmeldungen.

29. In der Folge reichten diese Untersuchungsadressatinnen diesbezügliche Ausführungen sowie bei ihnen noch auffindbares Beweismaterial ein. Der Rechtsvertreter von Knecht und Meier Söhne reichte sechs Ergänzungen zur Selbstanzeige vom [...] ein: 1. Ergänzung vom [...], 2. Ergänzung vom [...], 3. Ergänzung vom [...], 4. Ergänzung vom [...], 5. Ergänzung vom [...] und 6. Ergänzung vom [...]. Der Rechtsvertreter von Implenia reichte vier Ergänzungen ein: 1. Ergänzung vom [...], 2. Ergänzung vom [...], 3. Ergänzung vom [...] und 4. Ergänzung vom [...]. Nach der Ausdehnung der Untersuchung auf G. Schmid reichte deren Rechtsvertreter eine Bonusmeldung sowie zwei Ergänzungen ein: 1. Ergänzung vom [...], 2. Ergänzung vom [...]. Schliesslich reichte Umbricht am [...] eine Bonusmeldung ein.

A.3.4 Der weitere Gang der Untersuchung

30. Das Sekretariat nahm eine eingehende Sichtung der beschlagnahmten Papierdokumente sowie eine Auswertung der elektronischen Daten vor. Die betroffenen Untersuchungsadressatinnen wurden dabei vorgängig über ihre Möglichkeit informiert, diesem Vorgang beizuwohnen. Die Rechtsvertreter von Implenia und Cellere machten von diesem Recht Gebrauch. Alle anderen Untersuchungsadressatinnen verzichteten darauf, den Sichtungen der anlässlich der Hausdurchsuchungen erstellten Kopien der elektronischen Daten beizuwohnen (Granella), (Birchmeier).

31. Ein Sichtungsprotokoll und Kopien der als Bookmarks qualifizierten Dokumente wurden der jeweils betroffenen Untersuchungsadressatinnen mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zugestellt oder übergeben.

32. Sämtliche betroffenen Untersuchungsadressatinnen nahmen zu den Bookmarks Stellung.³⁰ Aufgrund der Stellungnahmen wurden einige Bookmarks als für die Untersuchung nicht relevant ausgesondert.

33. Nach einer eingehenden Durchsicht des beschlagnahmten Aktenmaterials und der Bonusmeldungen wurden diejenigen Projekte bestimmt, welche aufgrund der vorliegenden Hinweise eingehend abgeklärt werden sollten. Gestützt auf dieses Vorgehen wurden mehr als 100 Projekte ausgewählt, bei welchen sich der Verdacht auf unzulässige Absprachen erhärtet hatte. Am 25. August 2010 wurde allen 17 Untersuchungsadressatinnen je ein Fragebogen zugesandt. Damit sollte der Sachverhalt der genannten ca. 100 Projekte rekonstruiert werden (insbesondere die an den Submissionen teilnehmenden Unternehmen, die jeweiligen Zuschlagsempfänger und die Offertpreise).

34. Neun Untersuchungsadressatinnen ersuchten das Sekretariat um eine Fristerstreckung bis Ende Oktober 2010 zur Beantwortung des Fragebogens. Eine solche wurde allen gewährt. Zwei Untersuchungsadressatinnen wurden weitere Fristerstreckungen bis Mitte November bzw. Anfang Dezember 2010 gewährt. Zwei weiteren Untersuchungsadressatinnen wurde am 21. Dezember 2010 je ein zusätzlicher Fragebogen zugesandt.³¹ Die Antworten zum Fragebogen gingen beim Sekretariat

²⁹ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung; SVKG; SR 251.5).

³⁰ Implenia (act. [...]), Cellere (act. [...]), Granella (act. [...]), Birchmeier (act. [...]), Umbricht (act. [...]).

³¹ Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau, Birrhard als affiliierter Gesellschaft zu Erne; Neue Bau AG Baden, Baden als affiliierter Gesellschaft zu Umbricht.

zwischen dem 13. September 2010 und dem 28. Februar 2011 ein.³² Allen Untersuchungsadressatinnen wurde ein Verzeichnis sämtlicher Dokumente, die zu den Akten genommen wurden, zur Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse zugestellt. Bei einigen wurden aufgrund von Unklarheiten in den Antworten der Fragebogen zusätzliche Informationen angefordert.

35. Allen Untersuchungsadressatinnen sandte das Sekretariat einen Fragebogen zu ihrer Unternehmensstruktur zu, den alle beantworteten³³. Einer Untersuchungsadressatin wurde ein zusätzlicher Fragebogen zur Unternehmensstruktur unterbreitet. In der Folge wurde den in die Untersuchung involvierten Rechtsvertretern von Tochtergesellschaften die Möglichkeit eingeräumt, ihre Vertretungsbefugnis auch in Bezug auf die Muttergesellschaften anzuzeigen, für welche eine Parteistellung ebenfalls in Frage kam.

36. Im Hinblick auf die Akteneinsicht der Parteien waren sodann die Akten von Geschäftsgeheimnissen zu bereinigen. Dies betraf insbesondere die aus den Hausdurchsuchungen stammenden, vom Sekretariat als fall- und beweisrelevant erachteten Dokumente. Diese Bereinigung konnte schliesslich – zuweilen nach mehrfacher Korrespondenz – Anfang Juni 2011 abgeschlossen werden.

37. Am 7. Juni 2011 liess das Sekretariat den Parteien den Antrag an die WEKO zur Stellungnahme zukommen und setzte ihnen hierzu eine Frist bis zum 8. Juli 2011. Mehrere Parteien beantragten eine Fristerstreckung bis zum 9. September 2011, welche in allen Fällen gewährt wurde. Ferner wurden den Parteien die Akten in elektronischer Form zugestellt mit dem Hinweis, dass bestimmte im Aktenverzeichnis genannte Akten nur vor Ort einsehbar seien, ohne die Möglichkeit Kopien davon anzufertigen.

38. Noch vor Ablauf dieser Frist verlangten Erne, Gebr. Meier und ERNE Holding AG Laufenburg, es sei ihnen entweder die Möglichkeit einzuräumen, sämtliche Akten gemäss Aktenverzeichnis kopieren zu können oder eine Zwischenverfügung zuzustellen. Mit Zwischenverfügung vom 10. August 2011 wies das Sekretariat im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums das Gesuch um Einräumung der Kopiermöglichkeit ab (siehe zur Akteneinsicht unter Rz 49 ff.).³⁴

39. Die Stellungnahmen der Parteien zum Antrag des Sekretariats vom 7. Juni 2011 gingen zwischen dem 7. Juli 2011 und dem 9. September 2011 ein.³⁵ Die von der Untersuchung betroffenen Muttergesellschaften reichten ihre Stellungnahme in der Regel zusammen mit der Stellungnahme ihrer Tochtergesellschaft bzw. ihrer Tochtergesellschaften ein. Von den Konzernen, zu welchen Sustra, Birchmeier und Granella gehören, nahm jeweils nur die Mutter- oder die Tochtergesellschaft Stellung. Graf und Hubschmid Beteiligungs AG verzichteten auf eine Stellungnahme. Wo in der Folge von Stellungnahmen der jeweiligen Tochtergesellschaften die Rede ist, umfassen diese die Stellungnahmen der jeweiligen Muttergesellschaften.

40. Mit Schreiben vom 2. September 2011 lud das Sekretariat die Parteien dazu ein, sich zur geplanten Anhörung vor der WEKO anzumelden. Die Anhörungen fan-

den am 17. Oktober 2011 (Walo, Treier, Umbricht, Neue Bau)³⁶, 24. Oktober 2011 (Birchmeier, Erne, Gebr. Meier, Granella, Käppeli, Knecht, Meier Söhne, G. Schmid und Cellere)³⁷ sowie 31. Oktober 2011 (erneut Knecht und Meier Söhne)³⁸ statt. [EFAG], Graf, Hüppi, Implenla, Sustra und Ziegler verzichteten darauf, angehört zu werden.

41. Mit Schreiben vom 4. November 2011 gewährte das Sekretariat den Parteien eine Frist bis zum 16. November 2011, um zu den Anhörungen Stellung zu nehmen. In der Folge gingen weitere Stellungnahmen ein.³⁹

42. Die Akteneinsicht wurde den Parteien durch die elektronischen Zustellungen vom 7. Juni 2011, 29. Juni 2011, 13. Juli 2011, 16. August 2011, 13. September 2011, 22. September 2011, 28. September 2011, 19. Oktober 2011, 20. Oktober 2011, 4. November 2011, 18. November 2011, 25. November 2011 und 8. Dezember 2011 gewährt. Daneben fanden verschiedene Zustellungen an einzelne Parteien auf Anfrage statt. Am 9. Dezember 2011 wurde der WEKO von den Parteien Knecht/Meier Söhne/G. Schmid eine letzte unaufgeforderte Eingabe zugestellt, welche aufgrund des anstehenden Entscheids den übrigen Parteien nicht mehr zur Stellungnahme zugestellt werden konnte. Sie enthält keine entscheiderelevanten Informationen und wurde für den Entscheid nicht berücksichtigt.

43. Die WEKO führte am 12. Dezember 2011 eine Beratung durch und entschied am 16. Dezember 2011 über das vorliegende Verfahren.

A.3.5 Vorbringen der Parteien zum Antrag vom 7. Juni 2011

A.3.5.1 Übersicht über die Vorbringen der Parteien

44. Die meisten Parteien beantragten die Einstellung des Verfahrens oder zumindest die Reduktion ihrer Bussse. Sie begründeten dies im Wesentlichen damit, dass der ihnen zur Last gelegte Sachverhalt nicht habe bewiesen werden können. Weiter wird argumentiert, dass

³² Graf (act. [...]), Treier (act. [...]), Ziegler (act. [...]), Knecht, Meier Söhne, G. Schmid (act. [...]), Erne (act. [...]), [EFAG] (act. [...]), Käppeli (act. [...]), Walo (act. [...]), Sustra (act. [...]), Cellere (act. [...]), Implenla (act. [...]), Hüppi (act. [...]), Granella (act. [...]), Birchmeier (act. [...]), Umbricht (act. [...]), Gebr. Meier (act. [...]), Neue Bau (act. [...]).

³³ Act. [...] ([EFAG]), act. [...] (Treier), act. [...] (G. Schmid, Knecht und Meier Söhne), act. [...] (Erne und Gebrüder Meier), act. [...] (H. Graf), act. [...] (Ziegler), act. [...] (Käppeli), act. [...] (Hüppi), act. [...] (Sustra), act. [...] (Granella), act. [...] (Birchmeier), act. [...] (Implenia), act. [...] (Umbricht), act. [...] (Neue Bau), act. [...] (Walo) und act. [...] (Cellere).

³⁴ Act. [...]; für die Stellungnahmen der betroffenen Selbstanzeiger siehe act. [...].

³⁵ Act. [...] (Sustra), act. [...] (Treier), act. 292 ([EFAG]), act. [...] (Erne/Gebr. Meier), act. [...] (Käppeli), act. [...] (Cellere), act. [...] (Implenia), act. [...] (Birchmeier), act. [...] (Umbricht/Neue Bau), act. [...] (Hüppi), act. [...] (Granella), act. [...] (Ziegler), act. [...] (Knecht/Meier Söhne/G. Schmid), act. [...] (Walo).

³⁶ Protokoll der Anhörung vom 17.10.2011: act. [...].

³⁷ Protokoll der Anhörung vom 24.10.2011: act. [...].

³⁸ Protokoll der Anhörung vom 31.10.2011: act. [...].

³⁹ Act. [...] (Birchmeier), act. [...] (Implenia), act. [...] (Walo), act. [...] (Erne), act. [...] (Knecht/Meier Söhne/G. Schmid), act. [...] (Granella), act. [...] (Cellere).

allfällige Abreden keine Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb gehabt hätten. Schliesslich wird die Bemessung der Sanktion kritisiert: Der Basisbetrag sei zu hoch; die erschwerenden Umstände seien zu hoch gewichtet worden und hätten keine gesetzliche Grundlage; es hätten mildernde Umstände berücksichtigt werden müssen.

45. Die Parteien stellten zusammenfassend folgende Begehren:⁴⁰

- Sustra bestreitet den ihr zur Last gelegten Sachverhalt und ersucht darum, dies in den Entscheid einfließen zu lassen.
- Treier verlangt die Einstellung des Verfahrens gegen sie.
- [EFAG] beantragt, es sei der Basisbetrag unter Berücksichtigung der Einwände neu zu ermitteln (nur zwei und nicht fünf Schutznahmen). Zudem sei aufgrund der vier verbleibenden Fälle in der Liste der erschwerenden Umstände ein Zuschlag von maximal 50 % vorzunehmen.
- Erne und Gebr. Meier beantragten, die Untersuchung sei soweit sie betreffend einzustellen. Es sei zudem festzustellen, dass Erne und Gebr. Meier nicht gegen Art. 5 KG verstossen hätten. Eventualiter sei von einer Sanktion gegen Erne und Gebr. Meier abzusehen bzw. sei eine massive Reduktion der Sanktion vorzunehmen.
- Käppeli beantragt, es sei festzustellen, dass sie sich nicht an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt habe. Auf eine Sanktion sei zu verzichten.
- Cellere beantragt, der Antrag vom 7. Juni 2011 sei im Sinne der Erwägungen neu zu fassen und Cellere sei nicht zu sanktionieren.
- Implenia verlangt, der Sachverhalt sei im Sinne der angebrachten Korrekturen zu berichtigen. Darüber hinaus könne die Muttergesellschaft nicht Verfügungsadressatin sein. Schliesslich sei die Sanktion neu zu berechnen.
- Birchmeier ist mit dem Antrag grundsätzlich einverstanden.
- Umbricht und Neue Bau verlangen die Festlegung ihrer Sanktion auf höchstens CHF 740'729.60 bzw. CHF 35'728.75. Wenn diesem Antrag nicht gefolgt werde, seien weitere Untersuchungshandlungen durchzuführen.
- Hüppi beantragt die Einstellung der Untersuchung gegen sie.
- Granella beantragt die vorbehaltlose Einstellung des Untersuchungsverfahrens.
- Ziegler bestreitet die ihr zur Last gelegte Schutznahme. Vier der elf ihr zur Last gelegten Fälle unter dem Titel der erschwerenden Umstände bestreitet sie ebenfalls. Sie beantragt, aufgrund der sieben verbleibenden Fälle sei der Zuschlag von 100 % auf 50 % zu reduzieren.
- Knecht, Meier Söhne und G. Schmid beantragen, es sei ihnen gegenüber keine Sanktion zu ver-

hängen. Eventualiter sei gegenüber der Muttergesellschaft keine Sanktion zu verhängen, gegenüber der Knecht maximal eine Sanktion von CHF 5'450, gegenüber der Meier Söhne maximal eine Sanktion von CHF 9'650 und gegenüber der G. Schmid maximal eine Sanktion von CHF 2'091. Zudem seien der Muttergesellschaft und der G. Schmid keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Muttergesellschaft sei nicht solidarisch für die Sanktionen der Tochtergesellschaften zu verpflichten.

- Walo verlangt die Einstellung der Untersuchung oder mindestens den Verzicht auf eine Sanktion. Wenn doch eine Sanktion ausgefällt werde, sei diese auf CHF 3'614.97 festzusetzen.

A.3.5.2 Institutionelle Vorbehalte

46. Verschiedene Parteien⁴¹ bringen vor, die Sanktionierung gemäss Art. 49a KG sei eine Massnahme mit Strafcharakter und falle deshalb in den Anwendungsbe- reich von Art. 6 und 7 EMRK⁴². Diese Bestimmungen seien im vorliegenden Verfahren nicht eingehalten worden. Daneben würden auch Art. 29 ff. BV⁴³ nicht respektiert. Verletzt seien das Recht auf ein unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht sowie auf ein faires Verfahren. Aufgrund der Interessenvertreter in der WEKO stelle diese kein unabhängiges Gericht dar. Zudem seien die WEKO als urteilende und das Sekretariat als verfolgende Behörde eng verflochten. Bereits die erste Instanz müsse aber EMRK-konform sein. Die Beschwerdeinstanz der WEKO, das Bundesverwaltungsgericht, könne diesen Mangel nicht heilen und schöpfe in der Praxis die volle Kognition ohnehin nicht aus, sodass die Anforderungen gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK auch durch die Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht nicht erfüllt werden könnten. Die vom Bundesverwaltungsgericht herangezogene Rechtsprechung, mit welcher es die gegenteilige These untermauern wolle, betreffe einen nicht mit dem hier zu beurteilenden Fall vergleichbaren Sachverhalt. Deshalb bleibe es dabei, dass das vorliegende Verfahren Art. 6 Abs. 1 EMRK verletze.

47. Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Die Parteien bringen nicht vor, dass die WEKO aufgrund des geltenden Gesetzesrechts nicht zuständig sei oder dass sie ihre Kompetenzgrundlage falsch anwende. Gemäss Art. 5 BV sind Grundlage und Schranke des staatlichen Handelns aber das Recht. Die WEKO hat sich demnach an geltendes

⁴⁰ Für die Akten-Nr. siehe unter Fn 35.

⁴¹ Walo, act. [...]; Granella act. [...]; Knecht, Meier Söhne und G. Schmid, act. [...].

⁴² Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (EMRK; SR 0.101).

⁴³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

Gesetzesrecht zu halten, soweit es nicht übergeordnetem Recht widerspricht. Vor dem Hintergrund der bestehenden Rechtsprechung besteht kein Grund zur Annahme, die WEKO verstosse mit ihrer Gesetzesanwendung gegen übergeordnetes Recht. Der WEKO kommt unter diesen Umständen die Kompetenz nicht zu, sich für unzuständig zu erklären.

48. Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschieden, dass die Verhängung einer Sanktion durch eine Verwaltungsbehörde in erster Instanz nicht gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstösst, solange der Entscheid durch ein Gericht überprüft werden kann, das sämtliche Konventionsgarantien erfüllt.⁴⁴ Das Bundesverwaltungsgericht erfüllt diese Voraussetzungen.⁴⁵ Die WEKO handelt somit nicht nur gesetzeskonform, sondern genügt auch den Anforderungen der EMRK.

A.3.5.3 Akteneinsicht

49. Erne und Gebr. Meier machen geltend, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei dadurch verletzt worden, dass sie nicht von sämtlichen Verfahrensakten hätten Fotokopien anfertigen dürfen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasse die Befugnis, Fotokopien zu erstellen. Dieses Recht dürfe nur eingeschränkt werden, wenn öffentliche oder private Interessen – namentlich solche von Gegenparteien – die Geheimhaltung erfordern würden. Dabei müsse im Einzelfall zwischen dem Interesse an der Akteneinsicht und dem öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsinteresse abgewogen werden. An der im vorliegenden Verfahren verweigerten Möglichkeit, die Bonusmeldungen mitsamt den umfangreichen Beilagen zu kopieren, bestehe weder ein hinreichendes öffentliches oder privates Interesse noch sei dies verhältnismässig. Die Beweisführung gegen Erne und Gebr. Meier basiere praktisch ausschliesslich auf den nicht kopierbaren Unterlagen, welche sehr umfangreich seien. Die in den Bonusmeldungen enthaltenen Anschuldigungen liessen sich nur dann substantiiert widerlegen, wenn die betreffenden Dokumente kopiert und den gegenwärtigen und ehemaligen Mitarbeitenden anschliessend unterbreitet werden könnten. Im Unterschied zur EU bestünden beim Schweizer Kartellrecht und insbesondere bei Binnensachverhalten wie dem vorliegenden keine Berührungspunkte zum angelsächsischen Zivilprozess, von welchem eine gewisse Gefahr durch Schadenersatzverfahren ausgehen würden. Eine solche Gefahr sei in Bezug auf die vorliegende Untersuchung nicht gegeben, womit auch kein öffentliches Interesse auf die Einschränkung der Akteneinsicht vorliege. Hinzukomme, dass der Inhalt der Bonusmeldungen in weiten Teilen in den Antrag eingeflossen seien, sodass das angebliche öffentliche Interesse am Kopierverbot verwirkt sei. Ausserdem habe keine Interessenabwägung im Einzelfall stattgefunden. Schliesslich sei das Kopierverbot nicht verhältnismässig, weil es mildere Mittel gebe, wie z.B. die Herausgabe der Unterlagen an die Rechtsvertreter.

50. Dem Einwand, Erne und Gebr. Meier könnten sich nur verteidigen, wenn sie die Akten der Bonusmeldungen auch kopieren dürften, kann nicht gefolgt werden. Der Umfang der nur vor Ort einsehbaren Akten nimmt kein Ausmass an, das sich nicht durch den Besuch vor Ort bewältigen liesse. Dies bestätigt nicht zuletzt die

Vornahme der Akteneinsicht der übrigen Parteien. Neben Erne und Gebr. Meier hat nur Hüppi ähnliche Argumente vorgebracht. Alle übrigen Parteien (auch solche, die durch die Bonusmeldungen in vergleichbarem Ausmass belastet werden) bekundeten keine Probleme damit, ihre Verteidigungsrechte wahrzunehmen. Der fehlenden Gefahr von Schadenersatzprozessen nach angelsächsischen Zivilprozess ist entgegenzuhalten, dass es bei der Verweigerung der Kopiermöglichkeit darum geht, den Anreiz für die Einreichung von Bonusmeldungen sowie Beweismitteln und somit das Funktionieren der Bonusregel nicht unnötig zu gefährden. Hierfür ist es notwendig Vertrauen zu schaffen: die Unternehmen, die eine Bonusmeldung einreichen, sollen sich grundsätzlich auf einen schonungsvollen Umgang mit den von ihnen eingereichten Dokumenten verlassen können. Kommt hinzu, dass der diskrete Umgang mit Bonusmeldungen auch aus anderen Gründen angezeigt ist, wie z.B. aufgrund von zu befürchtenden Retorsionsmassnahmen innerhalb der Branche. Auch die Verwendung der Informationen aus den Bonusmeldungen im Antrag steht der Verweigerung der Kopiermöglichkeit nicht entgegen. Einerseits ist der Antrag nicht mit der Bonusmeldung gleichzusetzen, andererseits sind in den Bonusmeldungen weitergehende Informationen enthalten. Insgesamt zeigt sich, dass die mit der Einreichung einer Bonusmeldung verbundenen Unsicherheiten für die meldenden Unternehmen durch die Verweigerung der Kopiermöglichkeit zumindest reduziert werden können, sodass ein öffentliches Interesse an dieser Verweigerung besteht. Dieses wurde im Einzelfall gegen die Interessen von Erne und Gebr. Meier abgewogen. Dabei hat sich gezeigt, dass die Erne und Gebr. Meier betreffenden und nur vor Ort einsehbaren Akten einen Umfang aufweisen, der bewältigt werden kann und eine wirksame Verteidigung gegen die drohende Sanktion zulässt. Das angeblich mildere Mittel der Herausgabe nur an die Rechtsvertreter führt nicht zum selben hohen Schutz der Akten, weshalb sie vorliegend nicht in Betracht fällt. Im Übrigen wird auf die Verfügung vom 10. August 2011 verwiesen.

51. Hüppi verlangt ebenfalls, es sei ihr die Möglichkeit einzuräumen, Kopien anzufertigen. Hüppi wurde nur in einem Fall vorgeworfen, gegen das Kartellgesetz verstossen zu haben. Die soeben dargelegten Ausführungen gelten auch für Hüppi. Auch ihr wird deshalb die Möglichkeit verweigert, sämtliche Akten zu kopieren. Ohnehin wird das Verfahren gegen Hüppi ohne Folge eingestellt, sodass kein Interesse an der Gewährung der Kopiermöglichkeit mehr besteht.

⁴⁴ Urteil des EGMR *Menarini Diagnostics S.R.L. contre Italie* vom 27.9.2011 Rz 58 f.

⁴⁵ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 273 E. 5.6.5, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

A.3.5.4 Weitere Beweismassnahmen und Untersuchungsgrundsatz

52. Erne und Gebr. Meier bringen vor, es bestünden erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der in den Bonusmeldungen enthaltenen Anschuldigungen. Ohne förmliche Durchführung von Einvernahmen mit den involvierten Personen (als Auskunftspersonen oder als Zeugen im Sinne von Art. 12 Bst. b oder Art. 14 ff. VwVG bzw. Art. 42 Abs. 1 KG) oder ohne andere zusätzliche Untersuchungsmaßnahmen dürfe der Beweis für die vom Sekretariat beantragten Sanktionen niemals als erbracht gelten. Umbricht rügt die unvollständige Erhebung des Sachverhalts. Knecht/Meier Söhne/G. Schmid verlangen (allerdings ohne Begründung), das Sekretariat sei anzuweisen, die Untersuchung zu ergänzen und einen neuen Verfügungsantrag zu stellen, wenn ihren Anträgen nicht gefolgt werde. Granella erkennt in der Beweiserhebung durch das Sekretariat eine Verletzung der Pflicht zu einer umfassenden und sorgfältigen Sachverhaltsermittlung bzw. der Untersuchungsmaxime.

53. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Art. 12 VwVG sieht vor, dass der Sachverhalt von der Behörde von Amtes wegen festgestellt wird. Dieser Grundsatz wird durch den den Parteien zustehenden Gehörsanspruch ergänzt. Gemeinsam sollen sie sicherstellen, dass der Sachverhalt korrekt und vollständig ist, dass die erheblichen Beweise erhoben und zutreffend gewürdigt werden und dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abstützt und in nachvollziehbarer Weise begründet ist.⁴⁶

54. Das Sekretariat hat den Parteien den Antrag zur Stellungnahme unterbreitet. Die Parteien konnten dazu ausführlich Stellung nehmen und ihre Sichtweise zu sämtlichen Aspekten darstellen. Sie konnten zudem entlastende Beweismittel vorbringen und zur Darstellung des Sachverhaltes beitragen. In der Folge fanden Anhörungen statt, an welchen sich die Parteien noch einmal äussern konnten.

55. Wie sich den nachfolgenden Ausführungen entnehmen lässt, ist der Sachverhalt genügend abgeklärt und wurde ordnungsgemäss Beweis geführt. Soweit noch offene Fragen bestanden, wurden diese durch die Anhörungen vom 17., 24. und 31. Oktober 2011 sowie die weiteren Eingaben der Parteien beantwortet. Der Sachverhalt wurde detailliert und unter Beachtung der Parteivorbringen aufgearbeitet. Weitere Untersuchungsmaßnahmen sind deshalb nicht nötig und der Untersuchungsgrundsatz wurde nicht verletzt.

56. Erne und Gebr. Meier rügen schliesslich, die Anhörungen seien nicht objektiv und nicht vollständig gewesen. Die angehörten Parteien seien praktisch ausschliesslich zu denjenigen Fällen befragt worden, bei welchen das Sekretariat sich auf Schriftstücke berufen könne. Die Vertreter der Erne-Gruppe seien unter Druck gesetzt worden, während die Vertreter der Knecht-Gruppe nur veranlasst worden seien, ihre Aussagen aus den Bonusmeldungen zu bestätigen. So habe sich der Vertreter der Erne-Gruppe, [Erne AG], zu Akten äussern müssen, ohne dass der Kontext klar erläutert worden wäre. Dabei gelte es zu beachten, dass [Erne AG] diese Akten das erste Mal gesehen habe, weil er keine Gele-

genheit gehabt habe, diese Dokumente bei der WEKO einzusehen. Es sei insgesamt der Eindruck entstanden, dass es der Kommission nicht darum gegangen sei, die Wahrheit und die tatsächlichen Gegebenheiten zu ergründen.

57. Dieser Eindruck widerspiegelt nicht die Tatsachen. Einerseits hat die WEKO den Verfahrensparteien auch Fragen gestellt zu Fällen, bei welchen sich das Sekretariat nicht auf Schriftstücke berufen konnte (z.B. Fälle 15, 32, 54, 81). Andererseits liegt es bei der generellen Bestreitung aller gegen sie vorliegenden Hinweise, wie sie von Erne und Gebr. Meier betrieben wurde, auf der Hand, dass diese zu Fällen befragt werden, zu welchen neben Aussagen auch schriftliche Dokumente vorliegen. Auch davon, dass die Vertreter von Erne unter Druck gesetzt worden seien, kann nicht gesprochen werden. Insbesondere der Verweis auf die Unmöglichkeit, die Verfahrensakten vorgängig zu studieren, verfängt nicht. Die Vertreter der Erne-Gruppe, inkl. des CEO der Erne, hatten während drei Monaten Zeit, sämtliche Verfahrensakten zu studieren und hierfür wenn nötig in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen. Wenn der CEO der Erne freiwillig auf diese Möglichkeit verzichtet, kann er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Vertreter der Erne-Gruppe auch während den Anhörungen anwaltlich vertreten waren. Schliesslich ist zu sagen, dass die Vertreter der Erne-Gruppe an der Anhörung die Möglichkeit hatten, den Vertretern der Knecht-Gruppe Fragen zu stellen. Darauf haben sie verzichtet und sich darauf beschränkt, sich schriftlich zu äussern.

A.3.5.5 Vorbringen zu Informationen der Wettbewerbsbehörden

58. Knecht/Meier Söhne/G. Schmid bringen vor, die Medienmitteilung des Sekretariats vom 9. Juni 2011, in welcher über die angeblichen Kartellrechtsverstösse der Parteien informiert wurde, und deren Kommentierung durch den Direktor des Sekretariats in der TV-Sendung „Schweiz aktuell“ seien verfahrensrechtlich und rechtsstaatlich unzulässig. Damit sei in der Öffentlichkeit eine Erwartungshaltung geschürt worden und ein faires Verfahren sei nicht mehr möglich. Es läge ein Ausstandsgrund für die gesamte Behörde vor. Da aber nicht der Ausstand einer ganzen Behörde verlangt werden könne, müsse die WEKO wenigstens darauf verzichten, Sanktionen zu verhängen. Auch Walo rügt die Medienpolitik des Sekretariats. Diese verletzte die Unschuldsvermutung. Es sei der Eindruck entstanden, dass die WEKO Sanktionen ausgesprochen habe. Dass mit der Pressemitteilung des Sekretariats lediglich über den Antrag des Sekretariats informiert worden sei, zu welchem die Parteien Stellung nehmen könnten, sei für einen Laien zu wenig deutlich formuliert worden. Walo zitiert zudem verschiedene Zeitungsartikel, aus welchen hervorgehe, dass die WEKO bereits Sanktionen ausgesprochen habe.

⁴⁶ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 672, 678, E. 4, *Ticketcorner*.

59. Gemäss Art. 49 Abs. 1 KG sind das Sekretariat und die WEKO verpflichtet, die Öffentlichkeit über Geschäfte zu informieren, bezüglich welchen ein grosses Informationsinteresse besteht. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn das Sekretariat seinen Antrag den Parteien zur Stellungnahme zustellt. Eine solche Orientierung wird regelmässig durch Pressemitteilungen vorgenommen.⁴⁷ Bei der Wahrnehmung ihrer Informationspflicht verfügen die Wettbewerbsbehörden über einen Ermessensspielraum, wobei insbesondere darauf zu achten ist, dass der korrekten Darstellung des Verfahrensstandes die nötige Beachtung geschenkt wird.⁴⁸ Für allenfalls missverständliche Wiedergaben von klar formulierten Informationen und für eine daraus möglicherweise resultierende Vorverurteilung der beteiligten Unternehmen in den Medien können die Wettbewerbsbehörden jedoch nicht verantwortlich gemacht werden.⁴⁹ Vor diesem Hintergrund kann dem Sekretariat weder vorgehalten werden, es hätte einen Ausstandsgrund geschaffen, noch es hätte die Unschuldsumutung verletzt. Die in der Pressemitteilung und der TV-Sendung „Schweiz aktuell“ wiedergegebenen Informationen stellen den Verfahrensstand korrekt dar. In beiden Beiträgen kommt zum Ausdruck, dass die WEKO den Entscheid über eine Sanktion erst noch fällen wird. Dass gewisse Medien diese Informationen allenfalls nicht korrekt wiedergegeben haben, kann dem Sekretariat nicht zum Vorwurf gemacht werden.

60. Hüppi verlangt schliesslich, es in einer Medienmitteilung bekanntzumachen, dass sie vollumgänglich entlastet worden sei vom Verdacht auf Teilnahme an wettbewerbsbeschränkenden Abreden im Bereich des Strassen- und Tiefbaus im Kanton Aargau. Diesem Ersuchen wird insofern nachgekommen, als im Rahmen der üblichen Medienmitteilung über den Ausgang dieses Verfahrens informiert wird. Weitergehende Informationspflichten der Wettbewerbsbehörden bzw. entsprechende Ansprüche der Parteien bestehen nicht. Eine über den gängigen Informationsgehalt solcher Medienmitteilungen hinausgehende Orientierung der Öffentlichkeit wird somit nicht vorgenommen.

61. Auf die unter dieser Ziffer genannten sowie weitere Vorbringen und Argumente wird im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen eingegangen.

A.4 Übersicht über die Absprachetätigkeit im Kanton Aargau

62. In der Tiefbaubranche des Kantons Aargau kam es schon seit geraumer Zeit zu Absprachen bi- und multilateraler Art sowie damit verbundener Kontakte und Treffen. Die Wettbewerbsbehörde fand in den elektronischen Daten von Birchmeier eine schriftliche Vereinbarung aus dem Jahr 1998, in welcher der Schutz für die ARGE Birchmeier/Granella/Umbricht sowie die Höhe der Schutzofferte der Mitbewerber festgehalten wurden. Solche expliziten Verträge scheinen jedoch äusserst selten zu sein. In der Regel basieren die Absprachen ausschliesslich auf mündlichen Vereinbarungen. In einigen Fällen liegen allerdings handschriftliche Notizen zu solchen Vereinbarungen vor.⁵⁰

63. Das Sekretariat hat die Absprachetätigkeit ab dem Jahr 2006 untersucht, da Unterlagen von Projekten, welche nicht ausgeführt werden konnten, von den Bau-

geschäften in der Regel nur wenige Jahre aufbewahrt werden. Bei weiter zurückliegenden Projekten kann der Sachverhalt deshalb oftmals nicht mehr genügend rekonstruiert werden, insbesondere was die Einreichung von Stützofferten anbelangt. Das Sekretariat fand Hinweise, dass die Untersuchungsadressatinnen in der Zeit von 1998 bis 2006 ebenfalls in Absprachen verwickelt waren. Die Häufigkeit solcher Absprachen lässt sich nicht mehr eruieren. Zum Beispiel liegt eine interne E-Mail von Implenia (damals Batigroup) vom 14. Februar 2003 vor, aus welcher hervorgeht, dass am Montag, 17. Februar 2003 ein Treffen zwischen Walo, [...], Cellerre, Implenia, [RL] und [B&G] stattfinden würde. Ein Mitarbeiter von Implenia teilt darin mit, dass Cellere „herumtelefoniert“ habe. Der Mitarbeiter möchte wissen, wie er sich verhalten soll.

64. Die an der Absprache beteiligten Unternehmen vereinbarten mindestens, welches Unternehmen die tiefste Offerte einreichen und von den anderen durch Stützofferten geschützt werden sollte. Der Geschützte übermittelte hierzu den Mitbewerbern seinen eigenen Eingabepreis (genau oder überschlagsmässig). Um den Mitbewerbern den Kalkulationsaufwand für die Offerten abzunehmen, wurden den an der Absprache beteiligten Unternehmen häufig vollständig durchgerechnete Offerten oder Teile davon übermittelt (per Fax, E-Mail oder per Post).⁵¹ In gewissen Fällen hat der Geschützte auch die Eingaben für seine Mitbewerber berechnet oder ihnen seine eigene Offerte mit der gewünschten prozentualen Erhöhung (z.B. „Bitte plus 5 %“) zugesandt.⁵²

65. Tabelle 2 gibt eine nach Untersuchungsadressatin geordnete Übersicht über die Anzahl der erfolgreich abgeschlossenen Projekte (erfolgreiche Schutznahmen und Stützofferten⁵³):

⁴⁷ Siehe zum Ganzen: RPW 2011/2, 316 Rz 77, *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*.

⁴⁸ Urteil des BVGer, RPW 2011/2, 328 E. 4.2.5 i.f., *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*.

⁴⁹ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 391 E. 11 i.f., *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

⁵⁰ Siehe z.B. Fall 95: Auf der Offerte von [D], welche bei [L] gefunden wurde steht „Wenn Du mit den Rabattansätzen von 6 % + 2 % eingibst bist Du 2 % vor mir. Dann sieht es nicht nach Absprache aus, und ich kann von meinem Preis nochmal 2 – 3 % runter gehen. Kannst Du die Offerte noch diese Woche abschicken?!“ (act. [...]); siehe beispielsweise auch Fall 97.

⁵¹ Siehe z.B. Fall 1, Teile der Offerte von [A] bei [L] gefunden; siehe z.B. Fall 44, ganze [D-]Offerte von [G] eingereicht.

⁵² Z.B. Fall 94.

⁵³ Für die nicht-erfolgreichen Schutznahmen und Stützofferten siehe Tabelle 7.

Unternehmen	Anzahl Fälle	Anzahl Schutznahmen	Anzahl Stützofferten
Birchmeier	[32-55] ⁵⁴	[11-20]	[21-35]
Cellere	[3-20] ⁵⁵	[0-10]	[3-10]
Erne	[11-30] ⁵⁶	[0-10]	[11-20]
[EFAG]	[3-20] ⁵⁷	[0-10]	[3-10]
Gebr. Meier	[11-30] ⁵⁸	[0-10]	[11-20]
G. Schmid	[3-20] ⁵⁹	[0-10]	[3-10]
Graf	[3-20] ⁶⁰	[0-10]	[3-10]
Granella	[22-45] ⁶¹	[0-10]	[21-35]
Hüppi	[0-12]	[0-10]	[0-2]
Implenia	[11-30] ⁶²	[0-10]	[11-20]
Käppeli	[0-12] ⁶³	[0-10]	[0-2]
Knecht	[32-55] ⁶⁴	[11-20]	[21-35]
Meier Söhne	[32-55] ⁶⁵	[11-20]	[21-35]
Neue Bau	[3-20] ⁶⁶	[0-10]	[3-10]
Sustra	[0-12] ⁶⁷	[0-10]	[0-2]
Treier	[0-12] ⁶⁸	[0-10]	[0-2]
Umbricht	[32-55] ⁶⁹	[11-20]	[21-35]
Walo	[3-20] ⁷⁰	[0-10]	[3-10]
Ziegler	[3-20] ⁷¹	[0-10]	[3-10]

Tabelle 2: Erfolgreiche Schutznahmen und Stützofferten 1.1.2006-7.6.2009.

66. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass sich die Untersuchungsadressatinnen bzw. zumindest die Mitglieder einer Kerngruppe an zahlreichen Absprachen über Tiefbauprojekte im Kanton Aargau beteiligt haben. Die aufgedeckte Absprachetätigkeit weist also eine gewisse Systematik auf, da es über eine längere Zeitdauer (während über 10 Jahren)⁷² zu zahlreichen Absprachen unter Mitbewerbern⁷³ gekommen ist. Die Hausdurchsuchungen und die eingegangenen Bonusmeldungen haben Hinweise auf fast 300 abgesprochene Projekte geliefert.⁷⁴ Gestützt auf die vorhandenen Hinweise zu den einzelnen Projekten sowie aus Verfahrensökonomischen Gründen hat sich die Wettbewerbsbehörde auf rund 100 Projekte konzentriert und diese im Detail aufgearbeitet. Diese Projekte stammen aus dem Zeitraum von 2006 bis 2009.⁷⁵

67. Die vorliegenden Hinweise deuten darauf hin, dass zumindest eine Kerngruppe der Parteien eine Rahmenvereinbarung getroffen hat, die auf lange Dauer angelegt und potentiell auf jedes Tiefbauprojekt im Kanton Aargau gerichtet war. Die erwähnte Rahmenvereinbarung weist jedoch einen diffusen Charakter auf und lässt sich aufgrund der vorliegenden Indizien nur schwer nachweisen. In Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden wird deshalb zum Nachweis der unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG auf die einzelnen nachgewiesenen Projekte abgestellt (siehe dazu unter A.6 Spezifische Projekte).

68. Auf die weiteren Sachverhaltselemente wird soweit nötig in der Darstellung der spezifischen Projekte sowie den Erwägungen eingegangen.

A.5 Vorbemerkungen zu bestimmten Beweismitteln und Vorbringen der Parteien

69. Die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung basieren auf den Aktenstücken, die bei den genannten Hausdurchsuchungen beschlagnahmt wurden, sowie auf

⁵⁴ Birchmeier: [...].

⁵⁵ Cellere: [...].

⁵⁶ Erne: [...].

⁵⁷ [EFAG]: [...].

⁵⁸ Gebr. Meier: [...].

⁵⁹ G. Schmid: [...].

⁶⁰ Graf: [...].

⁶¹ Granella: [...].

⁶² Implenia: [...].

⁶³ Käppeli: [...].

⁶⁴ Knecht: [...].

⁶⁵ Meier Söhne: [...].

⁶⁶ Neue Bau: [...].

⁶⁷ Sustra: [...].

⁶⁸ Treier: [...].

⁶⁹ Umbricht: [...].

⁷⁰ Walo: [...].

⁷¹ Ziegler: [...].

⁷² Der erste dokumentierte Fall stammt aus dem Jahr 1998 (act. [...]), die letzten Fälle beziehen sich auf das Jahr 2009 (siehe z.B. Fälle [...]).

⁷³ In diesem Sinne gehören die Untersuchungsadressatinnen zum engeren Kreis der an den unzähligen Absprachen beteiligten Tiefbauunternehmen. Es waren auch andere, kleinere aargauische und ausserkantonale Tiefbauunternehmen vereinzelt an Absprachen beteiligt (siehe z.B. Fall 80).

⁷⁴ Siehe act. [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...].

⁷⁵ Siehe dazu die Ausführungen in Rz 108 und 1087 ff. insb. 1109.

⁷⁶ RPW 2009/3, 205 Rz 58 und 61, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, wo eine Rahmenvereinbarung ebenfalls als wahrscheinlich betrachtet wurde, jedoch ebenfalls auf die einzelnen Projekte abgestellt wurde; RPW 2008/1, 95 f. Rz 82, *Strassenbeläge Tessin*, wo eine solche Rahmenvereinbarung zweifellos vorlag.

sechs Bonusmeldungen (inkl. dazu eingereichten Aktenstücken) und weiteren Auskünften der Untersuchungsadressatinnen (insbesondere Antworten auf Fragebögen und Antworten anlässlich der Anhörungen). Zu gewissen dieser Beweismittel erscheinen einige erläuternde Vorbemerkungen als angebracht.

A.5.1 Birchmeier-Liste

70. Die Hausdurchsuchung vom 9. Juni 2009 bei Birchmeier begann um 09.00 Uhr. Das Sekretariat durchsuchte verschiedene Büros und erklärte sich bereit, mit der Durchsuchung des Büros von [Birchmeier AG] zuzuwarten, bis dieser vor Ort eintreffen würde. Um 13.20 Uhr traf [Birchmeier AG] ein. Kurz bevor sein Büro durchsucht wurde, händigte er dem Sekretariat einen roten Ordner EAG aus, der sich in seinem Büro befunden hatte. Aufgrund dieser Umstände wird der gesamte Ordner als beschlagnahmtes Dokument betrachtet.⁷⁷

71. Im genannten Ordner befand sich eine handschriftlich verfasste Liste, die Aufschluss über abgesprochene Projekte gab (nachfolgend „Birchmeier-Liste“ genannt). Die neun Seiten umfassende handgeschriebene Liste enthält über 150 Projekte, zu welchen Birchmeier jeweils eine Stützofferte einreichte. Jede Zeile entspricht einem Projekt und führt den Bauherrn, das Bauobjekt, die Offertsumme von Birchmeier, den geschützten Mitbewerber und das Datum auf. Birchmeier tippte die Birchmeier-Liste nach erfolgter Hausdurchsuchung ab und reichte sie mit ihrer Eingabe vom 9. November 2010 in elektronischer Form ein. In der vorliegenden Verfügung wird, wenn nicht anders vermerkt, auf die handschriftliche Liste verwiesen.

72. Die Birchmeier-Liste ist für die vorliegende Untersuchung ein wichtiges und besonders verlässliches Beweismittel. Sie ist *während* der Absprachetätigkeit entstanden und wurde nicht erst *nach* der Untersuchungseröffnung erstellt. Sie stützt sich damit nicht auf Erinnerungen an lange zurückliegende Fakten. Gemäss eigenen Aussagen hat Birchmeier immer unmittelbar nach einer Absprachesitzung, d.h. in den folgenden 24 bis 48 Stunden, den Eintrag vorgenommen, in der Regel vor der Zuschlagserteilung.

73. Die in der Birchmeier-Liste enthaltenen Zahlen stellen jeweils die Offertsumme von Birchmeier dar und basieren auf den überschlagsmässigen Abmachungen der Abredeteilnehmer. Sie entsprechen deshalb in der Regel nicht exakt den Zahlen der nachfolgend eingereichten Offerten von Birchmeier. Zudem wurden die Einträge zum Zeitpunkt der Absprache, also vor der Einreichung der jeweiligen Offerten, vorgenommen. Es kann daher vorkommen, dass der gemäss Birchmeier-Liste geschützte Mitbewerber nicht dem Baugeschäft entspricht, das in der Folge den Zuschlag erhielt (d.h. dass die Absprache nicht erfolgreich war).

74. Die Schutznahmen von Birchmeier sind nur ausnahmsweise in der Birchmeier-Liste enthalten. Aus diesem Grund hat Birchmeier nach der Untersuchungseröffnung eine zusätzliche Liste erstellt, aus welcher fast sämtliche ihrer Schutznahmen hervorgehen; siehe weitere Angaben zu dieser Liste unter Rz 1153).

75. Die elektronische Version der Birchmeier-Liste entspricht genau der handschriftlichen Version mit verein-

zelten Ergänzungen. Sie wurde lediglich zur Verifizierung einzelner schwer lesbarer Textpassagen verwendet. Die Verfahrensparteien hatten Einsicht in beide Versionen der Birchmeier-Liste.

76. In ihren Stellungnahmen stellen Umbricht und Neue Bau, Granella sowie die Glaubwürdigkeit und Verlässlichkeit der Birchmeier-Liste. bzw. deren Beweiskraft generell in Frage. Erne und Walo bestreiten die Beweiskraft der Birchmeier-Liste in Bezug auf gewisse Fälle. Diese Vorbehalte gegenüber der Birchmeier-Liste werden bei den jeweiligen Fällen behandelt.

77. Granella stellt die Beweiskraft der Birchmeier-Liste in Frage, weil sie von einem Unternehmen stamme, das Bonusmelder und möglicherweise Kartellführer sei. Birchmeier habe ein ureigenes Interesse, sich zu entlasten und andere angebliche Submissionsbeteiligte zu belasten. Birchmeier scheine zudem als einzige „*quasi eine eigentliche Buchhaltungs-Liste geführt zu haben*“. Es „könnte“ deshalb davon ausgegangen werden, dass Birchmeier die Eigenschaften einer Ringleaderin innegehabt habe. Diesfalls wäre die Birchmeier-Liste als Beweismittel zurückzuweisen. Ähnlich argumentieren Umbricht und Neue Bau, welche darauf hinweisen, dass die Birchmeier-Liste das Wissen und die subjektiven Eindrücke einer Partei wiedergebe, die selbst massiv in die Abreden involviert sei.

78. Diese Einwände vermögen nicht zu bestehen. Durch die Einreichung einer Bonusmeldung erwächst den entsprechenden Unternehmen, abgesehen von der Sanktionsreduktion, keinerlei Vorteile. Im Gegenteil. Sie riskieren, in der Branche als Verräter zu gelten und geächtet zu werden.

79. Auch wenn Birchmeier die führende Rolle innegehabt hätte, würde dies die Beweiskraft der Birchmeier-Liste nicht tangieren. Sie wurde während der Absprachetätigkeit erstellt, also vor der Untersuchungseröffnung und vor der Einreichung einer Bonusmeldung. Deshalb wird deren Beweiskraft weder durch eine allfällige Rolle eines Kartellführers noch durch die Rolle eines Bonusmelders erheblich beeinträchtigt.

80. Umbricht und Neue Bau machen geltend, dass die Birchmeier-Liste teilweise Projekte enthalte, welche nicht abgesprochen waren. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Liste nur als Übersicht über die Vergabe der Projekte diene und entgegen der Auffassung der Wettbewerbsbehörde nicht das Festhalten der gewährten Stützofferten bezweckt habe. In dieselbe Richtung gehen die Hinweise von Granella auf die Motive hinter der Erstellung bzw. Führung der Birchmeier-Liste. Damit ist der Zweck der Birchmeier-Liste angesprochen. An der Anhörung vom 24. Oktober 2011 äusserte sich Birchmeier klar zum Zweck der Liste: „*Als Herr [Birchmeier AG] als Neuling hinzukam, wunderte er sich, wie die anderen Beteiligten jeweils wussten, wer, wann, welches geschützte Objekt erhielt. Um selbst die Übersicht zu behalten, führte er die Liste.*“ Weiter führte

⁷⁷ Weitere Ausführungen zur Birchmeier-Liste siehe unter Rz 942 und 1152.

Birchmeier aus, dass er immer unmittelbar nach einer Absprachesitzung, d.h. innert 24 bis 48 Stunden, den Eintrag in der Liste gemacht habe, also wenn er wusste, dass er diesen Unternehmer geschützt hat. In der Regel sei der Eintrag vor der Zuschlagserteilung erfolgt. Gestützt auf diese Ausführungen ergibt sich, dass der Zweck der Liste darin bestand, die Übersicht über die von Birchmeier gewährten Stützofferten zu behalten.

81. Granella, Cellere, Umbricht und Neue Bau bringen vor, die Birchmeier-Liste sei widersprüchlich und/oder fehlerhaft.

82. Der Vorwurf der Fehlerhaftigkeit zielt erstens darauf, dass auf der Birchmeier-Liste gewisse eingetragene Objekte nicht Gegenstand von Gesprächen oder Vereinbarungen über die Zuteilung des Zuschlags unter den Submittenten gewesen seien. Ein solcher Fehler könnte entweder auf eine böse Absicht von Birchmeier schliessen oder darauf zurückzuführen sein, dass sich Birchmeier verschrieben hat (z.B. falsches Datum oder falscher Betrag). Von einer bösen Absicht geht die WEKO nicht aus. Sollte sich Birchmeier verschrieben haben, würde der Fehler lediglich einzelne Spalten der Birchmeier-Liste betreffen, was sich allerdings aufgrund der Einträge in den übrigen Spalten bzw. allfälliger weiterer Dokumente wie Offertöffnungsprotokollen klar als Fehler identifizieren lassen würde. Dem Einwand, dass Birchmeier aus Versehen Projekte eingetragen hat, die mit einer Absprachetätigkeit nichts zu tun hatten, folgt die WEKO nicht. Wie ein solcher Fehler zustande gekommen sein soll, ist für die WEKO nicht ersichtlich. Birchmeier hat die vom Sekretariat aufgenommenen Projekte zudem überprüft und hätte ohne Folgen auf seinen Bonus einen Irrtum einräumen können.

83. Cellere schliesst zudem auf eine Fehlerhaftigkeit, weil die Liste aus der Erinnerung der Verantwortlichen geführt worden sei. Sie beruft sich dabei auf das Schreiben von Birchmeier vom 9. November 2010. In diesem Schreiben sagt Birchmeier aus: „*Unsere Mandantin bzw. deren Mitarbeiter haben viele Informationen auch aus dem Gedächtnis abgerufen bzw. rekonstruiert. Unsere Mandantin hat die Listen sowie sämtliche Informationen nach bestem Wissen und Gewissen zusammengestellt.*“. Dazu ist zu sagen, dass sich die Aussage zu den „Listen“ und Informationen nicht auf die originale Birchmeier-Liste bezieht, sondern auf die Listen und Informationen, die am 9. November 2011 eingereicht worden sind. D.h. auf den Fragebogen, die abgetippte Birchmeier-Liste (die einige wenige Präzisierungen zur originalen Birchmeier-Liste enthält, z.B. zum Bauherrn im Fall [...]) und die Liste der Schutznahmen von Birchmeier. Diese Listen wurden in der Tat aus dem Gedächtnis bzw. auf der Grundlage von noch vorhandenen Unterlagen rekonstruiert. Die originale Birchmeier-Liste wurde jedoch unmittelbar (d.h. 24 – 48 Stunden) nach den Gesprächen über die Zuteilung von Projekten nachgeführt. Cellere wiederholt in ihrer Eingabe vom 16. November 2011 den Vorwurf, dass die Birchmeier-Liste aus dem Gedächtnis geführt worden sei und verweist auf die E-Mail von Birchmeier vom 4. November 2011. In der E-Mail vom 4. November 2011 ist jedoch keine solche Aussage zu finden. Auch falls Cellere den Eintrag innert 24 – 48 Stunden als unsicheren Gedächtniseintrag betrachten sollte, kann ihr nicht gefolgt werden. Ein Eintrag innert

dieser Frist kann ohne Weiteres als zuverlässig betrachtet werden, zumal eine Absprache im Tagesgeschäft von Birchmeier keine Nebensächlichkeit darstellte.

84. Der Vorwurf der Fehlerhaftigkeit zielt zweitens darauf, dass gewisse in der Liste eingetragene, zu schützende Unternehmen den Auftrag letztlich nicht bekommen hätten. Hierzu ist zu sagen, dass die Liste gar nicht darauf ausgelegt war, die Zuschlagserteilung eines Projekts zu erfassen. Es ging darum, das Unternehmen aufzuführen, welchem Birchmeier einen Schutz erteilt hatte, unabhängig von der Frage, ob dieser Schutz erfolgreich war oder nicht. Zudem hat Birchmeier während der Anhörung mehrmals erwähnt, dass er jeweils nicht überprüft habe, ob der Schutz bis zum Schluss geklappt habe. Mit anderen Worten wurde die Liste nicht nachträglich korrigiert, falls die Absprache nicht erfolgreich war. Diese Ausführungen zur Birchmeier-Liste sind glaubwürdig. Somit steht fest, dass die hier behandelten Argumente nicht geeignet sind, den Beweiswert der Birchmeier-Liste zu entkräften.

85. Cellere wiederholt ihren Vorwurf der Fehlerhaftigkeit in der Eingabe vom 16. November 2011. Sie verweist auf die Aussage von Birchmeier vom 24. Oktober 2011 und die E-Mail von Birchmeier vom 4. November 2011 und spricht von einer „Fehlerquote“ von 5 % oder noch mehr. Dagegen ist einmal mehr zu sagen, dass der Zweck der Birchmeier-Liste nicht darin bestand, den Erfolg einer Absprache festzuhalten. Es ging darum, die Einigung unter den Abspracheteilnehmern festzuhalten, eine Absprache durchzuführen. Insofern kann nicht von einem „Fehler“ gesprochen werden, wenn die Absprache in der Folge nicht erfolgreich war. Es kann einzig gesagt werden, dass gewisse auf der Birchmeier-Liste eingetragene abgesprochene Projekte nicht erfolgreich waren, d.h. dass das Baugeschäft, das in der vorletzten Spalte „Mittbewerber“ der Birchmeier-Liste eingetragen ist, den Auftrag in der Folge nicht erhalten hat. Sofern dies der Fall war, wird dies in der vorliegenden Verfügung berücksichtigt, indem die Absprachetätigkeit in diesen Fällen als nicht-erfolgreiche Absprache bzw. nicht-erfolgreiche Stützofferte bewertet wurde.

86. Umbricht und Neue Bau, Granella und Cellere legen der Birchmeier-Liste zur Last, dass diese in Bezug auf die Absprachebeteiligungen von Birchmeier unvollständig sei, dass also Birchmeier nicht jedes Projekt, zu welchem sie eine Stützofferte eingereicht habe, in die Liste eingetragen hat. Auch dieser Hinweis reduziert die Beweiskraft der Birchmeier-Liste nicht. Die Tatsache, dass Birchmeier möglicherweise gewisse Stützofferten seinerseits nicht in die Liste eingetragen hat, sagt nichts über die eingetragenen Projekte aus. Die Unvollständigkeit beeinträchtigt weder die Glaubwürdigkeit bzw. Aussagekraft der Birchmeier-Liste noch die Bewertung der Kooperation von Birchmeier, da die Liste nicht für die Selbstanzeige erstellt worden ist. Im Übrigen hat Birchmeier selbst erwähnt, dass gewisse seiner Stützofferten nicht eingetragen sind. Dass ein nicht abgesprochenes Projekt in der Birchmeier-Liste eingetragen wurde, schliesst Birchmeier aus. Auf die Frage, ob es möglich sei, dass ein nicht abgesprochenes Projekt in der Birchmeier-Liste enthalten sei, sagte [Birchmeier AG]: „*Nein. Ich habe sicher nichts eingetragen einfach ohne Grund. Also, alles was da eingetragen ist, da habe ich mit einem*

Unternehmer darüber gesprochen.“ Diese Aussage ist überzeugend (siehe dazu auch Rz 92) und konnte durch die übrigen Parteien auch nicht entkräftet werden.

87. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Birchmeier-Liste als glaubwürdiges Beweismittel Aufschluss darüber gibt, dass Birchmeier bei den eingetragenen Projekten zugunsten von des jeweils eingetragenen Unternehmens eine Stützofferte eingereicht hat. Sie beweist somit das Vorliegen einer Abrede, sofern keine abweichenden stichhaltige Sachverhaltelemente vorliegen.

A.5.2 Bonusmeldung und Anhörung Birchmeier

88. Birchmeier hat als erste Partei, noch während der Hausdurchsuchung, eine Bonusmeldung eingereicht. In der Folge hat sie ihre Bonusmeldung ergänzt. An der Anhörung vom 24. Oktober 2011 hat sie ihre Aussagen bestätigt.

89. Umbricht, Neue Bau, Granella und Cellere stellen die Glaubwürdigkeit der Aussagen von Birchmeier generell in Frage. Birchmeier habe als Bonusmelder ein Interesse daran, andere angebliche Submissionsbeteiligte zu belasten, um so in den Genuss eines Bonus zu kommen. Granella weist zudem darauf hin, dass Birchmeier mit Knecht und Meier Söhne enge Geschäftsbeziehungen pflege und diese dadurch ein gemeinsames Interesse hätten, ihre Aussagen gegenüber Granella aufeinander abzustimmen. Walo bringt vor, das Sekretariat überschätze ganz generell die Verlässlichkeit der Aussagen aller Selbstanzeiger. Selbstanzeiger hätten einen Anreiz, eher zu viele als zu wenige Hinweise auf unzulässige Absprachen zu liefern, auch wenn diese spekulativ seien. Die Selbstanzeiger würden zudem Mühe mit der Rekonstruktion der verschiedenen Sachverhalte bekunden, was zum einen an der grossen Anzahl der von den jeweiligen Unternehmen eingereichten Offerten sowie am Umstand, dass zu alten Offerten kaum Dokumente vorhanden seien, liegen würde. Auch Hüppi betrachtet die Selbstanzeiger generell als unglaubwürdig und deren Bonusmeldungen als unvollständig, widersprüchlich, zu weitgehend und zu pauschal.

90. Die Einreichung der Bonusmeldung von Birchmeier sowie die weitere Kooperation liefern keine Hinweise darauf, dass Birchmeier andere Unternehmen zu Unrecht der Abspracheteilnahme bezichtigt. Im Gegenteil: Birchmeier entschied sich sofort zur Kooperation und lieferte die notwendigen Erklärungen zur Birchmeier-Liste, womit er sich zwar die positiven Effekte einer Bonusmeldung sicherte, aber auch ohne langes Überlegen den negativen Auswirkungen dieses Schrittes aussetzte, wie etwa Retorsionsmassnahmen bzw. soziale Stigmatisierung durch andere Marktteilnehmer. Die im Verlaufe des Verfahrens eingegangenen Hinweise der übrigen Parteien deuten nicht darauf hin, dass Birchmeier andere Verfügungsadressatinnen zu Unrecht bezichtigt. Ein solches Vorgehen birgt die Gefahr, den zugesprochenen Bonus zu verlieren und stellt somit ein riskantes Unterfangen dar. Weder die Birchmeier-Liste noch die späteren Aussagen von Birchmeier deuten darauf hin, dass Birchmeier abgesprochene Projekte erfunden hat. Im Gegenteil: In vielen Fällen bestätigte sich die Faktenlage durch die Eingaben von anderen Bonusmeldern.⁷⁸ Auch wenn in vielen Fällen keine schriftlichen Beweise vorliegen, ändert dies nichts an dieser Einschätzung. Submis-

sionsabsprachen finden in der Regel ohne die Erstellung von schriftlichen Dokumenten statt (bzw. werden die allenfalls vorhandenen Dokumente umgehend gelöscht), sodass deren Nicht-Existenz nicht gegen die Absprachetätigkeit spricht.

91. Auch hat sich nicht gezeigt, dass Birchmeier Sachverhalte, an die er sich nur vage erinnern kann, als gesicherte Fakten präsentieren würde, wie dies der Vorwurf von Walo nahe legt. Birchmeier weist durchaus darauf hin, dass zum Teil Unsicherheiten bestehen (z.B. act. [...] zu Fall [...]). Ebensovienig spricht gegen die Glaubwürdigkeit der Aussagen von Birchmeier, dass in gewissen Fällen keine schriftlichen Dokumente mehr vorliegen (dies ist übrigens bei Absprachen häufig der Fall) oder dass die Verfügungsadressatinnen neben den angezeigten Projekten sehr viele andere Offerten eingegeben haben. Es ist jedoch durchaus möglich, sich auch an diese Fälle zu erinnern (siehe dazu auch Rz 99).

92. Die WEKO konnte sich anlässlich der Anhörung vom 24. Oktober 2011 ein Bild des Inhabers und Geschäftsführers der Birchmeier, [Birchmeier AG], machen. [Birchmeier AG] führte die Birchmeier-Liste und er war es auch, der sich noch während der laufenden Hausdurchsuchung für eine Bonusmeldung und somit für eine vollständige Kooperation der Birchmeier mit den Wettbewerbsbehörden entschied. Den Auftritt und die Aussagen von [Birchmeier AG] an der Anhörung vom 24. Oktober 2011 bewertet die WEKO als glaubwürdig. Seine Antworten wirkten präzise, direkt und authentisch.

93. Granella will in den Ausführungen von [Birchmeier AG] während der Anhörung vom 24. Oktober 2011 vier Widersprüche erkannt haben. Die Aussagen beruhen auf vagen, nicht verifizierbaren Vermutungen. Den ersten Widerspruch sieht Granella in einer Aussage von Birchmeier zu einem Agendaeintrag eines Mitarbeiters von Implenia (Fall [...]). Birchmeier sagt zum Agendaeintrag zunächst, dass es da ein Treffen bei Granella gegeben habe. Anschliessend führt er aus, dass er lediglich aufgrund dieses Eintrags aus dem Jahr 2006 nicht ganz sicher sagen könne, dass das Treffen bei Granella stattgefunden habe und dass Implenia bei diesem konkreten Treffen dabei war. Sicher sagen könne er nur, dass dieses Projekt abgesprochen gewesen sei. Ein Widerspruch ist in diesen Ausführungen nicht zu erkennen. Es liegt lediglich eine Relativierung zu einem Element in der Vorgehensweise der Abspracheteilnehmer vor. Diese Relativierung betrifft nicht die Absprache an sich. Der zweite Widerspruch liegt gemäss Granella darin, dass Birchmeier auf die Oder-Frage, ob Birchmeier oder Granella eine Stützofferte von Umbricht verlangt habe, zunächst mit „ja“ antwortet und in der Folge sagt, sie seien es vermutlich beide zusammen gewesen. Darin liegt kein Widerspruch. Der dritte Widerspruch besteht gemäss Granella darin, dass Birchmeier zu Fall [...] zunächst sagt, dieses Projekt sei abgesprochen gewesen.

⁷⁸ Unter den Fällen der vorliegenden Verfügung sind rund [...] in der Birchmeier-Liste eingetragen. Davon werden 18 Schutznahmen von den durch die Birchmeier-Liste bezichtigten Schutznehmern bestritten. 15 dieser 18 bestrittenen Fälle liessen sich durch Aussagen anderer Bonusmelder oder beschlagnahmte oder eingereichte Dokumente bestätigen.

In der Folge wird ihm ein Agendaeintrag von Knecht vorgelegt, den Birchmeier so interpretiert, dass sie sich da getroffen hätten. Diese Aussage nehme Birchmeier nur eine Zeile später vollständig zurück, wenn er feststelle, dass das nicht unbedingt ein Schutz sei, es könnte auch eine Begehung sein. Auch hier liegt kein Widerspruch vor. Birchmeier überlegt lediglich, was es mit dem Treffen gemäss Agendaeintrag auf sich gehabt haben könnte und sagt dazu, dass es sich bei diesem Treffen möglicherweise nicht um eine Besprechung über die Absprache des Projekts, sondern lediglich um eine Begehung gehandelt haben könnte. Einen Zweifel darüber, ob das Projekt abgesprochen war, äussert er nicht. Schliesslich sieht Granella in den Aussagen von Birchmeier gemäss Protokoll von S. 22 mehrere weitere Widersprüche. Birchmeier antwortet darin auf die Frage, ob er Umbricht geschützt habe: „ja“. Und auf die Rückfrage, ob auch Granella Umbricht geschützt habe, sagt er wieder: „ja“. Darin ist jedoch kein Widerspruch zu erkennen.

94. Im Schlusswort brachte [Birchmeier AG] glaubwürdig zum Ausdruck, dass ihm die mit der Bonusmeldung verbundene Bezeichnung anderer Parteien nicht leicht fällt. Gesamthaft steht für die WEKO fest, dass dem Vorwurf an [Birchmeier AG], er bezichtigte andere Verfügungsadressatinnen zu Unrecht der Beteiligung an Wettbewerbsabreden, nicht gefolgt werden kann.

A.5.3 Bonusmeldung und Anhörung Knecht, Meier Söhne, G. Schmid

95. Die Bonusmeldungen dieser Verfügungsadressatinnen sind jeweils gleich aufgebaut. Sie sind nach Objekten gegliedert, bei welchen es Absprachen gegeben hat. Für jedes Objekt wird in einer Tabelle beschrieben, welche Unternehmen an den Absprachen beteiligt waren, welches Ergebnis die Absprache zeitigte und welche Dokumente dazu noch verfügbar sind.

96. Erne stellt die Glaubwürdigkeit von Knecht, Meier Söhne und G. Schmid generell in Frage. Per Dezember 2007 habe Erne Gebr. Meier übernommen, was gemäss Erne dazu führte, dass Meier Söhne ab diesem Zeitpunkt keine Belagsarbeiten mehr für Erne ausführen konnte. Seit der Übernahme hätten sich die Beziehungen zwischen der Erne-Gruppe und der Knecht-Gruppe massiv verschlechtert. Die Anschuldigungen gegenüber der Erne-Gruppe durch die Knecht-Gruppe könnten deshalb strategische Gründe haben. Erne weist zudem darauf hin, dass Knecht in einer Aufzählung von an Absprachen beteiligten Unternehmen Erne nicht genannt habe und zitiert diese Aussage von Knecht so: „*Knecht hat Kenntnis von Absprachen, an welchen sich Unternehmen wie Implenia, Birchmeier, [keine Partei], Granella, Umbricht, Frei & Ziegler beteiligt haben.*“ Richtig lautet die Passage allerdings: „*Knecht hat Kenntnis von Absprachen, an welchen sich Unternehmen wie Implenia, Birchmeier, [keine Partei], Granella, Umbricht, Frei & Ziegler etc. beteiligt haben.*“ (act. [...], Hervorhebung hinzugefügt). Es trifft zwar zu, dass Erne in der Aufzählung nicht genannt wird. Allerdings wird aus der Aussage von Knecht klar, dass die Aufzählung nicht abschliessend ist. Diese Passage ist in den nicht kopierbaren Akten enthalten, so dass Erne/Gebr. Meier nicht dauerhaft über dieses Aktenstück verfügten. Wenn sich Erne/Gebr. Meier jedoch für ein wörtliches Zitat entschei-

den, dürfte eine korrekte Wiedergabe ohne Weiteres möglich sein, zumal der Zitierfehler den Kern ihrer Aussage betrifft.

97. Weiter führt Erne aus, dass sie von Knecht/Meier Söhne/G. Schmid erst in der dritten Bonusmeldung, in welcher Meier Söhne für den Zeitraum von Januar 2007 bis Juni 2008 insgesamt 15 Meldungen abgegeben habe, in 11 Fällen genannt werde. Es falle dabei auf, dass bei all diesen 11 Meldungen Erne immer das erstgenannte Unternehmen sei und zwar unabhängig von der alphabetischen Reihenfolge oder der konkret vorgeworfenen Rolle innerhalb der angeblichen Abrede. Dieser Umstand würde den Schluss nahe legen, dass Knecht/Meier Söhne/G. Schmid sich bei der dritten Bonusmeldung dazu entschieden haben, systematisch Ausschreibungen zu benennen, an welchen Erne gemäss SBV-Liste beteiligt war. Diese Ausführungen sind nicht nachvollziehbar. Erne wurde einerseits bereits in der ersten Bonusmeldung von Knecht zwei Mal genannt und Gebr. Meier drei Mal. Andererseits wird Erne in der dritten Bonusmeldung nicht 11, sondern lediglich 10 mal genannt und dabei nur in fünf Fällen als erstes Unternehmen. Es ist einzig festzustellen, dass Erne und Gebr. Meier in den Bonusmeldungen, welche die jüngere Vergangenheit betreffen, seltener genannt werden, was möglicherweise damit zusammenhängen könnte, dass Meier Söhne nach der Übernahme von Gebr. Meier durch Erne weniger mit Erne zusammengearbeitet hat. Eine systematische Beschuldigung, wie sie Erne/Gebr. Meier aus den Bonusmeldungen herauslesen wollen, ist allerdings nicht zu erkennen. Gegen eine systematische Beschuldigung gegen Erne spricht schliesslich, dass Knecht und Meier Söhne in ihren Bonusmeldungen neben Erne und Gebr. Meier diverse andere Unternehmen beschuldigen. So wird z.B. [EFAG] in der dritten Bonusmeldung neun Mal erwähnt, davon sieben Mal als erstes Unternehmen. Auch die hier beschriebenen Ungereimtheiten in der Stellungnahme von Erne/Gebr. Meier können nicht als Argument gegen das Kopierverbot vorgeschoben werden, beträgt doch der Umfang der Tabelle in der dritten Bonusmeldung bloss drei Seiten.

98. Weiter sei es vor diesem Hintergrund höchst unwahrscheinlich, dass die Erne-Gruppe mit der ihr nicht gut gesinnten Unternehmensgruppe Knecht/Meier Söhne/G. Schmid eng kooperiert hätte. Es ist fraglich, inwiefern die Teilnahme an einer Absprache als enge Kooperation bezeichnet werden darf. Eine Absprache ist nicht dasselbe wie eine ARGE, die zwischen verfeindeten Unternehmen eher selten vorkommen dürfte. Dagegen erscheint es nicht als abwegig, sich auch mit einem unliebsamen Konkurrenten abzusprechen, wenn der Nutzen stimmt.

99. Sodann weisen Erne/Gebr. Meier darauf hin, dass es unglaubwürdig sei, dass sich Knecht /Meier Söhne an Ereignisse erinnern könnten, welche mehrere Jahre zurückliegen. Zwischen den angezeigten Fällen und der Bonusmeldung hätten die Verfügungsadressatinnen der Knecht-Gruppe mindestens an rund 3000 Submissionen teilgenommen. Dagegen ist einzuwenden, dass die getroffenen Absprachen nur einen Teil der Submissionen betreffen, an welchen die Knecht-Gruppe teilgenommen hat. Zudem erscheint es nicht als abwegig, dass sich die Geschäftsführer von Meier Söhne und Knecht an die von

ihnen angezeigten Fällen erinnern können. Jedes Bauobjekt dürfte seine Eigenheiten haben, welche durchaus eine spezifische Erinnerung über mehrere Jahre zulassen, wie z.B. bei eher grösseren, wichtigeren Projekten oder bei persönlichen Bezugspunkten zu einem Projekt, wie der Nähe zum Geschäftssitz. Ein solcher Bezugspunkt lag insbesondere im von Erne/Gebr. Meier als typisches Beispiel für ein kaum erinnerungswürdiges Projekt genannten Fall [...] vor. Hinzu kommt, dass aufgrund der Tatsache, dass die Absprachen in der Regel funktioniert haben (siehe dazu die Aussagen von Birchmeier, act. [...]), gefolgert werden kann, dass die Abspracheteilnehmer eine gute Erinnerung darüber haben, bei welchen Projekten alle Submissionsteilnehmer an der Absprache beteiligt waren und bei welchen nicht, da sie sich an die Ausnahmen von der Regel (d.h. die Nicht-Teilnahme an einer Absprache eines angefragten Submissionsteilnehmers) genau erinnern dürften.

100. Schliesslich weisen Erne, Umbricht und Granello auf die Zugehörigkeit von Knecht, Meier Söhne und G. Schmid zur selben Gruppe und die gemeinsame anwaltliche Vertretung dieser Gesellschaften durch dieselben Rechtsvertreter hin. Erne sagt dazu weiter, dass Bezichtigungen in den Bonusmeldungen dieser Unternehmen besonders kritisch hinterfragt werden müssten. Dazu ist zu sagen, dass Bezichtigungen von Bonusmeldern grundsätzlich kritisch hinterfragt werden müssen. Dies ändert aber nichts daran, dass die Aussagen dieser Gesellschaften, auch wenn sie zur selben Gruppe gehören, Aussagen von unterschiedlichen auf dem Markt tätigen juristischen bzw. natürlichen Personen darstellen, die ihr jeweils eigenes Wissen über konkrete Projekte kundtun.

101. Umbricht stellt die Glaubwürdigkeit der Bezichtigungen der Knecht-Gruppe in Frage. Umbricht macht geltend, dass die Knecht-Gruppe im Verbund mit Birchmeier willkürlich Bonusmeldungen eingereicht hat, um die eigene Position zu verbessern und einen unliebsamen Konkurrenten aus dem Markt zu drängen. Umbricht sei der direkte Konkurrent der Knecht-Gruppe und von Birchmeier und von einer Schwächung Umbrichts würden diese beiden Unternehmen am meistens profitieren.

102. Die Bonusmeldungen von Birchmeier sowie Knecht, Meier Söhne und G. Schmid wurden unabhängig voneinander eingereicht. Vor der Zustellung des Antrags an die Parteien wurde keine Einsicht in die Verfahrensakten (inkl. Bonusmeldungen) gewährt. Die Knecht-Gruppe hat weit mehr eigene Absprachebeteiligungen gemeldet, als ihr aufgrund der Birchmeier-Liste hätten nachgewiesen werden können. Diese „neu“ angemeldeten Fälle gehen zum Teil zulasten der Knecht-Gruppe, welche bereits am 6. Juli 2009 wusste, dass sie nicht das erste Unternehmen war, welches mit der Wettbewerbsbehörde kooperierte. Die WEKO sieht keinen Grund, an der Redlichkeit von Birchmeier oder der Knecht-Gruppe zu zweifeln.

103. Gegen den Einwand von Umbricht, sie sei Opfer eines gezielten Versuchs, einen starken Konkurrenten zu schwächen ist zu sagen: Da Umbricht ein direkter Konkurrent von Birchmeier und Knecht ist, ist es normal, dass sie öfter in den Bonusmeldungen auftaucht als andere Konkurrenten. Gegen Umbricht liegen im Übri-

gen nicht nur aufgrund der Bonusmeldungen so viele belastende Beweise vor. Das Sekretariat hat bei Umbricht am meisten belastende Unterlagen gefunden. So beruhen beispielsweise von den vier bestrittenen Schutznahmen von Umbricht drei ausschliesslich auf beschlagnahmten Akten ([...]).

104. An den Anhörungen vom 24. Oktober und 31. Oktober 2011 stellten sich der Inhaber und Verwaltungsratspräsident der Knecht Brugg Holding AG ([Knecht Gruppe]) sowie die Geschäftsführer der Knecht ([Knecht AG]) und Meier Söhne ([Meier Söhne AG]) den Fragen der WEKO und der übrigen Parteien. Die Aussagen dieser Personen wirkten überzeugend, in keiner Weise vorgespielt und auch nicht widersprüchlich. Erne stellt die Glaubwürdigkeit der Aussagen von [Meier Söhne AG], aber auch der übrigen Vertreter der Knecht-Gruppe dadurch in Frage, dass [Meier Söhne AG] nichts über die strikte Haltung der Geschäftsleitung von Erne gegenüber Submissionsabsprachen gewusst haben will. Birchmeier habe das gewusst und den Unternehmen der Erne-Gruppe eine starke Compliance-Politik attestiert (siehe dazu die Aussagen von Birchmeier, act. [...]). Dagegen ist einzuwenden, dass nicht bekannt ist, ob sämtliche oder die meisten in der Tiefbaubranche des Kantons Aargau tätigen Unternehmen über die Haltung der Erne-Gruppe informiert waren. Es ist jedenfalls denkbar, dass Herr [Meier Söhne AG] dies nicht gewusst hat. Zudem sagt [Meier Söhne AG] nur aus, er habe mehrheitlich mit einer Person von Erne zu tun gehabt und könne nicht beurteilen, wie die Mitarbeiter von Erne intern informiert worden seien. Er sagt damit nichts über die nach aussen kommunizierte Haltung der Geschäftsführung der Erne-Gruppe aus. Diese Aussage von [Meier Söhne AG] ist insgesamt nicht geeignet, seine Glaubwürdigkeit und jene der übrigen angehörten Personen der Knecht-Gruppe in Frage zu stellen.

A.5.4 Weitere Vorbringen gegen die Bonusmeldungen

105. Mehrere Verfahrensadressatinnen brachten weiter vor, dass die Bonusmeldungen, insbesondere von Knecht und Meier Söhne, betreffend die Teilnahme bei Stützofferten nur reine Behauptungen seien, ohne dass sich diese durch Dokumente oder weitere Aussagen belegen liessen. In vielen Fällen würden Unternehmen lediglich in der Spalte „beteiligte Unternehmen“ der Bonusmeldung aufgeführt. Zu diesen Einwänden ist zu sagen, dass sich im Verlaufe der Untersuchung herausgestellt hat, dass die Bonusmelderinnen glaubwürdig und ihre Aussagen verlässlich sind. Es ergaben sich lediglich in Ausnahmefällen Widersprüche mit Aussagen von anderen Bonusmeldern oder Dokumenten. Dagegen stehen in den meisten Fällen pauschale Bestreitungen der bezichtigten Unternehmen, teilweise gegen jegliche Evidenz. Da sich die Details von Knecht und Meier Söhne betreffend die Schutznahmen als derart verlässlich herausgestellt haben - sei es durch Eingeständnisse der schutznehmenden Wettbewerber, sei es durch Einzelheiten weiterer Bonusmelder oder sei es durch weitere Dokumente - erachtet die WEKO auch die Aussagen betreffend die Stützofferten als verlässlich. Auch die Aussagen zu den Stützofferten wurden im Übrigen in vielen Fällen durch Eingeständnisse oder weitere Aktenstücke bestätigt. Es hat sich gezeigt, dass die schutzsu-

chenden Unternehmen genau wussten, welche weiteren Submissionsteilnehmer sie für eine erfolgsversprechende Abrede gewinnen mussten. Ein lediglich pauschales Abstreiten einer Beteiligung kann im Falle einer anderslautenden Aussage einer Bonusmelderin deshalb nicht genügen, um den Beweis für die Abrede in Frage zu stellen.

106. Cellere, Erne, Granella, und Walo bestreiten jegliche Beteiligung an unzulässigen Abreden. Die Tatsachen, wie sie in den Bonusmeldungen der Knecht-Gruppe und Implenla ausgeführt sind und wie sie sich aus den übrigen Akten ergeben, werden generell und grundsätzlich von der Hand gewiesen. Zudem haben Erne und Granella keine ernsthaften internen Untersuchungen durchgeführt. Es wurden lediglich Mitarbeitende befragt. Selbst bei offensichtlichen Widersprüchen zur Beweislage, wurden die Antworten der Mitarbeitenden nicht in Zweifel gezogen bzw. deren Plausibilität nicht in Frage gestellt.⁷⁹ In ihren Bestreitungen bringen sie keine neuen Sachverhaltselemente vor, welche den Tatsachen aus den Bonusmeldungen widersprechen würden, geschweige denn diese in Frage stellten. Diese pauschale Bestreitung, ohne widersprechende Fakten und Beweismittel zu nennen, genügt nicht, um die generelle Beweiskraft der Bonusmeldungen von Birchmeier, Knecht, Meier Söhne, G. Schmid und Implenla zu entkräften. Auf die Bestreitungen zu den einzelnen Absprachen wird nachfolgend unter der Analyse der spezifischen Projekte weiter eingegangen.

A.5.5 Fazit

107. Insgesamt ergibt sich, dass der Birchmeier-Liste volle Beweiskraft zukommt und dass die Aussagen der Bonusmelderinnen überzeugend sind. Es liegen keine Hinweise vor, wonach diese die übrigen Parteien zu Unrecht bezichtigen. Die Aussagen haben sich durch häufige Bestätigungen durch schriftliche Beweismittel sowie durch Aussagen anderer Bonusmelder als zuverlässig herausgestellt, sodass auf diese abgestellt werden kann, soweit keine abweichende und stichhaltige Hinweise vorliegen.

A.6 Spezifische Projekte

108. Nachfolgend werden die Projekte beschrieben, in welchen die WEKO das Vorliegen einer unzulässigen Absprache als bewiesen erachtet. Es wurden lediglich Projekte aus dem Zeitraum 2006-2009 untersucht.

109. [...]

110. Jedes Projekt wird nach dem folgenden Schema präsentiert:

A. Ausschreibung

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

E. Ergebnis

111. Unter **A.** werden die Eckdaten der Ausschreibung angegeben (Name des Projekts, Ort, Datum, Bauherr). Das Datum im Titel der Projekte dient der ungefähren zeitlichen Einordnung des Projektes. In vielen Fällen ist

die Eingabefrist aufgrund von Ausschreibungsunterlagen bekannt. In einigen Fällen stützen sich die Datumsangaben auf die Angaben der Parteien und können auch das Datum der Ausschreibung oder der Eingabe der Offerte betreffen.

112. Die bekannten Submissionsteilnehmer, die Höhe der eingereichten Offerten (jeweils auf CHF gerundet, inkl. MWST), Zuschlagsempfänger sowie eine kurze Übersicht über die vorgeworfenen Verhaltensweisen und entsprechende Beweismittel werden in einer Tabelle aufgeführt. Sofern nicht anders vermerkt, entspricht die Höhe der abgegebenen Angebote den Antworten der Untersuchungsadressatinnen zum Fragebogen vom 25. August 2010.⁸⁰ In vielen Fällen liegen Dokumente der Protokollöffnung vor, worauf jeweils explizit hingewiesen wird. In diesen Fällen wurden die Offertsummen aus diesen Dokumenten übernommen.

113. [Das erstgenannte Unternehmen hat jeweils die tiefste Offerte eingereicht (d.h. zum indexierten Preis von „[100]“). In der Regel hat dieses Unternehmen auch den Zuschlag erhalten. Wo dies nicht der Fall ist, ergibt sich dies aus den weiteren Ausführungen.]

114. Unter **B.** werden die Beweismittel aus den Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen aufgeführt. In diesem Abschnitt wird jeweils dargestellt, wie sich die Absprache abgespielt hat, gegliedert nach Untersuchungsadressatin in chronologischer Abfolge des Eingangs der Beweismittel.

115. Unter **C.** werden die Informationen aus den Stellungnahmen zum Antrag vom 7. Juni 2011 und den Anhörungen der Parteien aufgeführt.

116. Unter **D.** werden die Auswertung der neuen Erkenntnisse aus den Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien dargestellt.

117. Gestützt auf die vorgenannten Abschnitte wird unter **E.** das Ergebnis der Abklärungen zum jeweiligen Projekt zusammengefasst.

Fall 1: [...]

A. Ausschreibung

118. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabefrist vom [...] aus.

119. Aufgrund der Bewertungskriterien der Vergabestelle erhielt nicht die preislich erstklassierte Offerte von [A] den Zuschlag, sondern die zweitgünstigste Offerte von [C]. Ein Grund hierfür war wohl, dass [C] [...] als [A] anbot.

⁷⁹ Für Erne siehe act. [...] sowie die Ausführungen in Rz 1076 f. dieser Verfügung; für Granella siehe act. [...].

⁸⁰ Graf, Treier, Ziegler, Knecht, Meier Söhne, G. Schmid, Erne, [EFAG], Käppeli, Walo, Sustra, Cellere, Implenla, Hüppi, Granella, Birchmeier, Umbricht, Gebr. Meier, Neue Bau.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 1:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[A]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Schutznahme eingestanden. Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt (act. [...] ⁸¹).
[C]	[...]	Zuschlag.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[H]	[...]	Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[I]	[...]	Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[J]	[...]	Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[L]	[...]	Teil der Offerte von [A] bei [L] gefunden. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Offertöffnungsprotokoll vom [...].

B. Hausdurchsuchung und Bonusmeldungen

a) [D]

120. In [den sichergestellten Dokumenten ist das vorliegende Projekt erwähnt]. Damit legt [D] die Einreichung einer Stützofferte offen und bezichtigt [A] der Schutznahme.

b) [A]

121. [A] legt ihre Teilnahme an der vorliegenden Absprache in der Bonusmeldung vom [...] offen. Gemäss [A] wurde die Absprache durch verschiedene Telefongespräche organisiert. Neben [A] seien auch [I], [H], [L], [J], [G] und [D] an den Telefongesprächen beteiligt gewesen. [A] reichte dazu noch Kopien von Unterlagen der Vergabestelle ein (Offertvergleich mit den bereinigten Preisen inkl. Begleitschreiben).

122. [A] macht in der Bonusmeldung vom [...] geltend, diese Telefongespräche hätten keine Wirkung gehabt, da mit [C] ein Unternehmen den Zuschlag erhalten habe, das nicht an diesen Gesprächen beteiligt war.

c) [G]

123. [G] legt die Einreichung einer Stützofferte in der Bonusmeldung vom [...] offen. Gemäss [G] habe der Zuständige von [A] ca. eine Woche vor Eingabefrist zweimal mit dem Zuständigen von [G] telefoniert. [A] habe [G] gebeten, höher als [A] zu offerieren. Kurz nach diesen Telefonaten habe [G] die Offerte von [A] per E-Mail erhalten. [G] habe in der Folge, wie von [A] gewünscht, höher offeriert als [A]. [G] geht davon aus, dass [A] auch mit anderen Anbietern eine entsprechende Koordination getroffen habe. Das erwähnte E-Mail wurde von [G] bereits gelöscht und liegt deshalb nicht als Beweismittel vor.

d) [L]

124. Bei [L] wurde das Offertöffnungsprotokoll zur vorliegenden Submission gefunden. Daraus geht hervor, dass die Schutznahme durch [A] nicht erfolgreich war und [C] den Zuschlag trotz höherer Eingabesumme erhalten hat.

125. In den Räumlichkeiten von [L] wurde zudem ein Teil der Offerte von [A] betreffend dieses Projekt beschlagnahmt. Da [A] die Teilnahme an der Absprache offenlegt, ist auf dieses Aktenstück nicht weiter einzugehen.

e) [C]

126. Bei [C] wurde eine interne E-Mail vom [...] zu diesem Projekt gefunden. Darin weist ein Mitarbeiter von [C] einen anderen Mitarbeiter an, für dieses Projekt keinen Schutz zugunsten von [A] zu gewähren: „Bitte gib mir Bescheid, ob ihr diese Arbeit rechnet oder wer. Bitte kein Schutz für [A] oder sonst wer“. [C]s Offerte ist um ca. [0-2] % höher als jenes von [A], was zumindest darauf hindeutet, dass [C] die Eingabesumme von [A] kannte.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [C]

127. [C] hält fest, dass sie im Hinblick auf Fall 1 an keinerlei Absprachen beteiligt gewesen sei. [C] habe weder den Eingabepreis von [A] gekannt, noch sei sie im Bilde über die Abrede zugunsten von [A] gewesen.

⁸¹ Die angegebenen Seitenzahlen bei den Bonusmeldungen [...] verweisen auf die Seiten [...].

128. Das Sekretariat habe die Aussage „Bitte kein Schutz für [A] oder sonst wer“ missverstanden. Damit sei nicht gemeint gewesen, dass die [A] nicht geschützt werden sollte im Sinne des Wortes „Schutz“, wie er in der vorliegenden Verfügung definiert wird (Rz 6). Vielmehr habe der eine Mitarbeiter von [C] einen anderen Mitarbeiter von [C] mit der Aussage „kein Schutz“ angewiesen, keine Arbeitsgemeinschaft mit einer anderen Firma zu bilden. [...]. Deshalb sei die ausdrückliche Anweisung erfolgt, keine solche Arbeitsgemeinschaft einzugehen.

b) [A]

129. [A] bestreitet die Umstände des Falls 1 nicht. Sie bringt aber vor, die für sie geplante Schutznahme sei nicht erfolgreich gewesen. Deshalb habe die Absprache den Wettbewerb weder beseitigt, noch erheblich beeinträchtigt.

c) [I]

130. [I] bestreitet jegliche Beteiligung an einer Abrede in diesem Fall. [I] werde zudem gar nicht explizit der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt, sondern lediglich der Beteiligung an Telefongesprächen über Angebotseingaben.

d) [H]

131. [H] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte in diesem Fall. [H] werde lediglich bezichtigt, an Telefongesprächen teilgenommen zu haben.

e) [J]

132. [J] bestreitet eine Beteiligung an einer Abrede. Der einzige angebliche Beweis gegen [J] bestehe in der Selbstanzeige von [A]. Die Aussagen einer Selbstanzeigerin alleine würden aber keinen rechtsgenügenden Beweis für die Beteiligung einer bezichtigten Partei an einer unzulässigen Absprache darstellen.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

133. Fall 1 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [A] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits, dass es in diesem Fall zwischen [A] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Es liegt zudem das Eingeständnis von [A] vor, in diesem Fall für sich selbst einen Schutz organisiert zu haben. Dieser Schutz hat aber nicht funktioniert, weil mit [C] ein Unternehmen den Zuschlag erhalten hat, welches nicht an den Gesprächen beteiligt war. Neben [A] haben [G] und [D] die Einreichung einer Stützofferte eingestanden. Es ist somit auch zwischen [A] und jeweils [G] und [A] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen. [L] wird durch [A] der Beteiligung an den Telefongesprächen über die Ange-

botseingaben bezichtigt. Diese Bezichtigung ist gleichbedeutend mit der Bezichtigung der Einreichung einer Stützofferte: Der Inhalt des Gesprächs zwischen [A] und [L] muss die Steuerung des Zuschlags betroffen haben. Ausserdem wurde bei [L] ein Teil der Offerte von [A] gefunden, woraus sich ergibt, dass [L] über Preisinformationen der [A] verfügte. Das Gesagte gilt (ohne die Ausführungen zur gefundenen Offerte) auch für [I], [J] und [H]. Kommt hinzu, dass die Ausführungen von [A] durchaus glaubwürdig sind, nennt sie doch für jeden Abredepartner die konkrete zuständige Kontaktperson.

134. Den Aussagen von [C] wird nur insofern gefolgt, als die WEKO davon ausgeht, dass sie sich nicht an der Abrede beteiligt hat. Sie hatte jedoch Kenntnis von der Abrede: „Bitte kein Schutz für [A]“ bedeutet nichts anderes als „bitte keine Abrede mit [A]“. Die Aussage von [C] „Schutz“ bedeute „ARGE“ widerspricht der in der Branche offensichtlich gängigen Bedeutung des Wortes Schutz (siehe z.B. die Aussagen in der Protokollerklärung von [G] vom [...]; oder die Aussagen von [D] noch anlässlich der Hausdurchsuchung).

135. Es steht somit fest, dass es im Fall 1 zu einer nicht-erfolgreichen Abrede über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Da ein Aussenseiter der Abrede den Zuschlag erhalten hat, wurde der wirksame Wettbewerb zwar nicht beseitigt. Da aber die Zweitplatzierte hinter [C] an der Abrede beteiligt war (und [C] im Übrigen über die Durchführung einer Abrede Bescheid wusste) wurde der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt (siehe dazu Rz 1056 ff.). Hinzu kommt, dass sieben der acht Submissionsteilnehmer an der Wettbewerbsabrede beteiligt waren. Das heisst sieben von acht Submissionsteilnehmer haben den Wettbewerb durch eine Abrede ersetzt und den Preis, der normalerweise unter Wettbewerbsbedingungen zustande kommen sollte, durch eine Abrede verfälscht. Vom Wettbewerb, der von dem Aussenseiter ausging, der zudem um die Abrede wusste, geht keine genügende disziplinierende Wirkung aus, sodass die Abrede zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung geführt hat.

E. Ergebnis

136. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 1 zu einer Vereinbarung zwischen [A] (Schutz) und jeweils [G], [D], [I], [H], [L] und [J] (Stützofferten) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede erheblich beeinträchtigt.

Fall 2: [...]

A. Ausschreibung

137. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb im Einladungsverfahren mit Eingabefrist [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 2:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[H]	100	Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Handnotizen von [G].

		Wird durch [A] der Schutznahme bezichtigt.
[...] (Keine Partei)	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[A]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte eingestanden.
[C]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[C] Globalofferte	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[I]	[...]	Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Offertöffnungsprotokoll vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [G]

138. [G] legt in der ersten Meldungsergänzung vom [...] offen, dass [G] bezüglich dieses Projekts an einer Submissionsabsprache teilgenommen habe. Zudem gibt [G] an, dass sie mehrere Anrufe mit [H] geführt habe, in denen [H] angab, in diesem Projekt für [100] offerieren zu wollen. [G] solle für CHF [>100] offerieren ohne Pauschale. Diese Abmachung wurde auf dem Deckblatt handschriftlich festgehalten. [G] hat diese offengelegt. [G] bezichtigt alle Teilnehmer der Ausschreibung der Einreichung einer Stützofferte.

b) [A]

139. In der Ergänzung zur Bonusmeldung gibt [A] an, dass Gespräche zwischen den Wettbewerbern stattgefunden haben ([C], [H], [G], [I] und [A] selber). Die Gespräche fanden telefonisch statt oder es gab ein Treffen. Gemäss Kenntnis von [A] sollte [H] den Zuschlag erhalten.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [H]

140. [H] äusserte sich in ihrer Stellungnahme nicht zu diesem Projekt. An der Anhörung vom [...] Oktober 2011 bestritt sie eine Beteiligung an einer Abrede.

b) [I]

141. [I] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte. Die Ausführungen von [G] enthielten keine Behauptung, dass [I] selbst an den Gesprächen beteiligt gewesen sei. Möglicherweise seien die Gespräche nur mit [H] geführt worden und [G] habe daraus geschlossen, dass auch [I] mit [H] in Kontakt gewesen sei.

c) [C]

142. [C] bestreitet, an einer Abrede beteiligt gewesen zu sein. [C] habe eine Globalofferte eingereicht, was mit hohem Aufwand verbunden sei (siehe dazu auch die Ausführungen an der Anhörungen).

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

143. [H] wird sowohl von [G], wie auch von [A] glaubwürdig der Schutznahme bezichtigt. Die Vereinbarungen zwischen [H] einerseits und jeweils [I] und [C] wird sowohl von [A] wie auch von [G] bestätigt.

144. [H] und [I] bestreiten eine Beteiligung an einer Abrede in Fall 2 in pauschaler Art und Weise. Auch [C] stellt die Bonusmeldungen in Frage, da diese keine Beschuldigungen enthielten bzw. zu unbestimmt seien. Diese Hinweise können die Aussagen von [A] und [G] nicht in Frage stellen. [C] bringt zusätzlich vor, sie habe eine Globalofferte eingereicht, was die Nichtteilnahme von [C] an einer allfälligen Abrede beweise. Es ist allerdings nicht ersichtlich, inwiefern eine abgesprochene Globalofferte einen deutlich höheren Aufwand zur Offertstellung generieren würde. Die Globalofferte von [C] lag im Übrigen bei CHF [...], also um CHF [...] unter der nicht global berechneten Offerte. Es ist nicht davon auszugehen, dass hinter dieser Berechnung ein erheblicher Zusatzaufwand steht.

145. Die Aussagen der Bonusmelderinnen [G] und [A] sind glaubwürdig und können durch die die generellen Bestreitungen von [H], [I] und [C] nicht widerlegt werden.

E. Ergebnis

146. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 2 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [H] (Schutz) und jeweils [I], [A], [C] und [G] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 3: [...]**A. Ausschreibung**

147. Die private [...], schrieb durch Vermittlung des [...] mit Eingabefrist vom [...] eine [...] im Einladungsverfahren aus.

148. Die [...], [A] und [L] wurden zu einer Abgebotsrunde eingeladen. Die Tiefbauarbeiten wurden der [...] vergeben.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 3:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[...] (keine Partei)	100	Höhe nach Abgebot.
[A]	[...]	Höhe nach Abgebot.
[G]	[...]	Schutznahme eingestanden.
[J]	[...]	Offerte von [G] bei [J] gefunden. Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[L]	[...]	Höhe nach Abgebot.

Protokolleröffnung vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [J]

149. Anlässlich der Sichtung der elektronischen Daten von [J] wurde eine Offerte, erstellt durch [G] mit Datum [...] und der Eingabesumme [X], für dieses Bauvorhaben gefunden. Dieses Beweismittel bestätigt die Bonusmeldung von [G], wonach diese ihre Offerte zwecks Erstellens einer Stützofferte [J] zugestellt hatte.

150. In ihrer Eingaben vom [...] nahm [J] zum BookmarkStellung: Gemäss [J] hatte diese nicht die Kapazitäten, um die Arbeiten für dieses Bauvorhabens auszuführen, hat aber eine Offerte eingereicht um in Erinnerung des Auftragsgebers zu bleiben. *„Bei Ausschreibungen im Einladungsverfahren ist es im Hinblick auf allfällige zukünftige Geschäftsbeziehungen mit der Bauherrschaft oder den ausschreibenden Unternehmen (Architekten, Ingenieure) angezeigt, dass in jedem Fall eine Offerte abgegeben wird, auch wenn – wie im vorliegenden Fall – keine ausreichende Kapazität zur Projektrealisierung zur Verfügung steht oder es sich um Arbeiten handelt, welche nicht ins Produktportfolio passen. Die Erstellung einer solchen Offerte ist insbesondere bei komplexen Projekten, wie dem vorliegend zur Diskussion stehenden, mit einem hohen Kalkulationsaufwand verbunden. Um der Einladung zur Offertstellung mit möglichst geringem Aufwand nachzukommen, wurde in Bezug auf dieses Projekt von der Bauunternehmung Gebr. [G] AG ein ausgefülltes Devisierungsformular zur Verfügung gestellt. Diese Offerte diente der [J] AG als technische Vorlage; die [J] AG hat jedoch ihre eigenen, in diesem Fall eher hohen, jedoch vom Marktumfeld her plausiblen Kalkulationsansätze (die Verwendung absolut überhö-*

ter Sätze wäre im Hinblick auf zukünftige Offerteinladungen geschäftsschädigend für die [J] AG) für die Offertstellung verwendet. Die [J] AG hat diese Kalkulation der Gebr. [G] AG nicht mitgeteilt und der [J] AG war auch nicht bekannt, zu welchem Preis die Arbeiten von der [Q] AG letztlich offeriert wurden.“

b) [G]

151. Im Vorfeld der Offerteingaben wandte sich der Submissionsverantwortliche von [J] telefonisch an den Submissionsverantwortlichen von [G], [[G] AG], geleitet vom Wunsch, ebenfalls eine Offerte einreichen zu können aber ohne den Aufwand einer eigenen Offertberechnung betreiben zu müssen. Wenn [G] ihre Preise bekannt gibt, wird [J] die eigene Offerte höher machen als die von [G]. [G] gab diesem Ansinnen der Konkurrentin statt und sendete am [...] als Anhang zum E-Mail [J] ihre berechnete Offerte. Die Submissionsabsprache verlief nicht erfolgreich, da die [...] AG nach einer Abgebotsrunde den Zuschlag erhielt. [G] ist nicht bekannt, welchen höheren Preis [J] von der Bauherrschaft in der Stützofferte forderte. Gemäss [G] gab es keine Kontakte mit anderen Anbietern.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

152. [J] bringt vor, es handle sich bei der bei [J] gefundenen Offerte gar nicht um eine Offerte von [G] (sondern um eine Lieferanten-Offerte bzw. um ein Devisierungsformular). Falls es aber doch eine Offerte von [G] wäre, habe [J] die darin enthaltenen Informationen nicht weiterverwendet. [J] habe auch nicht gewusst, zu welchem Preis [G] letztlich offeriert habe. Dies werde dadurch bestätigt, dass die Offertsumme von [G] in der Höhe von CHF [...] gerade nicht mit der Offertsumme von [J] in der

Höhe von CHF [...] übereinstimme. Zudem lasse sich die Aussage von [G] nicht verifizieren. Sodann könnten Aussagen einer Selbstanzeigerin alleine keinen rechtsgenügenden Beweis für die Beteiligung an einer unzulässigen Abrede liefern. Schliesslich macht [J] geltend, dass eine nicht erfolgreiche Submissionsabrede ohnehin keine erheblichen Auswirkungen auf den Wettbewerb habe, sodass unabhängig von der Frage, ob [J] sich an einer Absprache beteiligt habe, das KG letztlich gar nicht anwendbar sei.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

153. [G] hat eingestanden, in Fall 3 einen Schutz zu ihren Gunsten in Anspruch genommen zu haben. Sie schildert in klarer Weise, dass es hierzu einen Kontakt mit [J] gab und was sich dabei zutrug. Sie nennt Details wie den Namen der Kontaktperson bei [J] und Zusatzinformationen, wie die Tatsache, dass [J] zweimal angerufen hat, weil [G] ihre „*Offerte noch nicht fertig gerechnet*“ hatte. Der von [G] angezeigte Sachverhalt fand am [...], also [...]. [G], d.h. [[G] AG], dürfte der Fall also in bester Erinnerung gewesen sein, als sie ihre Bonusmeldung verfasste.

154. Die Aussagen von [G] sind glaubwürdig (siehe dazu auch die Ausführungen in Rz 95 ff.). Entgegen der Ansicht von [J] kann die Aussage eines Bonusmelders durchaus als Beweis für eine Abrede genügen, zumal wenn sie – wie in Fall 3 – durch Aktenstücke untermauert wird. Bei [J] wurde ein Dokument von [G] gefunden, aus welchem sich ergibt, zu welchem Preis [G] das Projekt für sich berechnet hatte. Dieser Preis entspricht dem Preis, für welchen [G] in der Folge offerierte. [J] offerierte höher. Hätte sie dies nicht getan, hätte sie kaum damit rechnen dürfen, je wieder von [G] eine Offerte zugespielt zu erhalten, um schnell eine Offerte erstellen zu können.

155. Dieser Beweislage stellt [J] eine Argumentationskaskade mit zweifelhafter Aussagekraft entgegen. So behauptet [J], die Offerte von [G] sei keine Offerte, sondern eine Lieferantenofferte bzw. ein Devisierungsformular. Was sie daraus zu ihren Gunsten ableiten will, ist nicht klar. Entscheidend ist: [J] hat mit [G] vereinbart, eine höhere Offerte einzureichen, wenn [J] [G]s Offerte erhält. In der Folge hat [G] (vor der Eingabefrist) [J] den Preis von [G] bekanntgegeben und [J] hat höher offeriert. Sogar wenn – so [J] weiter – die angebliche Offerte eine Offerte von [G] wäre, habe sie die Informationen von [G] nicht verwendet. Dies würde bedeuten, dass [J] [G] um Informationen gebeten hat (siehe dazu die Aussage von [J] vom [...]), um sie in der Folge nicht zu verwenden. Im Übrigen hat [J] auch die Preisinformationen von [G] im Sinne der Vereinbarung verwendet, indem sie

höher offeriert hat. Auch die Behauptung von [J], sie hätte nicht gewusst, zu welchem Preis [G] letztlich offerieren würde, spricht nicht für [J], da [J] diese Information nicht brauchte. Sie musste lediglich zu einem Preis offerieren, der höher war als jener aus der Offerte von [G]. Schliesslich lässt sich aus der Tatsache nichts zugunsten von [J] ableiten, „*dass die Offertensummen von [G] in der Höhe von [...] gerade nicht mit der Offertensumme von [J] in der Höhe von [...] übereinstimmten.*“ Das sollten sie ja gar nicht.

156. Schliesslich ist auch das Argument zurückzuweisen, dass es in Fall 3, unabhängig von der Frage, ob [J] sich an einer Absprache beteiligt hat, zu keiner erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs gekommen sei, weil die Absprache nicht erfolgreich war.

157. [J] erachtet damit die Absprachetätigkeit mindestens solange als unerheblich für den wirksamen Wettbewerb und damit als legal, als keiner der Abredepartner den Zuschlag erhält. Diese Betrachtungsweise verkennt die Funktion der Wettbewerbsidee, die hinter einer Submission steht. Eine Submission soll für den Bauherrn eine Auswahl von zueinander in echter Konkurrenz stehenden Offerten erzeugen. Kommt es zu einer Abrede, entspricht die echte Auswahl für den Bauherrn nicht der vorgetäuschten Auswahl. Der Bauherr stützt sich somit bei seinem Vergabeentscheid – und auch bei allfälligen Abgebotsrunden – auf falsche Grundlagen. Fest steht, dass an der Submissionsabsprache von Fall 3 zwei Unternehmen beteiligt waren. Fünf Unternehmen haben eine Offerte eingereicht. Wenn sich bei einer Submission von dieser Grösse zwei Unternehmen absprechen, zumal mit [J] und [G] wichtige Akteure im Strassen- und Tiefbau, wird der Wettbewerb deutlich verfälscht. Es wird ein Wettbewerb vorgetäuscht, der so gar nicht mehr besteht. Eine derartige Abrede über Preise und Märkte mag nicht zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen, muss aber mindestens als erheblich eingestuft werden (siehe für weitere Ausführungen auch unter Rz 1056 und zu Fall 98).

E. Ergebnis

158. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 3 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [G] (Schutz) und [J] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede erheblich beeinträchtigt.

Fall 4: [...]

A. Ausschreibung

159. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabefrist [...] die [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 4:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[K]	100	Schutznahme eingestanden. Wird durch [F] der Schutznahme bezichtigt.
[B]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[F]	[...]	Stützofferte eingestanden.

[M]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[Q]	[...]	

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [K]

160. [K] legt in der vierten Meldungsergänzung vom [...] offen, dass sie bezüglich dieses Projekts eine Submissionsabsprache mit den beiden Konkurrenten [B] und [M] getroffen habe. Sie listet diesen Fall in der Tabelle mit mehreren Fällen auf. [K] fragte [B] und [M] an, ob sie in ihren Offerten höhere Preise eingeben würden. Die beiden angefragten Unternehmen willigten unter der Bedingung ein, dass [K] bei anderer Gelegenheit zurückstehen würde.

b) [F]

161. [F] wurde von [K] angefragt, ob sie höher offerieren würde. [F] willigte ein.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [M]

162. [M] stellt in ihrer Stellungnahme den Antrag, für die Bewertung der erschwerenden Umstände ihrer Sanktion nur mehr die Fälle [...] und [...] zu berücksichtigen.

b) [B]

163. Im Antrag wurden die erschwerenden Umstände zu Lasten von [B] aufgrund von [...] Abredebeteiligungen bestimmt ([...]). [B] bestreitet ihre Beteiligung in zwei dieser Fälle ([...]). Sie stellt zudem den Antrag: „Der Basisbetrag ist unter Berücksichtigung unserer Einwände neu

zu ermitteln (nur 2 und nicht [...] Schutznahmen). Da zudem nur noch vier Fälle in der Liste der verbleibenden Umstände verbleiben, ist ein Zuschlag vom max. 50 % angemessen.“ Im Übrigen nimmt [B] zum Fall 4 nicht weiter Stellung.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

164. [K] hat ihre Schutznahme eingestanden. [F] hat ihre Stützofferte eingestanden. Die Aussagen von [K] gegen [M] und [B], wonach diese sich mit [K] über die Einreichung einer Stützofferte geeinigt haben, sind glaubwürdig (siehe dazu auch die Ausführungen zu Fall 7). [B] beantragt eine Sanktionierung unter Streichung einiger Fälle, aber unter Berücksichtigung von Fall 4. Damit anerkennt sie, dass ihr Verhalten in Fall 4 kartellrechtswidrig war. Dasselbe gilt für [M].

E. Ergebnis

165. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 4 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [K] (Schutz) und jeweils [M], [F] und [B] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 5: [...]

A. Ausschreibung

166. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabefrist [...] die [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 5:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[K]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Schutznahme eingestanden.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[L]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

167. Dieses Projekt [ist in den sichergestellten Dokumenten erwähnt] mit einer Stützofferte zugunsten [K].

b) [K]

168. [K] legt in der [...] Meldungsergänzung [...] offen, dass [K] bezüglich dieses Projekts eine Submissionsabsprache mit den beiden Konkurrenten [D] und [L] getroffen habe. [K] fragte die beiden Konkurrenten [D] und [L]

an, ob sie ihr Angebot über jenem von [K] abgeben würden. Beide angefragten Unternehmen willigten ein.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

169. Keine der von diesem Fall betroffenen Parteien hat sich weiter zu diesem Projekt geäußert bzw. den Sachverhalt nicht bestritten.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

170. Fall 5 ist [im sichergestellten Dokument] zugunsten von [K] [erwähnt]. Die [im sichergestellten Dokument] erwähnten Fälle wurden [...] durch weitere Eingaben

und Dokumente in ihrer Beweiskraft noch zusätzlich untermauert. [...]

171. Daraus ergibt sich, dass es in diesem Fall zwischen [K] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. [K] hat ihre Schutznahme zudem eingestanden. [D] hat ihre Stützofferte eingestanden. Die Aussage gegen [L], wonach sich diese mit [K] über die Einreichung einer Stützofferte geeinigt hat, ist glaubwürdig.

E. Ergebnis

Ausschreibungsbeteiligte Fall 6:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[G]	1 ⁸² : 140 2 ⁸³ : 100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Schutznahme eingestanden. Zuschlag erhalten in Abgebotsrunden: Preis: [...]
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden. E-Mail an Konkurrenten.
[J]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. E-Mail an Konkurrenten.
[L]	[...] ⁸⁴	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. E-Mail an Konkurrenten. Hat das Projekt [...] (Fall 24) erhalten.
[Q]	[...]	

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

174. Dieses Projekt ist in [den sichergestellten Dokumenten] mit einer Stützofferte zugunsten [G] [erwähnt].

b) [G]

175. Gemäss [G] gab es zu diesem grossen Projekt eine Submissionsbesprechung zwischen [L], [J], [D] und [G]. Die lokalen Anbieter einigten sich, dass [G] diese Arbeiten ausführen soll, da [G] [...] unterstützt hatte. [L] sollte das private Projekt [...]. [G] schickte per E-Mail Angaben zur Offerte an [J], [L] und [D] und erhielt von [D] per Fax dessen Offerte. Sämtliche Dokumente sind von [G] ofengelegt.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [G]

176. [G] beantragt Fall 6 zu streichen, da es lediglich zu einem Versuch einer Absprache gekommen sei. [G] habe zwar versucht, für dieses Projekt Schutz zu erhalten. Da aber auch Anbieter offeriert hätten, mit denen im Vorfeld nicht gesprochen worden sei, habe der Preiswettbewerb gespielt. [G] hätte mit dem Bauherrn bereits abgemacht gehabt, dass sie den Zuschlag erhalte, der Zuschlag sei aber erst nach einer technischen Optimierung zustande gekommen. Der Bauherr hätte aufgrund

172. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 5 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [K] (Schutz) und jeweils [D] und [L] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 6: [...]

A. Ausschreibung

173. [...] schrieb mit Eingabefrist [...] aus.

der eingegangenen Konkurrenzofferten Preissenkungen verlangt, was belege, dass der Preiswettbewerb in diesem Fall funktioniert habe und die Absprache keine Wirkung entfaltet habe.

b) [J]

177. [J] zitiert zunächst das E-Mail, mit welchem [G] wie oben erwähnt Angaben zur Offerte an [J] gesendet hat:

„Sehr geehrter Herr [[J] AG]

Anbei erhalten Sie wie abgemacht die Erläuterungen. Den Preis, den ich Ihnen angegeben habe, ist nur für die [...] ohne Betonarbeiten. Für allfällige Fragen stehe ich zur Verfügung. Vielen Dank. [[G] AG]“

178. [J] bringt vor, aus dieser E-Mail könne nicht auf eine Submissionsabsprache geschlossen werden. Gemäss der Praxis der europäischen Gerichte (vgl. EuGH, 8. Juli 1999, Hüls AG/EU-Kommission, Rs. C-199/92 P, Slg. 1999 I-04287 Rz 161 f.) begründe die E-Mail bloss eine widerlegbare Vermutung, dass der Empfänger der E-Mail die darin enthaltenen Informationen verwenden werde. Diese Vermutung könne von [J] widerlegt werden: [J] habe eine kompetitive Offerte abgegeben.

⁸² Offerierte Preise mit Betonarbeiten.

⁸³ Offerierte Preise für [...] ohne Betonarbeiten.

⁸⁴ [...].

179. An der Anhörung vom [...] Oktober 2011 bestritt [J] wiederum, in Bezug auf Fall 6 eine Stützofferte eingereicht zu haben. Auf die Frage, ob eine unabhängige Preisbildung noch möglich sei, wenn man die Offerte des Konkurrenten erhalten habe, antwortete [J], das sei sicher möglich. Sie hätten ja nicht die gleichen Ressourcen, sie könne nicht mit anderen Leuten Preise rechnen. Wenn sie die Offerte erhalte, müsse sie die Arbeiten ja selber ausführen. Auf die Frage, wie [J] auf die E-Mail reagiert habe, ob sie zurückgeschrieben habe, sie wolle nicht mitmachen, sagte [J] nein. Ihr Rechtsvertreter ergänzte, [J] habe ja reagiert, indem sie eine ganz andere Offerte eingereicht habe. Allerdings gab [J] zu Protokoll sie sei nicht froh, eine solche E-Mail zu sehen. Sie habe aber mit dem darin erwähnten Mitarbeiter nicht gesprochen. Sie werde dies noch tun, und diesem Mitarbeiter mitteilen, „dass so etwas in Zukunft nie mehr Platz hat.“

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

180. Fall 6 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [G] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits, dass es in diesem Fall zwischen [G] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. [G] hat ihre Schutznahme, [D] ihre Stützofferte zudem eingestanden. Weiter werden [J] und [L] von [G] glaubwürdig bezichtigt, sich mit ihr über die Einreichung einer Stützofferte geeinigt zu haben. Diese Bezichtigung bestätigt sich durch die von [G] an diese beiden Unternehmen versandten E-Mails inkl. Preisinformationen. Beide E-Mails wurden „wie abgemacht“ zugestellt. Damit ist erstellt, dass es im Fall 6 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [G] einerseits und jeweils [J] und [L] kam. [J] hat also die für die Erstellung einer Stützofferte notwendigen Informationen wie vereinbart erhalten. Die Behauptung, dass sie diese Informationen in der Folge nicht verwendet haben will, muss als Schutzbehauptung zurückgewiesen werden. An der Anhörung vom [...] Oktober 2011 hielt [J]

daran fest, dass sie nichts Unzulässiges getan habe und dass es möglich sei, eine Offerte auch dann unabhängig zu berechnen, wenn die Preise des Konkurrenten bekannt sei. Dies ergebe sich daraus, dass sie die Arbeiten ja auch ausführen müsse, wenn sie sie bekomme. Diese Aussage ist nicht nachvollziehbar. Ausserdem verstrickt sich [J] in Widersprüche, wenn sie zwar nichts Unzulässiges getan haben will, dem oben erwähnten Mitarbeiter dennoch mitteilen wird, „dass so etwas in Zukunft nie mehr Platz hat.“

181. [G] macht geltend, die Abrede hätte nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs geführt, da es zu Abgebotsrunden gekommen sei. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Dies ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass durch die Abrede die Ausgangsangebote für die nachfolgende Abgebotsrunde manipuliert waren, wodurch der Wettbewerb verfälscht wurde.⁸⁵ Im Übrigen kam mit [D] ein Unternehmen in die Abgebotsrunde, das bereits eine Stützofferte eingereicht hatte und das das Schreiben des Bauherren für die Durchführung der Abgebotsrunde wiederum an [G] weiterleitete. Es kam also sogar in Bezug auf die Abgebotsrunden zu Gesprächen zwischen [G] und [D]. Auch die Abgebotsrunde stellt deshalb eine erfolgreiche Abrede über die Steuerung des Zuschlags dar.

E. Ergebnis

182. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 6 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [G] (Schutz) und jeweils [D], [L] und [J] (Stützofferte) kam. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 7: [...]

A. Ausschreibung

183. [öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 7:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
ARGE [...] c/o [K]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Schutznahme eingestanden.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[J]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Eingabe gemäss Fragebogen von [J].
[L]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[T]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt..

Offertöffnungsprotokoll vom [...].

⁸⁵ Siehe dazu auch die Ausführungen in RPW 2009/3, 210 Rz 91, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*: „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 abgesprache-

nen Preis statt. Auch beim schlussendlich zum Auftragserhalt führenden Angebot des E7-Unternehmens konnte es sich folglich – da vom ursprünglich abgesprachene Preis abgeleitet – nicht mehr um einen Marktpreis handeln.“

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

184. Dieses Projekt ist in [den sichergestellten Dokumenten] [erwähnt].

b) [K]

185. Gemäss Darstellung in der Bonusmeldung fragte [K] die Mitbewerber betreffend eines Schutzes an. Die Mitbewerber waren einverstanden, sofern [K] bei nächster Gelegenheit auch Hand zu einem solchen Schutz biete. [...] wollte unbedingt zusammen mit [K] in einer ARGE auftreten, was von [K] akzeptiert wurde. [...] aus und [K] die übrigen Arbeiten.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [T]

186. [T] bestreitet die Ausführungen von [G]. Es lägen keine Belege für die Behauptungen von [K] vor. [G] sei entweder ein Versehen unterlaufen oder sie habe auf Nummer sicher gehen, und möglichst viele Konkurrenten bezichtigten wollen, um umfassend von der Bonusmeldung profitieren zu können.

b) [J]

187. [J] bestreitet die Vorwürfe pauschal. Die Aussagen einer Selbstanzeigerin alleine könnten keinen rechtsgenügenden Beweis für die Beteiligung einer bezichtigten Partei an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede liefern.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

188. Fall 7 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [K] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits, dass es in diesem Fall zwischen [K] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags ge-

kommen ist. Zudem hat [K] ihre Schutznahme, [D] ihre Stützofferte eingestanden. Weiter hat [G] glaubwürdig dargelegt, dass [J], [L] und [T] sich mit ihr über die Einreichung einer Stützofferte geeinigt haben. [J] bringt dagegen lediglich pauschal vor, dass die Aussage einer Selbstanzeigerin alleine keinen rechtsgenügenden Beweis für die Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede liefern könnte. Dem ist zu widersprechen. Eine Aussage einer Bonusmelderin kann durchaus einen rechtsgenügenden Beweis für die Beteiligung an einer unzulässigen Abrede darstellen. Eine solche Aussage ist kritisch zu prüfen und kann diese kritische Prüfung bestehen, wenn die Bonusmelderin glaubwürdig ist. Dies ist vorliegend der Fall (siehe dazu die Ausführungen unter Rz 69 ff.). Zudem liefert [J] keinen konkreten Hinweis, der die Aussagen von [G] in Frage stellen würde. Im Übrigen liegen im vorliegenden Fall weitere Beweismittel vor: Aus [den sichergestellten Dokumenten] ergibt sich, dass es zwischen [D] und [K] zu einer Absprache kam. Gemäss [D] waren bei der Organisation eines Schutzes jeweils alle dabei: „*Wir haben immer, wenn wir ein Objekt, wenn wir einen Schutz bekamen, dann hat jeder geschützt.*“. Falls dies in einem Einzelfall nicht zutraf, dürfte sich das schutznehmende Unternehmen genau an diesen Umstand erinnern.

E. Ergebnis

189. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 7 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [K] (Schutz) und jeweils [D], [L], [T] und [J] (Stützofferte) kam. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 8: [...]

A. Ausschreibung

190. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabefrist [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 8:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[D]	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. E-Mail an [K]. Schutznahme eingestanden.
[J]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[L]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[T]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [K]

191. Gemäss Darstellung in der Bonusmeldung erwartete [D] von den Mitbewerbern, dass sie von diesen beim [...] geschützt werde, nachdem die Mitbewerber das Objekt [...] Der Verantwortliche von [D] teilte dieses An-

sinnen telefonisch dem Verantwortlichen von [K] mit. Anschliessend schickte [D] am [...] eine E-Mail an [K], in welcher diese gebeten wird, zu einem Betrag von ca. [...] zu offerieren. [K] offerierte für CHF [...]. In dieser E-Mail findet sich die übliche Wendung „*Vielen Dank für deine Unterstützung!*“.

b) [D]

192. [D] hat die Schutznahme eingestanden.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

193. [J] bestreitet die Vorwürfe pauschal. Die Aussagen einer Selbstanzeigerin alleine könnten keinen rechtsgenügenden Beweis für die Beteiligung einer bezichtigten Partei an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede liefern.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

194. [D] hat ihre Schutznahme, [K] und [L] haben ihre Stützofferten eingestanden. Die Aussagen von [G] legen die Einreichung einer Stützofferte von [J] und [T] glaubwürdig dar. Diese beiden Unternehmen liefen keine kon-

kreten Hinweise, welche die Aussagen von [G] in Frage stellen würden.

E. Ergebnis

195. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 8 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [D] (Schutz) und jeweils [K], [J], [T] und [L] (Stützofferte) kam. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 9: [...]

A. Ausschreibung

196. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabefrist [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 9:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[G]	100	Schutznahme eingestanden. Gemäss [K] Arbeiten durch [K] ausgeführt.
[I]	[...]	Wird durch [G]/[K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.

Offertöffnungsprotokoll vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

197. Gemäss Darstellung in den Bonusmeldungen von [G] und von [K] kontaktierte der Verantwortliche von [K] den Mitarbeiter von [I] und fragte, ob [I] bei diesen Arbeiten höher rechne als [G]. Dies wurde von [I] zugesagt. [G] offerierte tiefer und erhielt den Zuschlag. Ausgeführt wurden diese Arbeiten von [K] als Schwesterunternehmen von [G].

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

198. [I] bringt pauschal vor, es lägen keine Beweismittel vor, welche eine Teilnahme von [I] an einer allfälligen Submissionsabsprache belegen würden. Es werde lediglich auf die wenig glaubwürdigen Anschuldigungen der [...] abgestellt. Die von [G] genannte Kontaktperson bei [I] habe ausgesagt, dass er für die [I] nicht an Submissionsabsprachen beteiligt gewesen sei. Da der Sachverhalt umstritten sei und die involvierten Personen nicht förmlich einvernommen worden seien, müsse [I] im Zweifelsfall entlastet werden.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

199. [G] hat ihre Schutznahme eingestanden. Zur Beweiskraft der Bonusmeldungen von [G] wird auf die Aus-

führungen unter Rz 95 verwiesen. Die verantwortliche Person von [K] (...) wurde ausserdem von der WEKO an der Anhörung vom [...] Oktober 2011 zu verschiedenen Projekten befragt (zu Fall 9 wurden allerdings keine Fragen gestellt) und war glaubwürdig. [I] verzichtete auf Fragen an die Vertreter der [...]. Sie hat auch keine konkreten Hinweise vorgebracht, welche die Aussagen von [...] in Frage stellen würden. Die WEKO sieht keinen Grund, an den Aussagen von [G] und insbesondere von Herrn [...] zu zweifeln.

E. Ergebnis

200. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 9 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [G] (Schutz) und [I] (Stützofferte) kam. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 10: Wird nicht weiterverfolgt.

Fall 11a: Wird nicht weiterverfolgt.

Fall 11b: Wird nicht weiterverfolgt.

Fall 11c [...]

A. Ausschreibung

Ausschreibungsbeteiligte Fall 11c (...):

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[J]/[H]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten].

		Wird durch [D] der Schutznahme bezichtigt. Zuschlag erhalten.
[D]	100	
Weitere		

Zuschlagsverfügung vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

201. Gemäss [den sichergestellten Dokumenten] war die ARGE [J]/[H] bei diesem Projekt geschützt. Diese Bezeichnung wurde in ihrer Antwort zum Fragebogen wiederholt. Gemäss Zuschlagsverfügung hat die ARGE [J]/[H] den Zuschlag erhalten.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [J]

202. In ihrer Stellungnahme bestreitet [J] pauschal in diesem Projekt einen Schutz organisiert zu haben. [J] spricht [den sichergestellten Dokumenten] für sämtliche Fälle die Beweiskraft ab. Die Eingaben der Bonusmeldungen seien generell aus strategischen Beweggründen erfolgt.

b) [H]

203. In ihrer Stellungnahme bestreitet [H] in diesem Projekt einen Schutz organisiert zu haben. Die [sichergestellten Dokumente] sei[en] falsch und es sei stossend, dass ein so gewichtiger Fall nur auf der Grundlage der [sichergestellten Dokumente] und der wiederholten Bezeichnung von [D] sanktioniert werde. Die grosse Anzahl von Teilnehmer (17) sprächen gegen eine Absprache. Zudem hätten auch [G], [K] und [A] teilgenommen (Bonusmelder), welche [H] nicht bezichtigt haben.

b) [G] und [K]

204. [G] und [K] haben eingestanden für [...] Stützofferten eingereicht zu haben. Allerdings hätten sie für [...] nicht mitoffertiert [...]. Zu der allfälligen Beteiligung von [J] und [H] könnten sie nicht Stellung nehmen.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

205. Fall 11c ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [J]/[H] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits, dass es in diesem Fall zwischen [J]/[H] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Die pauschalen Bestreitungen von [J] und [H] vermögen die Glaubwürdigkeit der Aussagen [D]s nicht zu erschüttern.

E. Ergebnis

206. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 11c zu einer Vereinbarung zwischen [J]/[H] (Schutz) und [D] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 12: [...]

A. Ausschreibung

207. [Öffentlicher Auftraggeber] [...] schrieb mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 12:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
ARGE [K] und [F]	100	Objekt in [den sichergestellten Dokumenten]. Schutznahme eingestanden. [F] führte lediglich die [...]
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[J]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[L]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Offertöffnung vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

208. Dieses Projekt ist in [den sichergestellten Dokumenten] [erwähnt].

b) [K]

209. Laut Darstellung in der Bonusmeldung von [K] fand am [...] um 07:00 eine Besprechung bei [D] statt mit den oben angeführten Beteiligten aber ohne [G] und [F] (nicht zur Besprechung eingeladen). [D], [L] und [J] waren bereit, höher zu offerieren, sofern [K] bei anderer Gelegenheit umgekehrt Hand bieten würde. [G], als [...] von [K], offerierte ebenfalls höher. [K] und [F] hatten beide Interesse an der Arbeit und bildeten eine ARGE, die den Zuschlag schliesslich erhielt.

210. [K] legt ihrer Bonusmeldung noch die Kopie eines handschriftlichen Agendaeintrags von einem Mitarbeiter bei, der den Besprechungstermin vom [...] dokumentiert.

a) [K]

211. [K] bestätigte an der Anhörung vom [...] Oktober 2011 ihre Ausführungen zu Fall 12.

b) [J]

212. [J] macht ohne konkrete Ausführungen lediglich geltend, der Vorwurf gegen [J] könne sich einzig auf Aussage von [K] stützen. Die Aussage einer Selbstanzeigerin stelle keinen rechtsgenügenden Beweis für das Bestehen einer Submissionsabsprache dar.

c) [L]

213. [L] bestreitet die Teilnahme an der Sitzung vom [...] sowie die Einreichung einer Stützofferte. Der Agendaeintrag äussere sich nicht zu einer Beteiligung von [L].
Ausschreibungsbeteiligte Fall 13:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[B]	[100]	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Offerte [K] vom [...].
[A]	[...]	
[I]	[...]	Wird durch [K] die Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

217. Laut Darstellung in der Bonusmeldung wandte sich [B] telefonisch an [K], ob sie bei diesen Arbeiten höher offerieren würden (ca. netto [...]). [K] erklärte sich dazu bereit. Die Kapazität von [K] war zu diesem Zeitpunkt voll ausgeschöpft, weshalb man der Anfrage von [B] entsprach. Ob und wie sich [B] mit den anderen beteiligten Unternehmen organisierte, ist [K] nicht bekannt.

218. Der Bonusmeldung liegt die vor der Koordination ausgearbeitete Offerte von [K] vom [...], also zwei Tage vor Eingabefrist, bei. Die Offertsumme der Offerte beträgt [84]. Unter diesem Betrag wurde der Betrag von [...] bzw. [...] handschriftlich hinzugefügt. Dieser letzte Betrag entspricht genau der durch [K] nach der Intervention von [B] eingereichten Stützofferte.

219. Somit ist die provisorische Offerte von [K] ca. 16 % tiefer als die geschützte Eingabe von [B].

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [B]

der in der Agenda von Herrn [[L] AG], Herrn [[L] AG], [[L] AG], [[L] AG], Herrn [[L] AG], noch Herrn [[L] AG], sei die Sitzung eingetragen. Eine Beteiligung von [L] sei somit nicht nachgewiesen.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

214. Fall 12 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [K]/[F] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits, dass es in diesem Fall zwischen [K]/[F] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. [K] und [F] haben ihre Schutznahme im Übrigen eingestanden. Weiter werden [J] und [L] von [K] glaubwürdig bezichtigt, sich mit [K] über die Einreichung einer Stützofferte geeinigt zu haben (siehe dazu auch die Ausführungen zu Fall 7).

E. Ergebnis

215. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 12 zu einer Vereinbarung zwischen [K]/[F] (Schutz) und jeweils [D], [J] und [L] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 13: [...]

A. Ausschreibung

216. [...] schrieb mit Eingabefrist [...]

220. [B] bestreitet, an einer Abrede beteiligt gewesen zu sein. Bei einem privaten Bauherrn mit mehreren Abgebotsrunden seien Absprachen nicht möglich. Im Fall 13 hätten zwei Abgebotsrunden und drei Offertbereinigungen mit Mengen- und Preisanpassungen stattgefunden. Der Werkvertragspreis habe schlussendlich CHF [...] betragen.

b) [I]

221. [I] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte. [K] sage selber, es fehle ihr die Kenntnis darüber, ob [B] mit weiteren Unternehmen gesprochen habe. Die Bezichtigungen von [K] seien besonders unglaubwürdig, weil die Abgabe einer Stützofferte in diesem Projekt den Interessen der [I] offensichtlich zuwidergelaufen wäre, weil [I] bereits mit den [...] beauftragt gewesen und aufgrund der sich ergebenden Synergien sehr interessiert daran gewesen sei, auch die [...] ausführen zu können. [I] sei mit den schweren Maschinen bereits vor Ort gestanden und hätte die [...] sozusagen im gleichen Zug ausführen können. [I] habe den Zuschlag unbedingt erhalten wollen.

An der Anhörung vom [...]. Oktober 2011 hielt [I] daran fest, nicht an einer Absprache beteiligt gewesen zu sein.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

222. Im Fall 13 liegt eine glaubwürdige Bezeichnung von [K] gegen [B] vor. Zudem hat [K] eine provisorische Offerte gerechnet, auf welcher sie den Betrag, den sie zugunsten von [B] eingeben soll, notiert hat. Damit ist die Vereinbarung zwischen [B] und [K] bewiesen. Entgegen der Ansicht von [B] spricht die Tatsache, dass es sich um eine private Bauherrschaft gehandelt hat und dass es zu Abgebotsrunden kam, nicht gegen das Vorliegen einer Abrede. Auch privat vergebene Aufträge können abgesprochen werden. Ebenso wenig sprechen Abgebotsrunden gegen das Vorliegen einer Abrede bzw. gegen eine Wettbewerbsbeeinträchtigung, da auch diese abgesprochen sein können und da diese ohnehin von bereits verfälschten Preisen ausgehen (siehe dazu auch die Ausführungen zu Fall 6). Im Übrigen gab [B] in ihrem Schreiben vom [...] an, in diesem Projekt für CHF [100] offeriert zu haben. In ihrer Stellungnahme vom [...]

schreibt sie nun, der Werksvertragspreis habe schlussendlich CHF [>100] also lediglich ca. CHF [0-2%]-weniger als die zweitplatzierte Offerte betragen. Diese Aussagen sind zu widersprüchlich, als dass sie an der soeben dargelegten Auswertung etwas ändern könnten. Die Hinweise gegen [I] sind nicht stichhaltig genug, um von einer Vereinbarung zwischen dieser und [B] auszugehen.

E. Ergebnis

223. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 13 zu einer Vereinbarung zwischen [B] (Schutz) und [K] (Stützofferte) gekommen ist. Eine Stützofferte von [I] kann nicht bewiesen werden. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 14: [...]

A. Ausschreibung

224. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabefrist [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 14:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[M]	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Handschriftliche Notizen von [K]. Wird durch [F] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme eingestanden.
[B]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [F] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte eingestanden.
[F]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[I]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [F] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.

Protokolleröffnung vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [K]

225. Laut Darstellung in der Bonusmeldung wurden vier Objekte [...] ausgeschrieben: [...] (Fall 14), [...] (Fall 47), [...] (Fall 48) und [...] (Fall 85). Zu diesem Viererpaket gab es verschiedene Telefonate unter den interessierten Bauunternehmen. Initianten der Telefonate waren in erster Linie [B] und [I]. [M] zeigte Interesse an der [...] (Fall 14). [B] meldete Interesse an den Arbeiten [...], [...] (Fall 85) an. [I] war mit dieser Aufteilung unter der Voraussetzung einverstanden, dass sie die Arbeiten [...] (Fall 48) würde ausführen können. [K] sollte die Arbeiten [...] (Fall 47) erhalten.

226. [K] reicht zum Beleg der Aussagen in ihrer Bonusmeldung Handnotizen des Submissionsverantwortlichen betreffend die Preise der anderen Anbieter ein.

227. Die Projekte 47 und 48 wurden allerdings nicht wie vorgesehen vergeben, sondern ungefähr ein Jahr später unter neuen Nummern erneut ausgeschrieben. [I] war ursprünglich als geschütztes Unternehmen für den Fall 48 vorgesehen. In 2008 wurde [I] jedoch durch [B] beim Fall 48 als geschütztes Unternehmen ersetzt.

b) [F]

228. Die Aufteilung der vier Projekte [...] zwischen [B], [I], [M] und [K] wurde durch [F] bestätigt. [F] stand zugunsten der anderen Interessenten zurück und offerierte

höher. [F] verlangte jedoch, dass die anderen Anbieter zu einem späteren Zeitpunkt zurückstehen würden.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [M]

229. [M] äussert sich in ihrer Stellungnahme vom 9. September 2011 nicht zu der ihr im Fall 14 vorgeworfenen [...] Schutznahme. Sie bestreitet lediglich in allgemeiner Weise die Beweiskraft der Selbstanzeigen der Firma [G]. [G] sage selbst, dass ihre Erinnerungen unvollständig und lückenhaft sein könnten. Es dürfe aber nicht auf blossе Bezeichnungen abgestellt werden, sondern es seien zusätzlich als Beweis noch Dokumente oder zumindest detaillierte Erklärungen erforderlich. Solche Unterlagen bzw. Ausführungen seien in den vonin der Folge aufgeführten Fälle nicht vorhanden (Fall 14 befindet sich nicht unter diesen Fällen). Zudem stellt [M] am Schluss ihrer Stellungnahme den Antrag, es sei ihre Sanktion neu zu berechnen und die erschwerenden Umstände seien von 100 auf 50 % zu reduzieren.

b) [B]

230. Im Antrag wurden die erschwerenden Umstände zu Lasten von [B] aufgrund von [...] Abredebeteiligungen bestimmt ([...]). [B] bestreitet ihre Beteiligung in zwei dieser Fälle ([...]). Sie stellt zudem den Antrag: *„Der Basisbetrag ist unter Berücksichtigung unserer Einwände neu zu ermitteln (nur 2 und nicht [...] Schutznahmen). Da zudem nur noch vier Fälle in der Liste der verbleibenden Umstände verbleiben, ist ein Zuschlag vom max. 50 % angemessen.“* Im Übrigen bestreitet sie die Beteiligung an Fall 14 nicht.

c) [K]

231. [K] machte an der Anhörung vom [...] Oktober 2011 weitere Angaben zu diesem Projekt. Es sei alles über Telefongespräche abgelaufen. Es seien mehrere Objekte in einen Korb geworfen wurden. Es sei beabsichtigt gewesen, diese Arbeiten aufzuteilen: [...]. Es sei eigentlich so vorgesehen gewesen, dass die Firma [B] [...] und [K] die [...] erhalten sollten. Das sei so abgemacht gewesen. Allerdings seien die einzelnen Arbeiten [...] nicht zur Ausführung gekommen, weil [Öffentlicher Auftraggeber] die Arbeiten zurückgezogen habe. Sie seien ca. ein Jahr später nochmals zur Ausschreibung gekommen. [K] wisse, dass sie mit der Firma [B] in einer ARGE die Arbeiten [...] ausgeführt habe. Die Notizen würden das Objekt [...] betreffen. [K] habe sich hier klar als Nummer eins gesetzt. Das sei eine Absprache gewesen, für welche [K] eine Stützofferte wollte. Ihr Preis sei mit [...], zirka, aufgeschrieben. Das entspreche auch in etwa dem, was [K] eingegeben habe. An zweiter Stelle habe [K] die Firma [F] gesetzt. [K] habe die Firma [...] orientiert, dass sie in etwa die Summe von [...] eingeben soll. Das gehe dann weiter über die Firma auf den dritten Platz, Firma [B] auf dem vierten Platz und die Firma [M] auf dem fünften Platz. Die Summen, die hinten stünden, habe [K] den Mitbewerbern bekanntgegeben. Ob sie das plus-minus so getan hätten, könne [K] nicht mehr nachvollziehen. Die Notiz in act. [...] sei die Zusammenfassung. Da hätte [K] die Preise bestimmt für die Mitbewerber. Die Notiz in [...] betreffe dasselbe Objekt. Unten seien die Unternehmungen aufgeführt, welche sich beim Baumeisterverband angemeldet hatten oder, die [K] in

Erfahrung bringen konnte, die das Objekt rechneten – mit Telefonnummer.

d) [I]

232. [I] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte. [K] und [F] würden für ihre Behauptungen keine Belege vorlegen. Aus den Handnotizen, in welchen zwar der Name [I] erwähnt werde, lasse sich nichts „Handfestes“ ableiten. Die Bezeichnungen der Unternehmensgruppe [G]/[K]/[F] seien mit Vorsicht zu geniessen. Der zuständige Mitarbeiter habe die Teilnahme an einer Submission abgestritten. Die Anschuldigungen seien unglaublich, weil [I] im Fall 48 (für welchen gemäss Aussagen der Bonusmelder ein Zuschlag für [I] geplant gewesen sei) nicht erhalten habe. Die ARGE [B]/[K] habe für Fall 48 rund 30 % tiefer offeriert. Ausserdem sei es unglaublich, dass sich die Bonusmelder noch an Telefonate aus dem Jahr [...] erinnern könnten. Schliesslich weist [I] darauf hin, dass im identisch gelagerten Fall 48 die Beweislage offenbar als ungenügend betrachtet worden sei.

233. [I] nahm nach der Anhörung von [K] zu deren Äusserungen vom [...] Oktober 2011 Stellung. Den Aussagen von [K] komme kein Beweiswert zu. Einerseits stimmten die in den Notizen und in der Aussage von [[K] AG] genannten Zahlen nicht mit den tatsächlich eingegebenen Offerten überein. Zudem habe [I] den Zuschlag für Fall 48 (was die Motivation für eine Stützofferte gewesen wäre) nicht erhalten. Schliesslich werde behauptet, [B] und [I] seien die treibende Kraft bei den Telefonaten in diesem Fall gewesen. [[G]-Gruppe] habe aber nicht erwähnt, von welchen der beiden Firmen [B] und [I] er kontaktiert worden sei. Aufgrund der gesamten Umstände liege es nahe, dass die Kontaktaufnahme durch [B] erfolgt sei, welche mit [K] eine ARGE bildete.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

234. [B] beantragt eine Sanktionierung unter Streichung einiger Fälle, aber unter Berücksichtigung von Fall 14. Damit anerkennt sie, dass ihr Verhalten in Fall 14 kartellrechtswidrig war. [M] beantragt eine Reduzierung der auf dem Basisbetrag beruhenden Sanktion, weil gewisse erschwerende Umstände wegfallen würden. Den Basisbetrag stellt sie nicht in Frage. Damit anerkennt sie, dass das Verhalten, aus welchem der Basisbetrag abgeleitet wurde, kartellrechtswidrig war. Zu den allgemeinen Ausführungen von [M] zur Beweiskraft der Aussagen von [K] wird auf die Hinweise unter Rz 95 ff. verwiesen. Die Aussagen von [K], wonach sich [M] und [B] an einer Submissionsabsprache beteiligt haben, sind glaubwürdig, was mit Notizen untermauert wird. Auch für [I] ist eine Beteiligung glaubwürdig erstellt. Die Aussagen von [K] werden ebenfalls durch Notizen untermauert. Aus diesen Notizen ergibt sich zwar nicht direkt, dass [I] für das Projekt Eiken Kanalisation Birkenweg eine Stützofferte einreichen sollte. Dieses Projekt wird [M] zugewiesen. [I] soll gemäss den Notizen das Projekt [...] (Fall 48) erhalten. Dass sie dieses Projekt in der Folge nicht erhalten hat, ändert nichts an der Abrede zu Fall 14, in welche [I] auch involviert war. [I] war an den Gesprächen über die Projekte [...] (Fall 14[...]) (Fall 47), [...] (Fall 48) und [...] (Fall 85) beteiligt und hat im Fall 14 eine höhere

Offerte eingereicht, als das geschützte Unternehmen [M], das seine Schutznahme implizit eingestanden hat.

E. Ergebnis

235. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 14 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [M] (Schutz) und [B], [I], [K] und [F] (Stützofferten)

Ausschreibungsbeteiligte Fall 15:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[I]	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt.
[B]	[...]	
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[M]	[...]	

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

237. Laut Darstellung in der Bonusmeldung [K] fragte [I] telefonisch [K] an, ob diese bei den [...], zurückstehen würde, da die [...] erfolgen würden [...]. [...].

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [I]

238. [I] bestreitet die Schutznahme. Basis der Anschuldigungen in diesem Fall bilde einzig und allein die Aussage des Selbstanzeigers. Es gebe keinen einzigen festen Beweis. Das Sekretariat stütze sich einzig auf das Telefongespräch, welches Herr [[I] AG] angeblich mit Herrn [[K] AG] geführt haben soll. Dieser habe eine Beteiligung an einer Submissionsabsprache abgestritten. Selbst wenn ein Schutz zustande gekommen wäre, hätte es mit [B] und [M] noch genügend aktuellen Aussenwettbewerb gehabt, sodass die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG widerlegt wäre und die WEKO die Erheblichkeit nachweisen müsste. Die Hinweise aus dem Antrag des Sekretariats, wonach Angebote, welche deutlich über den abgesprochenen Offerten liegen, keinen genügend Aussenwettbewerb zu begründen vermögen, würden dafür nicht genügen.

b) [K]

Ausschreibungsbeteiligte Fall 16:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[D]	100	Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme eingestanden.
[G]	[...]	Kontakt mit [D] eingestanden.
[J]	[...] ⁸⁶	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

kam. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 15: [...]

A. Ausschreibung

236. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabefrist [...] aus.

239. [K] bestätigte ihre Aussagen an der Anhörung vom [...] Oktober 2011. In Projekt 15 habe [K] von [I] einen Telefonanruf erhalten, in welchem [I] mitgeteilt habe, dass sie [...] und um Zurückhaltung durch [K] gebeten habe. [K] habe in der Folge eine Offerte eingereicht, die höher als jene von [I] gewesen sei.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

240. [K] legt glaubwürdig dar, dass [I] in Fall 15 einen Schutz organisiert hat. Zu den Einwänden von [I], wonach es an den Auswirkungen der Abrede fehlen würde, ist auf die Ausführungen in Rz 1001 ff. zu verweisen.

E. Ergebnis

241. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 15 zu einer Vereinbarung zwischen [I] (Schutz) und [K] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 16: [...]

A. Ausschreibung

242. Eine Privatperson [...] schrieb mit [...] aus.

⁸⁶ [J] hat sich vermutlich in der Höhe der Eingabe geirrt oder verschrieben.

[L]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wurde von [D] gebeten, eine Stützofferte einzureichen.
[T]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte bestritten.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

243. Laut Darstellung in der Bonusmeldung [G] ersuchte [D] [G] um Schutz für dieses Objekt, da [D] bereits [...] ausgeführt hatte. Gemäss eigenen Eingaben hat [G] für dieses Projekt kein Angebot eingereicht.

244. Die Bonusmeldung von [G] enthält die Bezeichnung, [D] habe [G] um Schutz ersucht. Das Objekt fehlt auf [den sichergestellten Dokumenten]. [...]

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [D]

245. [D] bestätigte die Aussagen zu Fall 16 an der Anhörung vom [...] Oktober 2011. Auf den Hinweis, dass [L] die Einreichung einer Stützofferte bestreite, sagte [D]: „Wir haben immer, wenn wir ein Objekt, wenn wir einen Schutz bekamen, dann hat jeder geschützt.“

b) [L] und [T]

246. [L] und [T] bestreiten die Anschuldigungen und bringen vor, die Hinweise gegen [L] hätten von [D] kommen müssen und nicht von [G], wenn ja [D] [G] um Schutz ersucht haben soll. [G] hätte gar nicht über das Wissen verfügt, wer sonst noch um die Abgabe einer Stützofferte angefragt worden sei. Sowohl [L] wie auch [T] hätten eine Eingabe mit der Absicht eingereicht, den Zuschlag zu erhalten.

c) [J]

247. [J] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte ohne konkrete Tatsachen vorzubringen. Die Glaubwürdig-

keit der [sichergestellten Dokumente] über ihre Schutznahmen werde bestritten. Weitere Beweise, welche die Beteiligung von [J] an der Submissionsabsprache belegen könnten, lägen nicht vor.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

248. Dass es im Fall 16 zu Absprachen kam, ergibt sich aus der Selbstbezeichnung von [G] und jener von [D]. [D] bestätigte, dass die übrigen Submissionsteilnehmer ebenfalls an der Abrede beteiligt gewesen sind. Der Einwand von [L] und [T], die Aussagen über die Einreichung einer Stützofferte hätte von [D] kommen müssen, erübrigt sich damit. [J] beschränkt sich darauf, die Glaubwürdigkeit der Bonusmelderinnen in Frage zu stellen. Sie liefert allerdings keine konkreten Hinweise, mit Hilfe derer dies gelingen könnte.

E. Ergebnis

249. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 16 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [D] (Schutz) und jeweils [G], [L], [T] und [J] (Stützofferte) kam. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 17: [...]

A. Ausschreibung

250. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 17:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
ARGE [I]/[K]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Schutznahme von [K] eingestanden. [I] wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme von [I] bestritten.
[...] (keine Partei)	Offen	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte oder eines Eingabeverzichts bezichtigt.
[...] (keine Partei)	Offen	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte oder eines Eingabeverzichts bezichtigt.
[...] (keine Partei)	Offen	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte oder eines Eingabeverzichts bezichtigt.
[A]	Keine Unterlagen	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte oder eines Eingabeverzichts

		bezüglich.
[B]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezüglich.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[F]	Keine Offerte	Kontakt eingestanden.
[G]	keine Offerte	[G] hat die Offerte von [I]/[K] erhalten und beigelegt.
[H]	Keine Offerte	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte oder eines Eingabeverzichts bezüglich.
[J]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezüglich.
[L]	[...]	Stützofferte eingestanden. ⁸⁷
[M]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezüglich.
[Q]	Keine Offerte	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte oder eines Eingabeverzichts bezüglich.
[T]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezüglich.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

251. Die Einreichung einer Stützofferte zugunsten [I]/[K] durch [D] ist offengelegt, weil dieser Fall [in den sichergestellten Dokumenten erwähnt ist].

b) [K]

252. [K] legt in der Bonusmeldung dar, dass sie sich vor der Submission mit [I] zu einer ARGE zusammengeslossen hatte. Die Federführung lag bei [I]. Es war vorgesehen, dass innerhalb der ARGE die Arbeiten etwa je zur Hälfte von [I] und [K] ausgeführt würden. Die ARGE suchte vor der Submission das Gespräch mit den anderen Anbietern. Diese waren bereit, höher zu offerieren als die ARGE. Nach der Erinnerung von [K] haben letztlich ca. fünf Anbieter Offerten eingereicht.

253. Gemäss handschriftlichen Notizen vom [...] wurden [...], [keine Partei], [M], [Q] und [keine Partei] als „gut“, [T] und [...] als „erledigt“ und [Geschäftsführer von [H]] als „bereit“ bezeichnet. Alle diese Unternehmen werden durch [K] bezichtigt, entweder eine Stützofferte eingereicht bzw. bewusst darauf verzichtet zu haben. Zu [J] findet sich die Bemerkung „bespricht sich mit [Kalkulator bei [J]]. Gesprächsbereit“.

254. [...].

c) [F]

255. [F] wurde von [I]/[K] gefragt, ob sie sich für dieses Objekt interessiere und ob sie höher offerieren würde. Weil das Objekt die Kapazitäten der ohnehin überstieg, verzichtete die [F] AG auf eine Offerte.

d) [L]

256. In ihrer Antwort zum Fragebogen bestätigt [L] (das zweitplatzierte Angebot), dass dieses Projekt von einer Absprache betroffen war, ohne jedoch nähere Angaben zu machen.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [I]

257. [I] bestreitet die Beteiligung an einer unzulässigen Abrede. [K] behauptet, dass [I] die Federführung bei der ARGE gehabt habe. Bereits diese Aussage sei unglaubwürdig, wenn man bedenke, dass die Offerte am [...] einzig und allein von [K] unterzeichnet wurde. Als angebliche Beweise würden handschriftliche Notizen von [K] dienen und die [sichergestellten Dokumente]. Beide seien als Beweis untauglich. Ein Bezug der Vermerke auf den Notizen zu einer allfälligen Absprache lasse sich in die Liste der Notizen nicht hineininterpretieren. Falls es im Fall 17 zu einer Abrede gekommen sei, sei dies ohne Wissen von [I] passiert. Schliesslich sei es äusserst unwahrscheinlich, dass eine Abrede mit so vielen Submittenten funktionieren würde. Falls es zu einer Abrede gekommen sei, müsste die Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs geprüft werden. An der Anhörung vom [...] Oktober 2011 hielt [I] daran fest, dass sie im Fall 17 nicht an unzulässigen Abreden beteiligt gewesen sei. Bei [I] sei klar gewesen, dass es keine Absprachen gebe. Aber das heisse ja nicht, dass ein ARGE-Partner nicht andere anfrage, ob eine Absprache vielleicht möglich sei. Normalerweise rechne jeder ARGE-Partner das Projekt für sich selber. Dann komme man wieder zusammen, vergleiche die Preise und analysiere die Marktlage. [I] habe zum Zeitpunkt der Realisierung des Projekts 17 noch keinen Belagsbau gehabt. Sie sei abhängig gewesen von [K]. [K] habe die Möglichkeit gehabt, wenn sie mehr Informationen hatte, den Preis von [I] zu steuern. Es sei durchaus möglich, dass es eine Absprache gebe und der ARGE-Partner davon nichts wisse. Da [I] ja den Ruf gehabt habe, nicht an Abreden mitzumachen, könne es sein, dass andere hinterum etwas anderes machen würden.

⁸⁷ Bei [...] beziehen sich die Seitenangaben von act. [...] auf den ausgefüllten Fragebogen.

b) [K]

258. [K] äusserte sich an der Anhörung vom [...] Oktober 2011 zu diesem Projekt. Sie sagte aus, es könne grundsätzlich sein, dass ein ARGE-Partner nichts wisse von der Abrede des anderen ARGE-Partners. Aber das wäre sehr erstaunlich. Zum konkreten Fall müssten sich die direkt involvierten Personen äussern. An der Anhörung vom [...] Oktober 2011 sagte die direkt involvierte Person von [K] [...], sie hätten für das Projekt 17 eine unechte ARGE mit [I] gebildet. Ein Teil der Absprache sei über [K], ein Teil über [I] gegangen. Zu act. [...], sagte [K], dass darauf die Firmen seien, die von [I] und [K] angefragt worden seien. „[...] gut“ zum Beispiel bedeute, dass diese einverstanden sei mit einem Schutz. „[A] [I] nochmals“ bedeute, „[I] nochmals zurückrufen“. [[K] AG] sagte sodann aus, diese Notizen selbst geschrieben zu haben. Wenn eine andere Firma für einen Schutz bereit gewesen sei, hätten sich [K] und [I] gegenseitig orientiert. Aus den Notizen ergebe sich weiter, dass [L] zu 100 % kein Interesse gehabt habe. Projekt 17 sei ein ungewöhnliches Projekt gewesen, da sich sehr viele Bewerber beim Baumeisterverband angemeldet hatten. Daher sei es schwierig für eine Firma ihrer Grösse, eine solche Absprache zustande kommen zu lassen. In der ARGE sei [K] viel stärker gewesen, auch für die Diskussion betreffend die Absprache.

c) [B]

259. [B] äussert sich nicht zu Fall 17 (siehe dazu die Ausführungen zu Fall 14).

d) [M]

260. [M] stellt in ihrer Stellungnahme den Antrag, für die Bewertung der erschwerenden Umstände ihrer Sanktion nur mehr die Fälle [...] und [...] zu berücksichtigen.

e) [J]

261. [J] bestreitet eine Beteiligung. Es sei nicht ersichtlich, wie in den Notizen ein Beleg für die Beteiligung von [J] gesehen werden könne. Es lasse sich aus den handschriftlichen Notizen zwar entnehmen, dass eine Koordination zwischen verschiedenen Unternehmen stattgefunden haben könnte. [J] werde aber vom Sekretariat nicht genannt. Damit stütze sich der Vorwurf gegen [J] einzig auf die Aussagen der Selbstanzeigerin [G], was keinen rechtsgenügenden Beweis darstellen könne.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

262. Fall 17 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [K] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits, dass es in diesem Fall zwischen [K]/[I] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Aus den präzisierenden Erläuterungen von [[K] AG] geht klar hervor, dass [I] über die Absprachen beim vorliegenden Projekt informiert war und sich auch

aktiv daran beteiligte. Ein Teil der Telefonate wurde durch [I] getätigt. Dies wird ebenfalls durch die oben genannte Handnotiz untermauert, im Besonderen durch den Vermerk „[A], [I] nochmals zurückrufen“. Entgegen der Stellungnahme von [I] ist der Sinn dahinter klar verständlich. [I] hatte zu diesem Zeitpunkt bereits mindestens einmal mit [A] telefoniert und sollte erneut zurückrufen. Gemäss [I] würden die Anschuldigungen gegen [I] in diesem Fall lediglich auf der Aussage von [K] basieren. Dem ist entgegen zu halten, dass die Handnotizen viele Details über die getätigten Telefonate liefern. Die Bezeichnung durch [K] stützt sich somit nicht lediglich auf deren Erinnerung. Zudem hat [L] bestätigt, dass bei diesem Projekt Absprachen stattfanden, ohne [I] explizit zu erwähnen. [F] hat ferner bestätigt, dass sie in Hinblick auf eine Stützofferte auch kontaktiert wurde. Die Aussagen von [B] und [M] stellen ebenfalls eine Bestätigung dar, dass Projekt 17 abgesprochen war.

263. [I] macht auch geltend, dass [A] trotz ihrer Kooperation mit der WEKO keine Selbstbezeichnung abgegeben habe. [A] hat gegenüber der WEKO dagegen weder eine Absprache bestätigt noch dementiert, sondern lediglich angegeben, dass zu diesem Fall keine Unterlagen vorhanden seien. Dies aus dem Grund, dass sie zu diesem Projekt keine Offerte eingereicht habe.

264. Die hohe Anzahl von Submittenten bei diesem Projekt spreche ebenfalls gegen eine Absprache, da es, gemäss Herrn [D], kaum möglich sei, derart viele Teilnehmende einzubinden. Auch wenn es gemäss der Aussage von Herrn [[D] AG] bei einer grösseren Anzahl von Submittenten schwieriger sei, alle „im Boot zu haben“, hat es offensichtlich bei gewissen Projekten trotzdem funktioniert (siehe Fall 80).

265. Zu [J] ist zu sagen, dass Aussagen von Bonusmeldern allein durchaus ausreichen können, um die Beteiligung eines anderen Unternehmens an einer unzulässigen Abrede zu belegen. Im vorliegenden Fall liegen ausserdem Notizen vor, auf welchen [J] explizit erwähnt wird. Insbesondere ist auf S. 2 der Beilage 27 zu lesen: „[J] → Hr. [[J] AG] bespricht sich mit [[J] AG] Gesprächsbereit“. Auch dadurch lässt sich eine Beteiligung der [J] an der Abrede im Fall 17 belegen.

E. Ergebnis

266. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 17 zu einer Vereinbarung zwischen [K], [I] (Schutz) und jeweils [L], [M], [B], [Q], [D], [J] und [H] (Stützofferte) über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 18: [...]

A. Ausschreibung

267. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus. [...].

Ausschreibungsbeteiligte Fall 18:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[A]	100	Wird durch [G] und [K] der Schutznahme bezichtigt.

		Schutznahme eingestanden.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[H]	[...]	Wird durch [G] und [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[J]	[...]	Wird durch [G] und [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[L]	[...]	Wird durch [G] und [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[Q]	[...]	Wird durch [G] und [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Offertöffnungsprotokoll vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [G]

268. Laut Bonusmeldung [G] kam es am [...] um 13:15 Uhr bei [J] auf deren Einladung hin zu einer Submissionsbesprechung der möglichen Anbieter. Verschiedene Objekte wurden besprochen, u.a. auch Fall 18.

269. [G] hat ihrer Bonusmeldung zudem eine Kopie des folgenden Agendaeintrags vom [...] beigelegt: „13.15 [...] (...) [J]; [A] & [I]; [H] [D]“.

b) [A]

270. In der Ergänzung zur Bonusmeldung gibt [A] an, dass telefonische Gespräche stattfanden zwischen [L], [G], [J], [Q], [T] und [H].

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [H]

271. [H] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte. [G] sage aus, dass [H] an einer Absprache-Sitzung teilgenommen habe, während [A] nur sage, dass „nach gegenwärtigem Kenntnisstand“ davon ausgegangen werde, dass die Kontakte per Telefon stattgefunden hätten. Die Aussagen der Bonusmelder würden also divergieren. Wenn eine Sitzung stattgefunden hätte, dann müsste sich [A] als Organisatorin des Schutzes daran erinnern können. [H] habe weder an einer Sitzung noch an einer telefonischen Absprache teilgenommen.

b) [J]

272. [J] bestreitet die Vorwürfe. [J] verfüge nicht über einen entsprechenden Agendaeintrag und könne das behauptete Treffen nicht nachvollziehen. Die Aussagen von einem oder mehreren Selbstanzeigerinnen würden keinen Beweis für die Beteiligung von [J] an unzulässigen Submissionsabsprachen erbringen.

c) [Q]

273. [Q] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte. Es gebe keine Belege für die Aussagen der Bonusmelder. Interne Nachforschungen hätten keine Anhaltspunkte dafür zum Vorschein gebracht, dass [Q] hier an einer

Submissionsabrede beteiligt gewesen sei. Der genannte Agendaeintrag stelle keinen Beweis für die Behauptungen von [G] dar.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

274. [A] hat die Organisation eines Schutzes offen gelegt. Sie legt glaubwürdig dar, dass die übrigen Submissionsteilnehmer eine Stützofferte eingereicht haben. Unabhängig von ihr hat [G] dieselbe Beschuldigung wiederholt. Dass [A] Telefongespräche erwähnt und [G] eine Sitzung erwähnt, vermag an der Beweiskraft der Aussagen nichts zu ändern. Einerseits ist es nachvollziehbar, dass sich ein Unternehmen nur mit Sicherheit daran erinnern kann, dass es geschützt wurde, nicht aber wie kommuniziert worden ist. Andererseits schliesst eine Sitzung nicht aus, dass zusätzlich Telefongespräche stattgefunden haben. Gegen den Hinweis von [J], die Aussagen von mehreren Bonusmeldern allein könnten keinen rechtsgenügenden Beweis für die mit der Aussage zu belegende Tatsache darstellen, ist zu sagen, dass bereits die Aussage einer einzigen Bonusmelderin diese Voraussetzungen erfüllen kann. Im vorliegenden Fall liegen gar die Aussagen von zwei Bonusmelderinnen vor, die beide glaubwürdig sind. Die bezichtigten Unternehmen bringen keine Hinweise vor, die die Aussagen von [A] und [G] in Frage stellen könnten.

E. Ergebnis

275. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 18 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [A] (Schutz) und jeweils [H], [L], [J], [G] und [Q] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 19: [...]

A. Ausschreibung

276. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 19:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[K]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Schutznahme eingestanden.
[...] (keine Partei)	[...]	Wird durch [G] und [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.

Offertöffnungsprotokoll vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

277. Die Einreichung einer Stützofferte durch [D] ist offengelegt, indem dieser Fall [in den sichergestellten Dokumenten erwähnt ist].

b) [K]

278. [K] legt in der Bonusmeldung offen, dass sie einer Anfrage von [D], ob sie diese Arbeiten durchführen könne, nicht zugestimmt habe, weil [K] den Auftrag wollte. [D] sagte die Einreichung einer Stützofferte zu, nachdem [K] ihr die Betonarbeiten als Subakkordantin zugesichert hatte. Ein anschließendes Telefonat mit [...] ergab, dass [...] (keine Partei) nur die Betonarbeiten haben wollte. [K] sicherten [D] und [...] (keine Partei) zu, dass sie beide die Betonarbeiten ausführen könnten. Beide versprachen daraufhin, höher zu offerieren als [K].

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien**Ausschreibungsbeteiligte Fall 20:**

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Objekt in [den sichergestellten Dokumenten] Wird durch [G] und [K] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme indirekt eingestanden.
[...] (keine Partei)	Offen	Wird durch [G] und [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

283. Das Objekt ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten [L] [erwähnt].

b) [K]

279. Zu diesem Projekt sind keine weiteren Eingaben eingegangen bzw. der Sachverhalt wurde nicht bestritten.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

280. [K] hat ihre Schutznahme, [D] ihre Stützofferte eingestanden.

E. Ergebnis

281. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 19 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [K] (Schutz) und [D] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 20: [...]**A. Ausschreibung**

282. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

284. Die Absprache fand offenbar nach [...] statt und die Vergabe der Arbeiten wurde dort zwischen [K], [...] (keine Partei), [L] und einem weiteren Konkurrenten erörtert. In der Absprache wurden die Arbeiten [L] zugeteilt. Anschliessend wurden die offerierten Preise telefonisch besprochen. Ein weiterer Konkurrent (wohl [D]) wurde laut [K] direkt von [L] telefonisch kontaktiert und von

diesem gebeten, die zwischen den Mitbewerbern abgesprochene Zuteilung zu respektieren.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [L]

285. [L] bestätigt indirekt in ihrer Stellungnahme, dass sie im Projekt 20 geschützt worden ist. In der Zusammenfassung ihrer Stellungnahme hält [L] fest, dass „in Abweichung zum Vorentwurf in der untersuchten Periode lediglich in [...] Projekte eine Schutznahme vom [L] nicht widerlegt werden konnte“. Somit wurden lediglich vier Schutznahmen vom [L] bestritten (Fälle [...]).

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

286. Fall 20 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [L] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits,

dass es in diesem Fall zwischen [L] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. [G] hat [L] zudem glaubwürdig bezichtigt, einen Schutz in Anspruch genommen zu haben.

E. Ergebnis

287. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 20 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und jeweils [D] und [G] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 21: [...]

A. Ausschreibung

288. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 21:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[I]	100	Objekt in [den sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Wird durch [F] der Schutznahme bezichtigt.
[A]	[...]	
[B]	[...]	
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[F]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[M]	[...]	

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

289. Aus [den sichergestellten Dokumenten] ist zu schliessen, dass [D] eine Stützofferte zugunsten [I] eingereicht hat.

b) [K]

290. Laut Bonusmeldung von [K] fragte [I] [...] diese telefonisch an, ob [K] bereit wäre, eine höhere Offerte als [I] abzugeben. [K] willigte ein. Ob [I] mit weiteren Anbietern gesprochen hat, ist [K] nicht bekannt.

c) [F]

291. Gemäss Bonusmeldung von [F] fragte [I] bei ihr nach, ob [F] höher offerieren würde. Weil [F] gut ausgelastet gewesen sei, willigte sie ein, verlangte aber für eine spätere Gelegenheit Gegenrecht.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

292. Keine der von diesem Fall betroffenen Parteien hat sich weiter zu diesem Projekt geäußert bzw. die Sachverhaltsdarstellung bestritten.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

293. Fall 21 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [I] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits, dass es in diesem Fall zwischen [I] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Zudem haben [K] und [F] eingestanden zugunsten von [I] eine Stützofferte eingereicht zu haben.

E. Ergebnis

294. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 21 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [I] (Schutz) und jeweils [D], [K] und [F] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 22: [...]**A. Ausschreibung**

295. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 22:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[D]	100	Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme eingestanden.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[J]	[...]	
[L]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[Q]	Keine Eingabe	Offen, ob eine Offerte eingereicht wurde (Auszug aus Internetplattform, Fragebogen [D] vom [...]).

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [G]

296. Laut Bonusmeldung von [G] fragte [D] an, ob [G] höher rechnen würde. [G] rechnete die Offerte grob durch und telefonierte dann mit [D]. Die provisorische Offertsumme von [G] belief sich auf [...]. Die Preise wurden verglichen und [D] bat [G], mit der Summe von >100 zu offerieren. Auf Frage von [G] sagte [D], dass [L] für [...]- offerieren werde.

b) [D]

297. [D] gibt in ihrer Antwort vom [...] an, durch die vorliegende Abrede geschützt worden zu sein.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

298. Keine der von diesem Fall betroffenen Parteien hat sich weiter zu diesem Projekt geäußert bzw. die Sachverhaltsdarstellung bestritten.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen**Ausschreibungsbeteiligte Fall 23:**

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[K]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Schutznahme eingestanden.
[...] (keine Partei)	[...]	
[...] (keine Partei)	[...]	
[...] (keine Partei)	[...]	
[A]	[...]	

299. Gemäss den Informationen von [G] wusste [D] den Preis von [L]. [L] hat überschlagmässig den von [G] genannten Preis offeriert. Damit steht fest, dass eine Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [D] und [L] zustande gekommen ist. [D] und [G] haben ihre Beteiligung an der vorliegenden Absprache eingestanden.

E. Ergebnis

300. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 22 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [D] (Schutz) und jeweils [G] und [L] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 23: [...]**A. Ausschreibung**

301. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

[B]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Hat gemäss eigenen Angaben gar nicht offeriert (Fragebogen [B] vom [...]). Dies wird gestützt durch das Öffnungsprotokoll.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[H] (ARGE mit [J])	[...]	
[L]	[...]	
[M]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[P]	[...]	
[Q]	[...]	

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

302. Fall 23 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten [K] [erwähnt]

b) [K]

303. Gemäss eigenen Angaben fragte [K] [M], ob sie die Arbeiten höher rechnen würde. [M] wollte nicht. Darauf kontaktierte [K] die Mitbewerberin [B]. Diese sei bereit gewesen, ihre Offerte höher zu rechnen. Zudem sei es [B] gelungen, [M] zu überzeugen, dass auch sie [K] den Vorrang geben sollte. Die anderen Unternehmen, welche [K] nicht mehr nennen könne, hätten ebenfalls eingewilligt.

304. [B] hat gemäss eigenen Angaben gar nicht offeriert. Dies wird gestützt durch das Offertöffnungsprotokoll. Daher dürfte [B], anstatt höher zu rechnen, von der Einreichung einer Offerte ganz abgesehen haben („Bid-suppression“).

c) [L]

305. Bei [L] wurde das Offertöffnungsprotokoll zu Fall 23 gefunden.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

306. [M] stellt in ihrer Stellungnahme den Antrag, für die Bewertung der erschwerenden Umstände ihrer Sanktion

nur mehr die Fälle [...] und [...] zu berücksichtigen. Im Übrigen nimmt sie zu Fall 23 nicht Stellung.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

307. Fall 23 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [K] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits, dass es in diesem Fall zwischen [K] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Zudem hat [K] glaubwürdig [M] und [B] der Einreichung einer Stützofferte bzw. des Verzichts auf die Einreichung einer Offerte bezichtigt. [M] gesteht ihre Abredebeteiligung im Fall 23 schliesslich implizit ein.

E. Ergebnis

308. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 23 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [K] (Schutz) und jeweils [D], [M] und [B] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 24: [...]

A. Ausschreibung

309. [...] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus. Dieses Projekt steht im Zusammenhang mit dem Fall Nr. 6 [...]. Mit diesem ausgeschriebenen Projekt wurden [...]

Ausschreibungsbeteiligte Fall 24:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme bestritten.
[D]	Siehe Fall 6	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Eingestanden.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[J]	Keine Eingabe	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [G]

310. Laut Bonusmeldung [G] gab es eine Submissionsbesprechung zwischen [L], [J], [D] und [G]. Die lokalen Anbieter einigten sich, dass [G] die Arbeiten des Projekts gemäss Fall 6 ausführen solle, da [G] [...]. [L] sollte aber die Arbeiten Geelig West 2. Etappe (Fall 24) erhalten. [G] schickte per E-Mail Angaben zur Offerte an andere Anbieter und erhielt von [D] per Fax dessen Offerte.

b) [D]

311. [D] legt lediglich ihre Teilnahme am Projekt gemäss Fall 6 offen, welches mit dem hier vorliegenden Projekt (Fall 24) verbunden ist. Möglicherweise wurde Fall 24 auch nicht als eigenes, von Fall 24 unabhängiges Projekt betrachtet. Diese Ansicht wird gestützt durch die Summenangaben von [D], die sowohl bei Fall 6 wie auch bei Fall 24 [...] betragen, als auch durch die Nennung des geschützten Unternehmens, welches gemäss [D] in beiden Fällen [G] war. Da [L] Projekt 24 erhalten hat, dürfte sich [D] über den Zuschlagsempfänger geirrt haben. Letztlich scheint aber die Abweichung in den Angaben von [D] einzig darauf zurückzuführen sein, dass keine Unterscheidung zwischen den beiden Projekten vorgenommen wurde. An den Eingeständnissen und übrigen Bezichtigungen in diesen beiden Fällen ändert dies nichts.

312. Aus der Bonusmeldung von [D] geht dieser Fall nicht hervor, dafür aber die Arbeiten, die [L] erhalten hat. Es ist anzunehmen, dass [D] die Stützofferte in diesem Fall auf [L] „buchte“.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [L]

313. [L] gesteht die Abgabe einer Stützofferte im Fall 6 ein, bestreitet aber einen Zusammenhang mit dem Fall 24. [L] bestreitet, beim vorliegenden Fall einen Schutz bekommen zu haben. [L] macht geltend, dass es aufgrund der geschäftlichen Beziehungen mit [...] gar nicht nötig gewesen wäre, sich bezüglich der Vergabe schützen zu lassen. Zudem fanden verschiedene Abgebotsrunden statt, bei welchen [L] ihr Angebot senken musste.

314. An der Anhörung vom [...] Oktober 2011 wiederholte [L] im Wesentlichen den Inhalt ihrer Stellungnahme.

b) [D]

315. [D] hat ihre Teilnahme an diesem Projekt (Fall 24) in der Eingabe vom [...] offengelegt. [D] führt in ihrer Stellungnahme vom [...] aus, dass sie überzeugt war,

die [G] Bau AG geschützt zu haben. Möglicherweise kam es in einer späteren Phase zu einer Aufteilung des Bauvorhabens in zwei Lose. Falls dem so war, hatte [D] davon keine Kenntnis, da [D] von der Bauherrschaft nicht zu Abgebotsverhandlungen eingeladen wurde. Für [D] war die Angelegenheit mit dem Zugeständnis einer Schutzofferte erledigt. Danach hat sich [D] nicht weiter mit dieser Submission beschäftigt. Dies erklärt wohl, weshalb [D] davon ausging, die [G] Bau AG geschützt zu haben, obwohl offenbar die [L] AG den Zuschlag für dieses Projekt (Fall 24) erhalten hat.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

316. Aus den Ausführungen von [D] geht hervor, dass sie möglicherweise für dieses Projekt gar nicht offeriert hat. Zumindest wurde sie nicht zu den Abgebotsrunden für dieses Projekt eingeladen. Aus der Bonusmeldung von [G] ist unklar, ob auch die Abgebotsrunden abgesprochen waren. Selbst wenn die Abgebotsrunden nicht abgesprochen waren, war mindestens das erste Angebot vom [...] mit [G] abgesprochen. Mit anderen Worten war die Basis für die Preisnachverhandlungen verfälscht. Dank der Stützofferte von [G] wurde [L] vor grösseren Preisnachlässen geschützt (siehe Ausführungen zu Fall 6). Zudem legen die Ergänzungen von [L] in ihrer Stellungnahme nahe, dass der Schutz für dieses Projekt zugunsten von [L] organisiert wurde: Gemäss [D] musste man für eine Schutznahme „gute Argumente“ haben. Ein gutes Argument sei jeweils gewesen, dass das zu schützende Unternehmen „ganz starke Beziehungen zum Ausschreiber oder zu der Bauherrschaft“ hatte. Aufgrund der guten geschäftlichen Beziehungen mit Herrn Lehner und der geographischen Lage der Baustelle hatte [L] solche „guten Argumente“, um für dieses Projekt vor Preisverhandlungen geschützt zu werden, da sie den Auftrag ohnehin sehr wahrscheinlich bekommen hätte. In Bezug auf die „Bid-suppressions“ von [D] und von [J] liegen zu viele Unklarheiten vor.

E. Ergebnis

317. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 24 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und [G] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 25: [...]

A. Ausschreibung

318. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 25:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme eingestanden.
[A]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte eingestanden.

[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[Q]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt ([A] spricht von Schutznahme durch [Q], dürfte aber Fall 25 mit Fall 26 verwechselt haben).

Protokolleröffnung vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [G]

319. Laut Bonusmeldung [G] fand am [...] um 10.30 Uhr auf telefonische Einladung von [A] hin eine Submissionsbesprechung zwischen den oben erwähnten Unternehmen statt. Dies entspricht dem Angendaeintrag eines Vertreters von [G] ([...] „10.30 Buchs [A]“). Daran nahmen [Q], [L], [A], [G] und [H] teil. [H] hat allerdings gemäss Offertöffnungsprotokoll keine Offerte für Fall 25 eingereicht. Gegenstand der Besprechung waren die drei Objekte [...] [Fall 25], Tiefbauarbeiten [...] [Fall 26], [...] [Fall 27]) und das Objekt [...] [Fall 67]). Man besprach, wer an welchem Objekt Interesse hat.

320. Am [...] fand bei [A] eine zweite Besprechung mit den gleichen Vertretern statt. Dies entspricht dem Angendaeintrag eines Vertreters von [G] ([...] „11.00 [A]“). An dieser Besprechung waren bis auf [H] dieselben Unternehmen anwesend wie an der Besprechung vom [...]. Anlässlich dieser Besprechung wurden die Preise der provisorisch gerechneten Offerten miteinander verglichen. Man einigte sich, dass [L] die Arbeiten des Falles 25, [Q] die Arbeiten des Falles 26, [G] die Arbeiten des Falles 27 und [L] die Arbeiten des Falles 67 erhalten sollte. Die anderen sollten jeweils höher rechnen.

321. [G] reichte mit ihrer Bonusmeldung vom [...] ein provisorisches Deckblatt vom [...] zum Projekt [...] ein, auf welcher die Summen der provisorischen Offerte von [G] sowie handschriftlich die Eingabesummen der Konkurrenten zu finden sind.

b) [A]

322. In der Ergänzung zur Bonusmeldung gibt [A] an, dass bezüglich diesem Projekt ein Treffen einige Tage vor Ablauf der Eingabefrist zwischen den Unternehmen [Q], [G], [L] und ihnen stattgefunden hat, um die Eingabesumme abzustimmen. In dieser Eingabe sagt [A] aus, dass die [Q] für das Projekt [...] (Fall 25), [L] für das Projekt [...] (Fall 26) und [G] für das Projekt [...] (Fall 27) die tiefste Offerte einreichen sollte. Im Fragebogen vom

selben Tag wird jedoch [L] als Zuschlagsempfänger im Fall 25 und [Q] im Fall 26 genannt. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass [A] die geschützten Unternehmen der Fälle 25 und 26 verwechselt hat [...]

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [A]

323. In ihrer Stellungnahme bestätigt [A] die Verwechslung der Fälle 25 und 26.

b) [Q]

324. In ihrer Stellungnahme streitet [Q] eine Beteiligung an einer allfälligen Submissionabsprache in den Fällen [...] pauschal ab. Sie macht dazu aber keine konkreten Angaben.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

325. Ausser [Q], streiten alle anderen beteiligten Unternehmen die Beteiligung in diesen vier Fällen nicht ab. Es gibt keinen Zweifel an der Beteiligung von [Q]. Sie wurde von drei unterschiedlichen Unternehmen, [G], [A] und [L], bezichtigt. Zudem war die Darstellung des Ablaufes der Absprachen für diese vier Fälle von den drei anderen beteiligten Unternehmen völlig übereinstimmend. [Q] bestreitet die Teilnahme nur pauschal, ohne etwas Gegenteiliges zu behaupten oder zu belegen.

E. Ergebnis

326. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 25 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und [G], [A], [Q] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 26: [...]

A. Ausschreibung

327. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 26:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[Q]	100	Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Wird durch [A] der Schutznahme bezichtigt. Wird durch [L] der Schutznahme bezichtigt.
[A]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte eingestanden.

[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[L]	[...]	Stützofferte eingestanden.

Protokolleröffnung [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

328. Fall 26 ist Teil einer Absprache, welche die Fälle 25, 26, 27 und 67 betrifft. Wie die Absprache organisiert wurde, wurde im Fall 25 bereits dargelegt.

329. [G] reichte mit ihrer Bonusmeldung vom [...] ein provisorisches Deckblatt vom [...] zum Projekt [...] ein, auf welchem die Summen der provisorischen Offerte von [G] sowie handschriftlich die Eingabesummen der Konkurrenten zu finden sind. Die handschriftlich notierten Eingabesummen der Konkurrenten von [G] stimmen zwar nur ungefähr mit den Eingabesummen gemäss Offertöffnungsprotokoll überein, die vereinbarte Reihenfolge der Eingabesummen der Unternehmen entspricht jedoch jener der definitiven Vergabe.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

330. In ihrer Stellungnahme streitet [Q] ab in diesem Projekt, einen Schutz erhalten zu haben. Erstens könnten die handschriftlichen Notizen [G]s nachträglich verfasst worden sein. Zweitens hatte die [...] von Anfang an mit [Bauherrin] eine Vereinbarung, dass sie mit den Arbeiten beauftragt wird. Die Einholung von Vergleichsofferten war nur noch relevant für die Preisfindung aber nicht für den Zuschlag. Drittens seien in den Angebotsrunden immer andere Unternehmen mit den Preisen runter gegangen, so dass man nicht von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausgehen kann.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 27:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[G]	100	Schutznahme eingestanden. Wird durch [A] der Schutznahme bezichtigt. Wird durch [L] der Schutznahme bezichtigt.
[A]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[L]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte eingestanden.
[Q]	100	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Protokolleröffnung vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

333. Fall 27 ist Teil einer Absprache, die die Fälle 25, 26, 27 und 67 betrifft. Wie die Absprache organisiert wurde, wird im Fall 25 bereits dargelegt. Betreffend die

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

Betreffend die Ausführungen, dass es bei diesem Projekt nicht um die Steuerung des Zuschlags geht, weil der Auftrag [Q] zugesichert wurde, wird auf die Ausführungen zu Fall 6 verwiesen. Es steht fest, dass alle drei Mitsubmittenten bestätigt haben, dass es zu einer Vereinbarung zwischen [Q] und ihnen über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Die Darstellung von Ausenwettbewerb bei Angebotsrunden wurde durch die Protokolleröffnung nicht bestätigt. Auf der Protokolleröffnung sind neben [Q] nur die drei an der Absprache beteiligten Unternehmen aufgeführt. Selbst wenn sich die Absprache nicht auf die Abgebotsrunden ausgedehnt hätte, was die Wettbewerbsbehörde für sehr unwahrscheinlich hält, war die Basis für die Preisnachlässe verfälscht (siehe auch Fall 6 und 24).

E. Ergebnis

331. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 26 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [Q] (Schutz) und [G], [A] und [L] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 27: [...]

A. Ausschreibung

332. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Stellungnahme der Parteien und die Auswertung der Stellungnahme sei auf die Ausführungen zu Fall 25 verwiesen.

E. Ergebnis

334. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 27 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [G] (Schutz) und [Q], [A], und [L] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 28: [...]

A. Ausschreibung

335. [...] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 28:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[A]	100	Stützofferte eingestanden.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[J]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[L]	100	Zuschlag an [L]. Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt Wird durch [A] der Schutznahme bezichtigt.
[Q]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[T]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte eingestanden.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [G]

336. Laut Bonusmeldung [G] bat [L] bei [G] um Schutz für dieses Objekt. [L] und [...], weshalb es für [G] klar war, dass die Offerte von [G] nur zum Drücken des Preises verwendet werden würde, der Zuschlag aber ohnehin an [L] gehen würde.

b) [A]

337. In der Ergänzung zur Bonusmeldung gibt [A] an, dass bezüglich diesem Projekt Gespräche zwischen [L] und ihr stattgefunden haben. [L] sollte die tiefste Offerte eingeben.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [T]

338. In ihrer Stellungnahme bestreitet [T] zwei von [...] Stützofferte: nämlich in den Fällen 7 und 16. Zudem hält [T] in der Zusammenfassung fest, dass sie „in Abweichung zum Ergebnis der Untersuchungen der Wettbewerbsbehörden im untersuchten Zeitrahmen lediglich [...] statt [...] Stützofferten eingereicht [hat]“. Damit gesteht sie die Einreichung einer Stützofferte auch im vorliegenden Fall 28 ein.

b) [Q]

339. [Q] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte. Die Bonusmeldung von [A] nennt [Q] nicht als Beteiligte an der Abrede.

c) [J]

340. [J] streitet die Einreichung einer Stützofferte pauschal ab. Der Vorwurf gegenüber [J] stütze sich einzig auf die Aussagen der Selbstanzeigerin [G].

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

341. Ausser [Q] und [J] gestehen alle anderen vier beteiligten Unternehmen die Teilnahme an der Absprache ein. Somit geht die Wettbewerbsbehörde davon aus, dass die Bezichtigung von [G] betreffend [J] und [Q] den Tatsachen entspricht. [J] und [Q] bestreiten die Beteiligung an der Absprache nur pauschal, ohne konkrete Behauptungen und Belege. Die Darstellungen von [G] sind daher glaubwürdig.

E. Ergebnis

342. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 28 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und jeweils [G], [A], [Q], [T] und [J] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 29: [...]

A. Ausschreibung

343. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 29:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[Q]	100	Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[L]	[...]	
weitere	offen	

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

344. Laut Bonusmeldung [G] bat [Q] bei [G] um Schutz für dieses Objekt. Mehr ist in der Bonusmeldung nicht enthalten.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

345. Keine der von diesem Fall betroffenen Parteien hat sich weiter zu diesem Projekt geäußert bzw. hat die Sachverhaltsdarstellung bestritten.

E. Ergebnis

346. Es ist bewiesen, dass es im Fall 29 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [Q] (Schutz) und [G] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 30: [...]**A. Ausschreibung**

347. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 30:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[B]	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Wird durch [F] der Schutznahme bezichtigt.
[F]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[I]	Keine Eingabe	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bzw. des Eingabeverzichts bezichtigt.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[M]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [K]

348. Laut Bonusmeldung bat [B] um Schutz für dieses Objekt bei [K]. Sie habe bereits mit den anderen Mitbewerbern gesprochen und diese hätten angegeben, sie würden bei den Arbeiten zurückstehen. [K] willigte ebenfalls ein, d.h. sicherte [B] die Eingabe einer Stützofferte zu. Die Stützofferte sollte über Netto [x].- lauten. [K] offerierte für [x].

b) [F]

349. [F] wurde durch [B] kontaktiert. [F] teilte [B] mit, dass [...] der [F] seien, daher sei [...] daran interessiert, [...] zu offerieren. [B] wies darauf hin, dass alle anderen Interessierten einverstanden seien, zugunsten von [B] zurückzustehen. Sie würde bei nächster Gelegenheit zurückstehen.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [I]

[I] bringt vor, dass keinerlei Indizien für einen Eingabeverzichts vorliegen würden. Es sei unklar, woher [K] von einer angeblichen Absprache zwischen [B] und [I] Kenntnis haben konnte.

b) [M]

350. [M] stellt in ihrer Stellungnahme den Antrag, für die Bewertung der erschwerenden Umstände ihrer Sanktion nur mehr die Fälle 4, 17, 23, 30, 41, 47 und 85 zu berücksichtigen, bestreitet die Teilnahme an Fall 30 jedoch nicht.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

351. Zum Inhalt der mit Fall 30 verbundenen Bezichtigung äussert sich [B] nicht. Sie wird sowohl durch [K], als auch durch [F] bezichtigt. [F] liefert in ihrer Bonusmeldung zudem weitere Details zur Schutznahme von [B].

352. Gegen [M] liegen Aussagen von anderen stützenden Unternehmen vor. Diese Aussagen sind glaubwür-

dig. [M] gesteht ihre Abredebeteiligung implizit ein. Es steht demnach fest, dass [B] und [M] sich abgesprochen haben.

E. Ergebnis

353. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 30 zu einer Vereinbarung zwischen [B] (Schutz) und [K], [M] und [F] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde

durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 31: [...]

A. Ausschreibung

354. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus (Einladungsverfahren).

Ausschreibungsbeteiligte Fall 31:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[G]	100	Schutznahme eingestanden.
[L]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Handnotizen von [G].
[Q]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Handnotizen von [G].
[S]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Offertöffnungsprotokoll vom [...].

B. Beweismittel aus Bonusmeldungen

355. [G] bat selbst um Schutz für dieses Objekt bei den drei anderen Mitbewerbern. Sie habe grosses Interesse an diesem Auftrag gehabt und die drei Mitbewerber telefonisch kontaktiert. [S] hatte kein ernsthaftes Interesse an den Arbeiten und gab deshalb von sich aus eine hohe Offerte ab. [L] und [Q] waren bereit, höher zu rechnen.

356. Es liegt die Bonusmeldung von [G] vor. Zudem ist das Telefongespräch zwischen [L] und [Q] in dieser Sache durch Handnotizen von [G] belegt. In den Handnotizen ist erwähnt „[Q] [...]“ und „[der Kalkulator vom [L]] 3.5-4 % [...]“. Dies entspricht überschlagsmässig den tatsächlichen Eingaben von [Q] und [L].

357. Aus der Aussage über [S] lässt sich schliessen, dass diese auch an der Submissionsabsprache teilgenommen hat, weil [S] nicht auf die Einreichung einer Offerte verzichtet hat und damit an der Vorspiegelung falscher Tatsachen (wirksamer Wettbewerb) beteiligt war.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [Q]

358. [Q] bringt vor, dass die Telefonnotiz von [K] mit der Höhe der Offerten von [Q] und [L] höchstens als Indiz dienen könnten. So sei insbesondere nicht klar, zu welchem Zeitpunkt diese Notizen erstellt worden seien. Sie stellten daher keinen festen Beweis dafür dar, dass zwischen [K] und [Q] eine Absprache stattfand.

b) [S]

359. [S] bestreitet eine Beteiligung an der Abrede. Sie sei für dieses Projekt ohnehin nicht konkurrenzfähig gewesen.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

360. Dass [G] die Preise der Konkurrenten nach Zustellung des Offertöffnungsprotokolls notiert hätte, ist nicht nachvollziehbar. Selbst wenn [G] die Offertsumme von [Q] nach dem Öffnungsprotokoll abgerundet festgehalten hätte, hätte sie nicht notiert „[...]16“ wenn [Q] eine Offerte von [...]91 Franken eingereicht hat. Daher ist [G] zu folgen, dass sie [L] und [Q] gebeten hat, Stützofferten einzureichen. Es wurde ihr von [S] mitgeteilt, dass dieses Unternehmen höher rechnen wird. Es liegt daher auch eine Vereinbarung mit [S] über die Steuerung des Zuschlags vor.

E. Ergebnis

361. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 31 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [G] (Schutz) und jeweils [L], [Q] und [S] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 32: [...]

A. Ausschreibung

362. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 32:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[G]	100	Schutznahme eingestanden.
[H]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[L]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[Q]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

363. [G] bat um Schutz für dieses Objekt bei den anderen Mitbewerbern [L], [H] und [Q].

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [L]

364. [L] streitet die Einreichung einer Stützofferte ab. Die gegenüber [L] geäusserten Anschuldigungen seien wahrheitswidrig, unglaubwürdig und nicht belegt. Die besagte Ausschreibung lag zum Zeitpunkt der Bonusmeldung schon rund [...] Jahre zurück. Es sei fraglich, wie sich die verantwortlichen Personen bei [G] noch so genau an die übrigen involvierten Parteien erinnern können.

b) [Q]

365. [Q] streitet die Beteiligung an einer Absprache beim vorliegenden Projekt ab. Die Bonusmeldung der [...] sei wenig glaubwürdig und nicht belegt.

c) [G]

366. Auf Rückfrage des Sekretariats hat der zuständige Mitarbeiter von [G], Herr [...], den Inhalt der Bonusmeldung bestätigt. Herr [...] bestätigt, solche Gespräche über dieses Objekt geführt zu haben. Insbesondere erinnert sich Herr [...] daran, mit Herrn [H] AG gesprochen zu haben.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

367. [G] legt in der Bonusmeldung dar, dass sie alle anderen Anbieter bei diesem Objekt bat, zurückzutreten. Gemäss der schriftlichen Stellungnahme vom [...] von [G] bestätigte die für dieses Projekt damals zuständige Person die Ausführungen der Bonusmeldung. Diese Ausführungen sind glaubwürdig, zumal sie sich wiederholt bestätigt haben und der Inhaber der [G] anschaulich aufgezeigt hat, dass er seine Mitarbeiter dazu aufgefordert habe, sämtliche Vorfälle zu melden. [Q], [L] und [H] bestreiten die Aussagen von [G] nur pauschal, ohne andere Tatsachen und Belege vorzubringen. Sie vermögen keine Zweifel an den Aussagen von [G] aufkommen zu lassen.

E. Ergebnis

368. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 32 zu einer Vereinbarung betreffend die Steuerung des Zuschlags zwischen [G] (Schutz) und jeweils [H], [Q] und [L] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 33: [...]**A. Ausschreibung**

369. [...] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

370. Nach der Offertöffnung am [...] wurden drei Unternehmen ([J], [R], [L]) zur Einreichung einer bereinigten Offerte bis [...] aufgefordert. Am [...] fand alsdann eine Abgebotsrunde bei [...] statt, woran [R] und [J] teilnahmen. [R] erhielt den Zuschlag.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 33:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[R]	[...] [100]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Zuschlag: [93] CHF
[...] (keine Partei)	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[...] (keine Partei)	Keine Eingabe	
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.

[J]	[...]	Objekt in [den sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [G] und [K] der Schutznahme bezichtigt.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[L]	[...]	Stützofferte: act. [...] und act. [...]. Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Offertöffnungsprotokoll vom [Datum 3].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

371. Dieses Objekt [ist in den sichergestellten Dokumenten erwähnt] mit einer Stützofferte von [...] CHF zugunsten [J].

b) [G]

372. [G] wurde vom Bauherrenvertreter angefragt, ob [G] eine Offerte für das Objekt [...] rechnen möchte. [G] sagte zu, eine solche Offerte zu erstellen. Anschliessend erkundigte sich [G] beim [...] [K], ob diese etwas von einer Koordination wisse. [K] bestätigte, dass eine Koordination stattgefunden habe und [J] das tiefste Angebot machen werde. Daraufhin, etwa am [...], teilte [G] [J] telefonisch mit, dass [G] eine Offerte abgeben wolle, die höher liege als diejenige von [J]. Einige Tage nach diesem Gespräch sandte [J] ihre eigene Offerte per E-Mail an [G] (Höhe [J] ca. >100 CHF). Damit konnte [G] diese Offerte „decken“ und ersparte sich den Aufwand einer eigenständigen Berechnung. Im E-Mail wünschte [J], dass die Offerte von [G] 3-5% höher liegen sollte. [G] entsprach diesem Wunsch und reichte eine dementsprechend höhere Offerte ein.

373. Die Bonusmeldung von [G] enthält die Offenlegung der Einreichung einer Stützofferte und davon ist auch bei [K] auszugehen. Die Festlegung von [J] als Zuschlagsempfänger fand laut dieser Bonusmeldung ohne Beisein von [G] statt, aber das Schwesterunternehmen [K] war bereits im Bild. Als Mitbeteiligte an der Absprache nennt [G] zudem [D], [R], [L] und [K] und einen anderen Wettbewerber (keine Partei in der Untersuchung).

c) [L]

374. Bei [L] wurden zwei Offerten gefunden, die beide die gleiche Offerten-Nummer tragen [...] und die gleichen Positionen beinhalten. Die erste Offerte enthält einen Nettobetrag von [107] CHF. Direkt unter dem Betrag wurde mit Bleistift „[x] [J]“ notiert. Diese Zahl entspricht der am [Datum 2] von [J] eingereichten Offerte. Diese Offerte wurde mit Leuchtstift klar sichtbar mit einem grossen Kreuz markiert/gestrichen. In der Offerte wurden ebenfalls mit Bleistift verschiedene Positionen am Rande mit höheren Beträgen ergänzt (siehe z.B. S. 5 der Offerte). Die zweite Offerte enthält den Nettobetrag von [y] CHF, was der tatsächlich durch [L] eingereichten Offerte entspricht. In dieser Offerte sind die in der vorherigen Offerte mit Bleistift ergänzten Beträge allesamt in ähnlicher Höhe eingesetzt worden. Dies legt die Vermutung nahe, dass [L] auf Veranlassung von [J] ihre Offerte um insgesamt [20-30] % erhöht hat, womit ihre Offerte

nur [0-5] % höher als jene von [J] ist. Dies geschah wohl mit der Absicht, die Offerte von [J] zu stützen.

d) [J]

375. Bei [J] wurden verschiedene eigene Offerten und dazugehörige Dokumente gefunden. In den elektronischen Daten von [J] wurde eine E-Mail [...] vom [...] gefunden, deren Betreffzeile „Zur Info (Bitte umgehend löschen)“ lautet. Als Beilage wurde mit dieser E-Mail die Offerte von [R] mit versandt.

376. Zum Bookmark act. [...] und act. [...]: Nach der Offertöffnung (Offertöffnungsprotokoll vom [...]), nämlich am [...], liess der Vertreter des Bauherren, [...], der [J] AG per E-Mail im Anhang das Devisierungsformular der [R] AG zukommen. Dies geschah im Hinblick auf die später stattfindende Abgebotsrunde. Die [J] AG sollte unter Druck gesetzt werden, um sie dazu zu bringen, in der nachfolgenden Abgebotsrunde das Angebot der [R] AG zu unterbieten. Insgesamt haben zahlreiche Bauunternehmen eine Offerte eingereicht; abgesehen von der Offerte der [R] AG hatte die [J] AG keine Einsicht in diese Offerten. Der Auftrag wurde schliesslich an die [R] AG vergeben, welche schlussendlich die tiefste Offerte machte (gemäss Schreiben [...]).

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [J]

377. [J] bestreitet die Beteiligung an der Abrede. Die Bezichtigung ergebe sich nur aus der Aussage von [G]. Die Ausführungen des Sekretariats zur Offert-Erhöhung von [L] um insgesamt [20-30] % seien reine Spekulation. Die vom Sekretariat herangezogene handschriftliche Notiz könnte ohne weiteres auch nachträglich hinzugefügt worden sein. Es entspreche nämlich gängiger Praxis, nach Offenlegung des Offertöffnungsprotokolls direkt auf der jeweiligen Offerte die Offertsummen der übrigen Anbieter zu notieren. Die E-Mail des [...] habe nur dazu gedient, [J] unter Druck zu setzen. Zudem gebe das Sekretariat an, [J] werde von drei Konkurrenten der Schutznahme bezichtigt. Welche das sein sollen, sei nicht ersichtlich. Unabhängig von der Anzahl der Selbstanzeigerinnen, die [J] der Schutznahme bezichtigten würden, genüge dies als Beweis nicht. Die Teilnahme von [J] an einer Submissionsabrede in Bezug auf den Fall 33 sei deshalb nicht bewiesen.

b) [R]

378. [R] bestreitet jede Beteiligung an einer Abrede.

c) [K]

379. [K] sagte an der Anhörung vom [...] Oktober 2011, dass ihr über die Beteiligung von [R] nichts bekannt sei.

380. An der Anhörung vom [...] Oktober 2011 bestätigte Herr [[K] AG] explizit, dass er persönlich eine Besprechung mit [J] hatte. Diese habe ihn gebeten höher zu rechnen. Auch [...] von [G] erinnerte sich an dieses Projekt. Er habe zuerst ein Telefon vom [Bauherrn] erhalten. Er sei gefragt worden, ob er Interesse habe, diese Offerte zu rechnen. Dann habe er zugesagt, dass er das mache. Dann habe er mit [...] von [K] telefoniert – also [[K] AG]. Dieser habe bestätigt, dass für dieses Projekt eine Absprache oder Koordination stattgefunden habe. Daraufhin habe er (Herr [[G] AG]) mit [J] telefoniert, um ihr zu sagen, dass [G] höher rechnen werde. Damit [G] aber nicht zu viel Arbeit habe mit der Offerte, habe er [J] gebeten, ihre Offerte zu mailen. Diesem Wunsch sei [J] nachgekommen. [G] habe dann höher gerechnet – also, besser gesagt, die Preise ein bisschen angepasst. Ebenfalls anlässlich der Anhörung vom [...] Oktober 2011 fügte der [...] von [G] hinzu, dass die Bauherrschaft das Projekt wohl von Anfang an mit [J] habe machen wollen, es sei wohl einfach darum gegangen, allenfalls bei [J] den Preis etwas zu drücken. Deshalb hätte man auch bei der Konkurrenz die Offerten gefunden. Für [G] wäre es wohl ohnehin ein totes Rennen gewesen.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

381. Fall 33 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [J] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits,

dass es in diesem Fall zwischen [J] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. [J] wird von den drei Konkurrenten [D], [G] und [K] der Schutznahme bezichtigt. Zudem sind sichergestellte Dokumente vorhanden, wonach [L] die Eingabesumme von [J] wusste und aus diesem Grund ihre Offerte höher berechnet hat. Daher steht zweifelsfrei fest, dass es im Fall 33 zu einem versuchten Schutz zugunsten von [J] gekommen ist.

382. Betreffend [R], der Zuschlagsempfängerin, ist die Beteiligung an der Absprache unklar. Es kann sein, dass er von der Schutznahme wusste, hat aber mindestens in der Abgebotsrunde die Absprache nicht respektiert. Der Fall 33 wird als nicht erfolgreiche Absprache qualifiziert. Ausser [R] waren alle Wettbewerber an der Absprache beteiligt. Somit hat diese Absprache den Wettbewerb bei dieser Submission erheblich beeinträchtigt.

E. Ergebnis

383. Damit ist der Beweis erbracht, dass es im Fall 33 zu einer Vereinbarung zwischen [J] (versuchter Schutz) und jeweils [L], [K], [D] und [G] (Stützofferte) über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Der Wettbewerb wurde erheblich beeinträchtigt.

Fall 34: [...]

A. Ausschreibung

384. [...] schrieben mit Eingabetermin [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 34:

Offerenten	Offertsummen Werk	Offertsummen [...]	Bemerkungen
[U] ([A])	100	100	Bookmark act. [...]. Schutznahme eingestanden.
[...] (keine Partei)	Unbekannt	[...]	Gestützt auf act. [...] erachtet das Sekretariat die Einreichung einer Stützofferte oder den Verzicht auf eine Eingabe durch [...] als wahrscheinlich.
[...] (keine Partei)	Unbekannt	Unbekannt	Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[...] (keine Partei)	Unbekannt	Unbekannt	Gestützt auf act. [...] erachtet das Sekretariat die Einreichung einer Stützofferte oder den Verzicht auf eine Eingabe durch [...] als wahrscheinlich.
[C]	[...]	[...]	Gestützt auf act. [...] erachtet das Sekretariat die Einreichung einer Stützofferte durch [C] als gegeben.
[H]	[...]	[...]	Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[Q]	105	Unbekannt	Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

385. [A] hat in ihrer Bonusmeldung zwei E-Mails jeweils vom [...] an [Q] und an [C] eingereicht. In der E-Mail an [C] findet sich eine Reihenfolge mit vier Unternehmen.

[U] hat die tiefste Offerte, gefolgt von [H], [...] (keine Partei) und [...]. In den E-Mails findet sich ebenfalls ein Hinweis, dass [...] und [...] zu informieren seien. Zusätzlich wurde ein Auszug aus dem System des Bauermeis-

terverbandes betreffend dieses Projekts eingereicht, in dem zehn Submittenten genannt sind.

386. Die Reihenfolge der in der E-Mail genannten Firmen entspricht den tatsächlich eingereichten Offerten. Über diejenigen in der Tabelle genannten Unternehmen, die nicht Untersuchungsadressatinnen sind, verfügt das Sekretariat über keine Informationen. Sicher ist, dass sie die Offerte von [U] nicht unterboten haben.

387. In den elektronischen Daten von [A] wurde die E-Mail an [C] gefunden, die E-Mail an [Q] jedoch nicht.

C. Stellungnahmen und Anhörungen

a) [Q]

388. [Q] macht geltend, dass die E-Mail an [C] höchstens als Indiz dienen könne. Die E-Mail an [Q] wurde am Tag der Eingabefrist, kurz vor 15 Uhr gesendet. Es sei möglich gewesen, dass [Q] zu diesem Zeitpunkt ihre Offerte bereits eingereicht hat. Zudem sei unklar, welchen Inhalt die E-Mail an [Q] gehabt haben solle.

b) [C]

389. [C] streitet die Beteiligung an einer Absprache ab. [C] habe die E-Mail von [A] erst 1.5 Stunden vor Eingabefrist erhalten und sie daher nicht mehr berücksichtigen können. Die E-Mail sei zu spät eingetroffen. Zudem sei [C] in der Reihenfolge der E-Mail nicht erwähnt. Diese Argumente wurden sowohl in der Stellungnahme vom [...] als auch während der Anhörung vom [...] Oktober 2011 ausgeführt.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

390. [A] hat eingestanden, in diesem Projekt einen Schutz zu ihren Gunsten organisiert zu haben. Sie legt zudem offen, dass sie [C] und [Q] die oben genannten E-Mails zugestellt hat. Die E-Mail an [C] wurde von der Wettbewerbsbehörde auch in den beschlagnahmten elektronischen Daten von [A] gefunden und als „Bookmark“ bezeichnet. [A] hat mit ihrer Bonusmeldung somit nicht ein bisher unbekanntes Projekt gemeldet.

391. Aus den genannten E-Mails geht hervor, dass [A] die Preise ihrer Konkurrenten [H], [...] und [Q] genau kannte. Daraus kann auf eine Einigung zwischen [A] und diesen Unternehmen zur Organisation eines Schutzes

zugunsten von [A] geschlossen werden. [H] hat den Sachverhalt nicht bestritten. Bei [Q] ist erwiesen, dass sie die E-Mail von [A] vor Ablauf der Eingabefrist erhalten haben und somit ihre eigene Offerte beeinflussen konnte.

392. [A] hat [C] diese Preisliste vor Eingabefrist zugestellt und [C] hat den Erhalt bestätigt: „*Ich bestätige das Mail von heute Mittag Ausschreibung [...].*“ (E-Mail von [C] an [A] vom [...], 14:57 Uhr). [A] hat diese E-Mail-Bestätigung in der Folge verdankt: „*Vielen Dank!!!*“. Somit steht fest, dass [C] vor Eingabefrist die für die Abrede notwendigen Informationen erhalten und bestätigt hat. Aus welchen Gründen diese Informationen so knapp vor der Eingabefrist von dem geschützten Unternehmen übermittelt worden sind, entzieht sich der Kenntnis der Wettbewerbsbehörde. Wichtig ist, dass diese Information vor der Eingabefrist übermittelt worden sind, sei es auch – wie von [C] geltend gemacht – erst 1.5 Stunde vor Eingabefrist. Eine Verwendung der von [A] zugestellten Informationen war auch unter solchen Umständen ohne Weiteres möglich. Dies ergibt sich bereits daraus, dass [A] diese Informationen noch zugestellt hat und [C] den Eingang bestätigte. Wäre eine Verwendung nicht mehr möglich gewesen, hätte [A] gar keinen Grund gehabt, sich noch an [C] zu wenden. Zudem können die Informationen aus einer Offerte innerhalb einer sehr kurzen Zeit (wie beispielsweise 1.5 Stunden) in ein anderes Dokument übertragen werden. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass [A] im Verlaufe des Verfahrens nie geltend gemacht hat, die an [C] gesandten Informationen hätten von dieser nicht verwendet werden können, sodass diese eine ohne Abrede zustande gekommene Offerte einreichen konnte und so Aussenwettbewerb entstehen liess.

E. Ergebnis

393. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 34 zu einer Vereinbarung zwischen [A] (Schutz) und jeweils [H], [Q] und [C] (Stützofferte) über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 35: [...]

A. Ausschreibung

394. [...] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 35:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[G]	100	Schutznahme eingestanden.
[A]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte eingestanden.
[J]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[L]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

[Q]		Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
	[...]	Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt).

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [G]

395. Laut Bonusmeldung gab es zu diesem Objekt eine Sitzung, die am [...] um 06:30 Uhr bei [J] stattfand, auf Einladung von [J]. [G] meldete sein Interesse am Objekt an. Aber an der Sitzung wurde man sich nicht wirklich einig, wer die Arbeit erhält und die Offerten wurden ohne Koordination abgegeben.

396. Bei den anschliessenden Abgebotsverhandlungen der Bauherrschaft telefonierte [G] mit [L] und bat [L], kein Angebot mehr zu machen. Man einigte sich, dass [L] auf ihre Offerte von [...] - 2 % Rabatt und 2 % Skonto und [G] auf ihre Offerte von [...] 4 % Rabatt und 2 % Skonto gewähren.

397. Die Bonusmeldung enthält für den vorliegenden Fall ein Dokument, welches die Teilnahme des Vertreters von [G] an der Sitzung bei [J] dokumentiert (Agendaeintrag, act. [...]). Zudem ein Dokument mit Handnotizen zu der Einigung mit [L] betreffend Rabatt.

b) [A]

398. In der Ergänzung zur Bonusmeldung gibt [A] an, dass bezüglich diesem Projekt Gespräche zwischen den Unternehmen [J], [L], [G], [Q] und [A] stattgefunden haben, um die Eingabesumme abzustimmen. [G] sollte die tiefste Offerte eingeben.

C. Stellungnahmen und Anhörungen

a) [Q]

399. [Q] rügt, dass weder [G] noch [A] Belege für ihre Behauptungen vorlegen würden. Es handle sich somit bloss um unbewiesene Bezichtigungen. Da der Sachverhalt aber sowieso davon ausgehe, dass anlässlich der Sitzung vom [...] keine Einigung und damit auch keine Wettbewerbsabrede zustande gekommen sei, müsse [Q] in diesem Fall vom Vorwurf der Beteiligung an einer Abrede entlastet werden.

b) [J]

400. [J] bringt vor, die Beweislage genüge nicht, um eine Beteiligung von [J] an der behaupteten Submissionsabrede nachzuweisen. Sie könne keinen Agendaeintrag

vom [...] finden. Zudem habe das Sekretariat selbst festgestellt, dass bei der angeblichen Sitzung keine Einigung erzielt worden sei, weshalb es auch nicht zu einer Submissionsabrede gekommen sei. Eine angebliche Submissionsabrede könne einzig [G] und [L] betreffen. Auch die Beschuldigungen von [A] würden jeder Substanz entbehren. Die Anschuldigungen seien viel zu vage.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

401. Die bezichtigten Parteien [Q], [J] und [L] stellen in pauschaler Weise die Aussagen der Bonusmelderinnen in Frage bzw. äussern sich gar nicht. Auf die Glaubwürdigkeit der Bonusmelderinnen wurde bereits an verschiedenen Stellen hingewiesen. [Q], [J] und [L] bringen keine Behauptungen oder Belege vor, wonach den Aussagen von [G] und [A] nicht zu folgen wäre. Demnach fanden Gespräche über die Vergabe des Projekts 35 statt. An diesen Gesprächen kam zwar gemäss [G] zunächst keine Einigung zustande. Fest steht aber (bestätigt durch [A]), dass zumindest die Information ausgetauscht wurde, dass [G] den Zuschlag suchte. [G] kam in der Folge in die Abgebotsrunde, was belegt, dass die übrigen Offerten gegenüber der Offerte von [G] nicht kompetitiv ausgestaltet waren. Der Informationsaustausch hat in einer ersten Phase somit zumindest zu einem abgestimmten Verhalten unter den an den Gesprächen beteiligten Submittenten geführt. Zwischen [L] und [G] kam es in der Folge zu einer Vereinbarung über die Höhe der Offerten bzw. die zu gewährenden Rabatte.

E. Ergebnis

402. Damit ist bewiesen, dass es in Fall 35 zu einer Vereinbarung bzw. zu einer abgestimmten Verhaltensweise zwischen [G] (Schutznahme) und jeweils [L], [A], [Q] und [J] (Stützofferte) über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Der Wettbewerb wurde mindestens erheblich beeinträchtigt.

Fall 36: [...]

A. Ausschreibung

403. [...] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 36:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
ARGE [G] / [U] ([A])	100	Schutznahme eingestanden. [U] als ARGE Partner wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt.
[...] (keine Partei)		Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[...]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

(keine Partei)		
[E]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[H]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[J]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[K]	kein Angebot	Wird durch [G] der Teilnahme an der Absprache bezichtigt.
[R]	kein Angebot	Wird durch [G] der Teilnahme an der Absprache bezichtigt.
Weitere Unternehmen	offen	

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

404. Laut Bonusmeldung [G] wurde das Land, auf dem dieses Objekt realisiert wurde, von [G] verkauft und sie hatte einen vertraglichen Anspruch, die Arbeiten zu konkurrenzfähigen Preisen auszuführen. [U] ([A]) verlangte von [G], dass eine ARGE gebildet werde, andernfalls hätte [U] ([A]) tiefer offeriert mit dem Ziel, den Preis von [G] zu drücken. [G] versuchte, von den bekannten Anbietern Schutz für dieses Objekt zu erhalten. Daneben seien aber noch weitere Anbieter eingeladen worden, die [G] nicht bekannt waren. Daher konnte [G] nicht mit allen Anbietern sprechen.

405. [G] legt einen info.bau Ausdruck für dieses Projekt vor, auf welchem acht weitere Submittenten aufgeführt sind. Dies entspricht den Submittenten, welche in der Tabelle zum Fall 36 enthalten sind. Mit Ausnahme von [K] und [R] werden ein Datum und ein Betrag für jedes Unternehmen handschriftlich notiert, z.B. für [H] „[...] [100 + x]“ oder [J] „[...] [100 + y]“.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [G]

406. In ihrer Stellungnahme macht [G] geltend, dass es im vorliegenden Fall lediglich zu einem Versuch einer Absprache kam, der aber nicht „erfolgreich“ war. [G] hat zwar den Auftrag erhalten, da aber auch Anbieter offerierten, mit denen im Vorfeld nicht gesprochen wurde, spielte der Preiswettbewerb. Der Bauherr verlangte aufgrund der eingegangenen Konkurrenzofferten eine entsprechende Optimierung/Preissenkung.

b) [A]

407. In ihrer Stellungnahme machte [A] geltend, dass sie nicht die Initiative zur Bildung der ARGE ergriffen habe. Die Bildung der ARGE erfolgte nicht auf Initiative von [A], sondern vielmehr im gegenseitigen Einvernehmen mit [G]. [G] hatte die Initiative ergriffen, um die Schutznahme zu organisieren. Das hat [G] auch eingestanden. [A] war nach bestem Wissen und Gewissen nicht federführend. Das belegt auch das Faktum, dass [A] nur als Subunternehmerin und lediglich mit 30% an der ARGE beteiligt war.

c) [J]

408. [J] streitet die Einreichung einer Stützofferte zugunsten der ARGE [G]/[A] ab. Erstens stehen die in den Notizen aufgeführten Beträge im Widerspruch zu den

Beträgen in den eingereichten Offerten, was ein Indiz für eine fehlende Koordinierung der Offerten darstelle. Zweitens sei nicht feststellbar, zu welchem Zeitpunkt die handschriftlichen Notizen von [G] auf dem Ausdruck von Info-Bau hinzugefügt wurden.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

409. Zuerst sei darauf hingewiesen, dass es nicht notwendig ist, dass sich sämtliche Submittenten an einer Absprache beteiligen, um den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen zu können. Gemäss Handnotizen von [G] hat sie sieben Submittenten am [...] kontaktiert und sie um eine Stützofferte gebeten. Diese sieben Konkurrenten haben offenbar den Preis von [G] nicht unterboten, sondern den Preis gemäss Absprache offeriert. Selbst wenn andere Unternehmen, welche nicht an der Absprache involviert waren, tiefer offeriert haben, waren fünf Offerten höher als diejenige vom [G] (zwei haben keine Offerte eingereicht). Damit war die Ausgangssituation für die Abgebotsrunden verfälscht (siehe dazu auch Ausführungen zu Fall 6 und 24). Somit war der Preiswettbewerb aber mindestens erheblich beeinträchtigt. Dass die Absprache keine Auswirkung hatte, ist damit widerlegt.

410. Betreffend die Argumente von [J]: Erstens stimmen die offerierten Beträge mit den Offertsummen der Handnotizen von [G] überein. Die Offertsummen wurden offenbar ohne MWST in den Handnotizen festgehalten. Die eingereichten Offerte sind inkl. MWST angegeben. Zum Beispiel war der Betrag von „[100 + y]“ Franken für [J] notiert, was mit MWST [100 + z] entspricht. [J] hat für CHF [≈100 + z] offeriert. Zweitens hat der zuständige Mitarbeiter von [G] bestätigt, dass alle handschriftlichen Notizen am Tag der Telefongespräche, den [...], d.h. vor der Zuschlagserteilung, hinzugefügt worden sind.

411. Betreffend die Bemerkung von [A]: Es ist unerheblich, welches Unternehmen die Initiative für die Bildung der ARGE ergriffen hat. Die Beteiligung von 30% genügt, um an der Submissionsabsprache beteiligt zu sein.

E. Ergebnis

412. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 36 zu einer Vereinbarung zwischen [G]/[A] (Schutz) und jeweils [H], [E] und [J] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 37: [...]

413. [...] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

A. Ausschreibung**Ausschreibungsbeteiligte Fall 37:**

Offerenten	Offertsummen [...]	Offertsummen [...]	Offertsummen gesamt	Bemerkungen
[D]	[...]	[...]	100	Wird durch [K] der Schutz- nahme bezichtigt. Schutznahme eingestan- den. Scheint eine unechte ARGE mit MS zu sein.
[J]			[...]	
[K]			[...]	Stützofferte eingestanden. (Nur Gesamtsumme offeriert)

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [K]

414. Laut Bonusmeldung [K] machten diese zu jener Zeit [...] % der Belagsarbeiten von [D]. Daher kontaktierte [D] die [K] telefonisch und man einigte sich, dass [D] die [...] und [K] die [...] machen werden. [D] faxte [K] die Preise für die [...] (gesamt CHF [...]), und [K] faxte [D] die Preise für die [...] (CHF [...]). [K] offerierte die gesamten Arbeiten für CHF [100] Falls [K] den Zuschlag erhalten hätte, hätte [K] die Belags- und [D] die [...] ausgeführt.

b) [D]

415. [D] hat die Falldarstellung von [K] bestätigt.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien**Ausschreibungsbeteiligte Fall 38:**

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme indirekt eingestanden.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden. Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[J]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[T]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte eingestanden.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

416. Keine der von diesem Fall betroffenen Parteien hat sich weiter zu diesem Projekt geäußert bzw. den Sachverhalt bestritten.

E. Ergebnis

417. Es ist bewiesen, dass es im Fall 37 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [D] (Schutz) und [K] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 38: [...]**A. Ausschreibung**

418. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

419. Der Fall ist in [den sichergestellten Dokumenten] von [D] mit einer Stützofferte von [75] Franken (ohne Deckbelagsarbeiten) zugunsten [L] eingetragten.

b) [K]

420. Laut Bonusmeldung fand am [...] in den Räumlichkeiten von [J] eine Besprechung diverser ausgeschriebener Bauarbeiten statt. [K] liefert dazu einen Agendaeintrag [J], 11 Uhr am [...]. Man einigte sich, dass [L] dieses Objekt erhalten soll und [D] das Objekt [...] bekommt.

C. Stellungnahmen und Anhörungen

a) [L]

421. [L] bestätigt indirekt in ihrer Stellungnahme, dass sie im Projekt 38 geschützt worden ist. In der Zusammenfassung ihrer Stellungnahme hält [L] fest, dass „in Abweichung zum Vorentwurf in der untersuchten Periode lediglich in [...] Projekte eine Schutznahme vom [L] nicht widerlegt werden konnte“. Somit wurden lediglich [...] Schutznahmen vom [L] bestritten (Fälle [...]).

b) [T]

422. In ihrer Stellungnahme bestreitet [T] zwei von sieben Stützofferten: nämlich in den Fällen 7 und 16. Zudem hält in der Zusammenfassung [T] fest, dass sie „in Abweichung zum Ergebnis der Untersuchungen der Wettbewerbsbehörden im untersuchten Zeitrahmen lediglich fünf statt sieben Stützofferten eingereicht [hat]“. Damit gesteht sie die Einreichung einer Stützofferte auch im vorliegenden Fall 38 ein.

c) [J]

423. In ihrer Stellungnahme bestreitet [J] die Einreichung einer Stützofferte beim Projekt 38. Sie weist darauf hin, dass die Aussage und der Agendaeintrag beide von der

Selbstanzeigerein [K] kommen und für [J] nicht nachvollziehbar sind.

D. Auswertung der Stellungnahmen

424. Fall 38 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [L] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits, dass es in diesem Fall zwischen [L] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Es liegt zudem das Eingeständnis von [L] vor, in diesem Fall für sich selbst einen Schutz organisiert zu haben. [T] hat auch die Einreichung einer Stützofferte eingestanden. Somit haben 4 von 5 Submittenten der Teilnahme an der Absprache eingestanden. Aufgrund der Bezichtigung von [K] und der Agendaeintrag (Sitzung bei [J] vor Eingabefrist) liegt kein Zweifel vor, dass auch [J] eine Stützofferte zugunsten [L] eingereicht hat. [J] hat ihre Beteiligung an der Absprache denn auch nur pauschal bestritten, ohne konkrete Angaben zu machen.

E. Ergebnis

425. Es ist bewiesen, dass es im Fall 38 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und [D], [K]. [T] und [J] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 39: [...]

A. Ausschreibung

426. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 39:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[K]	100	Schutznahme eingestanden.
[J]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte bestritten.
[L]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte indirekt eingestanden.
[T]	Offen	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte eingestanden.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

427. Laut Bonusmeldung [K] fand eine telefonische Besprechung dieser Arbeiten statt. Man einigte sich, dass [K], welche diese Arbeiten unbedingt haben wollte, sie erhalten soll. [L] sollte dafür die Arbeiten [...] (vgl. oben Fall 38).

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

428. In ihrer Stellungnahme bestreitet [J] die Einreichung einer Stützofferte beim Projekt 39. Sie weist darauf hin, dass die Bezichtigung einzig auf der Aussage von [K] beruhe.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

429. [K] hat eingestanden, in Fall 39 eine Schutznahme organisiert zu haben. Sie legt glaubwürdig dar, dass sie sich hierfür mit den Parteien [L], [T] und [J] abgesprochen hat. Die pauschale Bestreitung von [J] ist nicht geeignet, diese Aussagen in Frage zu stellen.

E. Ergebnis

430. Es ist bewiesen, dass es im Fall 39 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [K] (Schutz) und jeweils [L], [T] und [J] (Stützofferte)

gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 40: [...]

A. Ausschreibung

431. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 40:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[I]	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Tabelle mit handschriftlich eingefügten Zahlen.
[B] AG	[...]	
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[M]	[...]	Gestützt auf act. [...] erachtet das Sekretariat die Einreichung einer Stützofferte durch [M] als bewiesen.
Weitere Unternehmen		

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

432. Laut Bonusmeldung [K] fragte [I] telefonisch [K] an, ob [K] bei den Arbeiten in [...], zurückstehen würde. [K] hatte kein Interesse an diesen Arbeiten und willigte ein. Bei einem persönlichen Treffen bei [I] in [...] übergab [I] eine Tabelle an [K], in welcher [K] neben den Preisen von [I] mit Bleistift ihre eigenen (höheren) Preise pro Abschnitt einsetzte. [K] übernahm die während des Treffens mit [I] handschriftlichen notierten Preise [100 + x] und gab ihr Angebot entsprechend ab [100 + x].

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [I]

433. [I] bestreitet in ihren zwei Stellungnahmen, dass die besagte Tabelle von [I] erstellt worden ist. Das Dokument entspreche nicht der üblichen Systematik und dem üblichen Aufbau von Unterlagen der [I]. Dazu würden die auf der Tabelle genannten Zahlen nicht den tatsächlich durch [I] eingegebenen Zahlen entsprechen.

b) [K]

434. [K] bestätigte ihre Aussage an der Anhörung vom [...] Oktober 2011.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

435. Es ist unerheblich, welches Unternehmen letztlich die oben erwähnte Tabelle erstellt hat. [K] (...) hat mehrfach bestätigt, dass ihr diese Tabelle von [...] von [I] übergeben worden ist. Die erste Spalte sei bereits mit Computerschrift eingetragen gewesen. Die zwei anderen seien durch ihn selber, anlässlich des Treffens handschriftlich eingetragen geworden. Die Aussagen von Herrn [[K] AG] sind absolut glaubwürdig. Er hat eine präzise Erinnerung an den Ort (in [...] bei [I]) und über die Identität der Person, die ihm das Dokument übergab. Es ist zudem nachvollziehbar, dass ihm die gemäss eigenen Aussagen unübliche Vorgehensweise in einem solchen Fall besonders gut in Erinnerung blieb. Dem

Einwand von [I], wonach Herr [[K] AG] eine Falschaussage gemacht habe, in dem er behauptete, dass [I] und nicht er selber die zweite Spalte eingetragen habe, kann nicht gefolgt werden.

436. [[K] AG] führte aus: „Also, wir haben das vor Ort dort [bei [I]] besprochen und die haben dann die Zahlen eingesetzt und haben dann die Offerte zu diesem Preis plus/minus abgegeben.“

437. Der Begriff „eingesetzt“ ist hier so zu interpretieren, dass [I] die entsprechenden Zahlen Herrn [[K] AG] diktierte und dieser, wie mehrmals erwähnt, sie selber notierte.

438. Dass die Offerte von [M] stammen soll, ist nicht nachvollziehbar. [M] reichte eine höhere Offerte als [I] ein. Es ist nicht einzusehen, weshalb [M] einen Schutz hätte organisieren sollen, um in der Folge ein höheres Angebot als [I] einzureichen. Selbst wenn die Tabelle von [M] stammen würde, würde dies nichts an der Aussage von [K] ändern, die lediglich ausgesagt hat, [I] hätte ihr die Tabelle gegeben, sie sagt nichts darüber, wer die Tabelle erstellt hat. Der Einwand von [I] ändert nichts am Umstand, dass sich [I] und [K] beim vorliegenden Projekt über ihre Eingabesummen ausgetauscht haben und [K] dies in der Tabelle schriftlich festhielt. Gemäss [K] entspricht die zweite Spalte den Preisen von [I]. [I] macht geltend, dass die tatsächlich eingereichten Offertsummen tiefer waren, als die in der zweiten Spalte genannten Zahlen.

439. Dieser Umstand spricht nicht gegen die Organisation einer Schutznahme durch [I]. Die Einreichung einer tieferen Offerte kann vielfältige Gründe haben. So könnten beispielsweise nach dem Treffen Kalkulationsfehler bereinigt worden sein oder hat [I] nicht die richtige Eingabesumme in ihrem Fragebogen eingegeben. Zudem hatte dies auf die Reihenfolge der Offerten bzw. die Organisation des Schutzes keinen Einfluss. Anders wäre die Situation, wenn durch [I] eine viel höhere Offertsumme eingegeben worden wäre.

440. [M] und [K] haben in ihren tatsächlichen Offerten die in der Tabelle eingesetzten Zahlen überschlagsmässig übernommen. Wie bei Stützofferten üblich, können die Zahlen Abweichungen enthalten.

E. Ergebnis

441. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 40 zu einer Vereinbarung betreffend die Steuerung des Zuschlags zwischen [I] (Schutznahme) und jeweils [K] und [M]

(Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt

Fall 41: [...]

A. Ausschreibung

442. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 41:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[...] (keine Partei)	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt.
[...] (keine Partei)	[...]	
[A]	[...]	
[B]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[M]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Protokolleröffnung vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

443. In ihrer Bonusmeldung schildert [K] die Organisation der Absprache und legte zwei Belege ein – zum einen die Einladung vom [...] des Bauherrenvertreters und zum anderen das Angebot von [K]. Die Bonusmeldung deckt an sich gleich zwei Fälle auf, nämlich auch noch eine analoge Absprache aus dem [...]. Diese Absprache wird allerdings nicht weiter dokumentiert.

444. Laut Bonusmeldung [K] fragte [...] in den Jahren [...] und [...] [K] telefonisch an, ob [K] höher rechnen würde. [...] wurde dies gemacht. Im Jahr [...] teilte [...] telefonisch [K] mit, zu welchem Preis offeriert werden soll. [K] offerierte zu einem Nettobetrag von CHF [>100]. [...] reichte eine Offerte im Betrag von netto CHF [100] ein. [K] bezichtigt [B] und [M] der Teilnahme an der Absprache.

C. Stellungnahmen und Anhörungen

a) [B]

445. [B] bestreitet die gegen sie erhobenen Vorwürfe.

b) [M]

446. [M] stellt in ihrer Stellungnahme den Antrag, für die Bewertung der erschwerenden Umstände ihrer Sanktion nur die Fälle 4, 17, 23, 30, 41, 47 und 85 zu berücksich-

tigen. Sie gibt damit indirekt ihre Beteiligung an der Abrede zu.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

447. [K] (Stützofferte) legt ihre Teilnahme an der vorliegenden Absprache (Fall 41) offen. Indem [M] beantragt, es seien für die erschwerenden Umstände unter anderem Fall 41 zu berücksichtigen, gesteht sie ihr kartellrechtswidriges Verhalten ein. Dadurch bestätigt sie die Bonusmeldung von [K]. Dieser ist zu folgen. Die Bestreitung durch [B] fördert keine Hinweise zu Tage, die die Aussage von [K] in Frage stellen könnten.

E. Ergebnis

448. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 41 zu einer Vereinbarung betreffend die Steuerung des Zuschlags zwischen Marti (Schutz) und [K], [B] und [M] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 42: [...]

A. Ausschreibung

449. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 42:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[C]	100	
[E]	[...]	Zuschlag. Wird durch [A] der Schutznahme bezichtigt. Offerte von [E] an [A] übermittelt.
[U] ([A])	[...]	Stützofferte eingestanden.
Weitere	Offen	

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

450. Gemäss [A] hat sich [E] mit [A] über die Offertpreise abgesprochen. Am [...] hat [E] zu diesem Zweck [A] ihre eigene Offerte per E-Mail zugestellt. Daraus geht hervor, dass [E] für dieses Projekt eine Absprache organisiert hat. Als Bemerkung hat sie vermerkt: „*unsere Eingabesumme [[...]] für ihre Eingabesumme plus 5 %*“.

451. [E] hat gemäss eigenen Angaben keine Offerte für dieses Projekt eingereicht. Für die WEKO sind diese Angaben aufgrund der an [A] zugestellten E-Mail widerlegt.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

452. Keine der mit diesem Fall betroffenen Unternehmen haben dazu Stellung genommen.

D. Auswertung der Stellungnahme und der Anhörungen

453. Den Aussagen von [A] ist auch in diesem Fall zu folgen. Sie werden durch Aktenstücke (E-Mail vom [...]) gestützt.

E. Ergebnis

454. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 42 zu einer Vereinbarung betreffend die Steuerung des Zuschlags zwischen [E] (Schutz) und [A] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 43: [...]**A. Ausschreibung**

455. [...] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 43:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Objekt in [den sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Wird durch [A] möglicherweise der Schutznahme bezichtigt. Keine Stellungnahme.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden. Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[E]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Keine Stellungnahme im Verfahren.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[J]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte bestritten.
[U] ([A])	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte eingestanden.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

456. Dieses Objekt [ist in den sichergestellten Dokumentene erwähnt] mit einer Stützofferte zugunsten [L] in Höhe von CHF [>100].

b) [G]

457. Laut Bonusmeldung hat [L] bei [G] um Schutz für dieses Objekt gebeten. [L] habe gesagt, dass der Verwaltungsrat von [L] über gute Beziehung zum Bauherrn verfüge, weshalb [L] diesen Auftrag ohnehin erhalten werde. [G] bezichtigt [E], [A], [D] und [J] der Teilnahme an der Absprache. [D] und [A] haben die Einreichung einer Stützofferte eingestanden. Die Bezichtigung von [E] und [J] durch [G] ist glaubwürdig.

c) [A]

458. In der Ergänzung zur Bonusmeldung gibt [A] an, dass bezüglich diesem Projekt Gespräche unter den Mitbewerbern nicht ausgeschlossen werden können, wobei Form und Teilnehmer für [A] unklar seien.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

459. In ihrer Stellungnahme macht [J] geltend, dass keine weitere Beweise für diese Behauptung als die Bezichtigung durch [G] ersichtlich sei.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 44:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[D]	100	Beweismittel: act. [...]. Schutznahme eingestanden.
[C]	[...]	Beweismittel act. [...]: Stützofferte.
[K]	[...]	Beweismittel act. [...]. Stützofferte eingestanden.

Protokolleröffnung vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

463. Bei [D] wurden Sendeberichte von Fax-Meldungen, verschickt am [...] an [...] ([K]) und [...] ([C]) gefunden. Die Faxsendung war in beiden Fällen [40-50 Seiten] lang. Auf der ersten Seite wurde handschriftlich der Preis für die Stützofferte des Empfängers (CHF [...] für [K], CHF [...] für [C]) eingefügt.

b) [K]

464. In der Bonusmeldung von [K] wird die Organisation der Absprache (Schutz von [D]) offengelegt. Der Fall ist in [den sichergestellten Dokumenten nicht erwähnt]. Mit dem handschriftlichen Dankeschön auf dem Fax hat sie den Beleg ihrer Teilnahme geliefert [...].

465. Laut Bonusmeldung [K] hat [D] sie telefonisch kontaktiert und gefragt, ob [K] bereit wäre, bei diesen Arbeiten zurückzustehen. Da diese Arbeiten nicht im Tätig-

D. Auswertung der Stellungnahme und der Anhörungen

460. Fall 43 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [L] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits, dass es in diesem Fall zwischen [L] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. [Die sichergestellten Dokumenten bestätigten] zudem die Aussage von [G], welche ihre Stützofferte eingestanden hat. [J] bringt dagegen lediglich den allgemeinen Hinweis vor, neben der Bezichtigung von [G] seien keine weiteren Belege vorhanden. Damit kann die Aussage von [G] nicht in Frage gestellt werden.

E. Ergebnis

461. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 43 zu einer Vereinbarung betreffend die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und jeweils [D], [A], [E] und [J] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 44: [...]

A. Ausschreibung

462. [...] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

keitsgebiet von [K] liegen, offeriert sie hierfür höher. [D] faxt anschliessend die eigene Offerte und bittet [K] dort handschriftlich, für Netto rund CHF [...] zu offerieren. Die Bonusmeldung von [K] bestätigt die bei [D] gefundenen Dokumente.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

466. Keines der in diesem Fall genannten Unternehmen hat dazu Stellung genommen bzw. hat den Sachverhalt bestritten.

E. Ergebnis

467. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 44 zu einer Vereinbarung betreffend die Steuerung des Zuschlags zwischen [D] (Schutz) und [K] und [C] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 45: Wird nicht weiterverfolgt.

Fall 46: Wird nicht weiterverfolgt.

Fall 47: [...]

A. Ausschreibung

468. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] das Objekt [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 47

Offerenten	Offertsummen (Gesamtangebote mit Fall 48)	Bemerkungen
[K] (in ARGE mit [B])	100	[B] wird durch [K] der gemeinsamen Eingabe einer Stützofferte bezichtigt im Rahmen einer unechten ARGE über die beiden Projekte [...] (Fall 47, Zuschlag [K]) und [...] (Fall 48, Zuschlag [B]).
[F]	Offen	Stützofferte eingestanden.
[I]	[...]	Wird durch [K] der Eingabe einer Stützofferte bezichtigt.
[M]	[...]	Wird durch [K] der Eingabe einer Stützofferte bezichtigt.
[Q]	Keine Eingabe	Wird durch [K] der Eingabe einer Stützofferte bezichtigt.

B. Beweismittel aus Bonusmeldungen

469. Die Bonusmeldung von [K] legt die Organisation der Absprache über zwei Objekte offen. Es handelt sich um die beiden Objekte, welche gemeinsam mit den Fällen 14 und 85 im Jahr [...] ausgeschrieben wurden, aber nicht vergeben worden sind. Diese beiden Fälle wurden [...] erneut ausgeschrieben.

470. Laut Bonusmeldung [K] wurde für die beiden Objekte [...] eine unechte ARGE zwischen [K] und [B] gegründet (siehe unechte ARGE-Vertrag act. [...]). Im Innenverhältnis wurde vereinbart, dass [K] das Objekt [...] (Fall 47) und [B] das Objekt [...] (Fall 48) erhalten sollte. Die anderen beteiligten Unternehmen gaben Stützofferten ein. Offensichtlich hat [B] im Jahr [...] [I] als geschütztes Unternehmen im Fall 48 ersetzt.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [K]

471. [K] bestätigte an der Anhörung vom [...] Oktober 2011, dass Fall 47 bereits [...] ausgeschrieben war, aber nach einem Rückzug [...] im Jahr [...] erneut ausgeschrieben wurde (für weitere Ausführungen von [K] hierzu siehe unter Fall 14).

b) [M]

472. [M] stellt in ihrer Stellungnahme den Antrag, für die Bewertung der erschwerenden Umstände ihrer Sanktion nur die Fälle 4, 17, 23, 30, 41, 47 und 85 zu berücksichtigen. [M] erachtet die Fälle 47 und 48 als einen einzigen Fall, da sie für beide Projekte eine Gesamtangebote einreichten.

c) [I] und [Q]

473. [I] bringt vor, der Fall 47 dürfe nicht berücksichtigt werden, weil er nicht nachgewiesen sei und weil das Sekretariat die Beweislage in Fall 47 offenbar selbst nicht als genügend erachtet habe, da sie ihn nicht in den

Antrag aufnahm, obwohl der Fall identisch mit Fall 85 sei. Im Antrag seien [I] die Fälle 14, 45, 46 und 85 angelastet worden, wobei wohl die Fälle 47 und 48 gemeint seien.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

474. [K] hat ihre Schutznahme, [F] ihre Stützofferte eingestanden. [B] äussert sich nicht zum Fall 47, gesteht aber implizit ihre Schutznahme in Fall 48 ein (siehe die Ausführungen zu Fall 48). Damit anerkennt sie auch die Bonusmeldung, welche der Bezichtigung von Fall 48 zu Grunde liegt. Diese Bonusmeldung behandelt die Fälle 47 und 48 zusammen und hält zur gemeinsamen Organisation des Schutzes durch [K] und [B] fest: „Schliesslich einigte man sich, die Arbeiten als ARGE [B]/ [K] auszuführen. [B] übernahm den [...] und die [K] [...] [B] anerkennt diese Aussage, die auch für die Organisation des Schutzes in Fall 47 gilt. Auch [M] gesteht ihre Beteiligung in Fall 47 implizit ein. [I] bestreitet eine Beteiligung im Fall 45⁸⁸, jedoch nur pauschal, ohne gegenteilige Sachverhaltsdarstellungen zu nennen. [Q] hat gemäss Fragebogen kein Angebot eingereicht.

E. Ergebnis

475. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 47 zu einer Vereinbarung betreffend die Steuerung des Zuschlags zwischen [K] (Schutz) und [F], [M] und [I] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 48: [...]

A. Ausschreibung

476. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

⁸⁸ [I] ist richtig davon ausgegangen, dass in der Tabelle 7 nicht die Fälle 45 und 46 gemeint waren (nicht weiterverfolgt), sondern die Fälle 47 und 48 (gleiche Fälle wie 45 und 46, ca. [...] später).

Ausschreibungsbeteiligte Fall 48

Offerenten	Offertsummen (Gesamtangebote mit Fall 47)	Bemerkungen
[B] (in ARGE mit [K])	100	Wird durch [K] der gemeinsamen Schutznahme als unechte ARGE bezichtigt. Wird durch [F] der Schutznahme bezichtigt (unechte ARGE zusammen mit [K]).
[F]	Höhe nicht mehr re- konstruierbar	Stützofferte eingestanden. Die [F] wurde durch [B] kontaktiert. [K]/ [B] haben sich mit den anderen Interes- senten bereits verständigt. Die anderen Interessenten würden der [B] den Vortritt lassen. Herr [...] willigte ein, höher zu offerieren.
[I]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[M]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[Q]	Keine Eingabe	

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

477. Siehe Ausführungen zum Fall 47.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [B]

478. Im Antrag wurden [B] [X] Schutznahmen zur Last gelegt (...). [B] bestreitet ihre Abredebeteiligung in den Fällen [...] und stellt den Antrag: „Der Basisbetrag ist unter Berücksichtigung unserer Einwände neu zu ermitteln (nur [...] und nicht [...] Schutznahmen). Da zudem nur noch [...] Fälle in der Liste der verbleibenden Umstände verbleiben, ist ein Zuschlag vom max. 50 % angemessen.“

b) [M], [I] und [Q]

479. Siehe Ausführungen zu Fall 47.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

480. [B] beantragt, für die Berechnung ihrer Sanktion nur mehr die Fälle [...] und [...] zu berücksichtigen, womit

sie die gegen sie erhobenen Vorwürfe eingesteht. [K] als ARGE-Partner hat ausgesagt, dass [B] im Fall 48 geschützt worden ist und dass [M] und [I] ebenfalls an der Absprache beteiligt waren. Es liegen zudem Dokumente zu den Fällen [...] und [...] vor, die belegen, dass sich [M] und [I] bei diesen Projekten an der Absprache beteiligten. [M] hat indirekt ihre Beteiligung an der Absprache eingestanden (vgl. Fall 47).

E. Ergebnis

481. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 48 zu einer Vereinbarung betreffend die Steuerung des Zuschlags zwischen [B] (Schutz) und [F], [M] und [I] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 49: [...]

A. Ausschreibung

482. [Öffentlicher Auftraggeber] lancierte mit Eingabetermin vom [...] Ausschreibungsbeteiligte Fall 49:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[B]	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Handnotizen von [K].
[...] (keine Partei)	[...]	Wird durch [K] pauschal der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[A]	[...]	Wird durch [K] pauschal der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[C] [...]	[...]	Wird durch [K] pauschal der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[M]	[...]	Wird durch [K] pauschal der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Protokolleröffnung vom [...]

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [K]

483. Die Bonusmeldung von [K] legt offen, dass [...] von Submissionsabsprachen mit Ausnahme der Arbeiten [...] betroffen war, d.h. die Unternehmen die Aufträge unter sich aufteilten und dann bei den Eingaben die erfolgten Zuteilungen durch entsprechende Stützofferten schützten. Sie widerspiegelt die Sicht von [K] und enthält für fünf Objekte je das Offertverzeichnis dieses Bauunternehmens. Darüber gibt es Handnotizen des Verantwortlichen bei [K], welche im Jahr [...] als Gedankenstützen anschliessend an Telefongespräche mit den anderen Bauunternehmen erstellt wurde. Laut diesen Handnotizen wurde das Objekt [...] der [B] zugeteilt, was sich mit der nachträglichen effektiven Vergabe deckt. Der Betrag von [>100] ist für [dieses Projekt] in den Handnotizen notiert. Dieser Betrag entspricht der tatsächlichen Eingabesumme von [K] für dieses Projekt. Sämtliche Bauunternehmen werden der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

b) [A]

484. In der Ergänzung zur Bonusmeldung gibt [A] an, dass bezüglich [...] Gespräche unter den Wettbewerbern stattfanden. Es sei aber nicht mehr nachvollziehbar, wer alles an diesen Abreden beteiligt war.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

485. [B] bestreitet im vorliegenden Fall die Organisation einer Schutznahme. Dies werde durch den hohen Preis-

unterschied auf den Zweitplatzierten von ca. [15 %] untermauert.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

486. Betreffend [B] erachtet die WEKO die Bonusmeldung von [K] als glaubwürdig, die bezugnehmend auf ein Telefongespräch die Zuteilung an [B] festhält. Die pauschale Bestreitung von [B] und der Hinweis auf die Differenz zum Zweitplatzierten vermögen diese Einschätzung nicht zu widerlegen. Alle weiteren Unternehmen wurden der Einreichung einer Stützofferte durch [G] pauschal bezichtigt. Aus diesem Grund wurde die indirekte Bezichtigung durch [G] ([B] war geschützt) als zu pauschal erachtet und somit für die bezichtigten Unternehmen nicht berücksichtigt.

E. Ergebnis

487. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 49 zu einer Vereinbarung betreffend die Steuerung des Zuschlags zwischen [B] (Schutz) und [K] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 50: [...]

A. Ausschreibung

488. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] Ausschreibungsbeteiligte Fall 50:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[P]	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Gemäss [A] zwar abgesprochen, aber [P] nicht beteiligt.
[...] (keine Partei)	[...]	Wird durch [K] indirekt der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[A]	[...]	Stützofferte indirekt eingestanden.
[B]	[...]	Wird durch [K] indirekt der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[M]	[...]	Wird durch [K] indirekt der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[R]	[...]	Wird durch [K] indirekt der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Protokolleröffnung vom [...]

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [K]

489. Laut [K] wurde das Objekt [...] der [P] zugeteilt. Sämtliche Bauunternehmen werden durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

b) [A]

490. In der Ergänzung zur Bonusmeldung gibt [A] an, dass bezüglich [...] Gespräche unter den Wettbewerbern stattfanden. Es sei aber nicht mehr nachvollziehbar, wer alles an diesen Abreden beteiligt war. Allerdings war die Absprache in diesem Falle nicht erfolgreich, weil die [P] AG, die den Zuschlag erhielt, gemäss Kenntnis von [A] an dieser nicht beteiligt gewesen war.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [P]

491. [P] bestreitet die Beteiligung an einer Absprache bzw. die Organisationen eines Schutzes.

b) [A]

492. [A] bringt vor, dass zwar eine Absprache stattgefunden habe. [P], die den Zuschlag erhielt, sei aber an dieser nicht beteiligt gewesen sei. Folglich sei die Absprache nicht erfolgreich gewesen und daher sei sie auch nicht erheblich.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörung

493. Es gibt einen Widerspruch zwischen der Bonusmeldung von [K] und der Bonusmeldung von [A] betreffend die Schutznahme durch [P]. Aus diesem Grund wird die Schutznahme für [P] als nicht bewiesen erachtet. Allerdings liegt kein Zweifel vor, dass sich [K] und [A] an der Absprache beteiligt haben (Stützofferte). Da das zweitplatzierte Angebot abgesprochen war, hat die Abrede mindestens den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Je nach Sicht der Selbstanzeigerin gibt es eine er-

folgreiche Stützofferte ([K]) oder eine nicht-erfolgreiche Stützofferte ([A]). Stützofferten, ob sie erfolgreich sind oder nicht, zählen als eine Beteiligung an der Submissionsabsprache. Wenn ein Unternehmen eine Stützofferte zugunsten eines Konkurrenten abgegeben hat und die Absprache trotzdem den Zuschlag nicht erfolgreich steuern konnte, bleibt es eine Stützofferte für das stützende Unternehmen. Das Unternehmen kann für zukünftige Submissionen seinen Konkurrenten daran erinnern, dass es ihn gestützt hat, selbst wenn die Absprache nicht erfolgreich war.

E. Ergebnis

494. Damit ist bewiesen, dass sich [K] und [A] im Fall 50 an einer Absprache betreffend die Steuerung des Zuschlags beteiligt haben (Stützofferte oder nicht erfolgreiche Stützofferte). Der Wettbewerb wurde durch die Abrede zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 51: [...]

A. Ausschreibung

495. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] Ausschreibungsbeteiligte Fall 51:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[R]	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Gemäss [A] zwar abgesprochen, aber [R] nicht beteiligt.
[...] (keine Partei)	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[...] (keine Partei)	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[A]	[...]	Stützofferte indirekt eingestanden.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[M]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Protokolleröffnung vom [...]

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

496. Vgl. Ausführungen zum Fall 49.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [R]

497. [R] bestreitet eine Schutznahme im Fall 51.

b) [M]

498. [M] äussert sich in ihrer Stellungnahme vom [...] nicht zum Fall 51.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

499. [R] bestreitet ihre Schutznahme und wird von [A] entlastet. Neben den Hinweisen von [K] liegen keine weiteren Angaben vor, welche auf eine Schutznahme durch [R] hinweisen. Aufgrund der Anhörungen haben sich keine neuen Hinweise gegen [R] ergeben. Die WE-

KO erachtet eine Schutznahme durch [R] nicht als bewiesen an.

500. Da der Zuschlagsempfänger somit nicht an einer allfälligen Abrede beteiligt war, gilt es den Abredetatbestand der übrigen Submissionsteilnehmer allenfalls unter dem Blickwinkel einer nicht erfolgreichen Organisation eines Schutzes zu prüfen. [K] sagt in ihrer Bonusmeldung, es könne in Bezug auf das Projekt [...] nicht mehr eruiert werden, ob dazu Absprachen durchgeführt worden seien, davon sei aber wohl auszugehen. [A] bestätigt, dass es in Bezug auf dieses Projekt zu einer Absprache gekommen ist, diese sei aber erfolglos geblieben, weil [R] gemäss aktuellem Kenntnisstand nicht an den Gesprächen beteiligt gewesen sei. Zugunsten von welchem Unternehmen der Schutz zustande kommen sollte, sagt [A] nicht. Mindestens das zweit- und drittplatzierte Angebot sind aufgrund einer Abrede entstanden. Dadurch wurde der Wettbewerb derart erheblich beein-

trächtig, dass der Zuschlagsempfänger nur mit einer abgesprochenen Offerte in direkte Konkurrenz treten musste. Der Wettbewerb wurde damit verfälscht und der Zuschlagsempfänger war keinem ernsthaften Wettbewerbsdruck mehr ausgesetzt. Damit liegt mindestens eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor. Aufgrund der Unklarheiten betreffend die Identität der Schutznehmerin werden nur die Stützofferte (erfolgreich oder nicht-erfolgreich) von [K] und [A] in diesem Fall berücksichtigt (vgl. auch Ausführungen zu Fall 50).

E. Ergebnis

501. Damit ist bewiesen, dass sich [K] und [A] im Fall 51 an einer Absprache betreffend die Steuerung des Zuschlags beteiligt haben (Stützofferte oder nicht erfolgreiche Stützofferte). Der Wettbewerb wurde durch die Abrede zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 52: [...]

A. Ausschreibung

502. Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] Ausschreibungsbeteiligte Fall 52:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
ARGE [...] (keine Partei)	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Handnotizen von [K].
[A]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[B]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[M]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Protokolleröffnung vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

503. Laut der Bonusmeldung von [K] wurde eine Absprache über die [...]. Gemäss Handnotizen von [K] wurde das Objekt [...] ⁸⁹ der ARGE [...] (keine Partei) zugeteilt. [M], [B] und [A] sind durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

504. Anlässlich der Anhörung vom [...] Oktober 2011 hat [K] ihre Handnotizen erklärt. [K] hat mündlich ausgeführt, dass sie für diese [...] keine Schutzofferte verlangt, sondern nur Stützofferten gegenüber den anderen Unternehmen eingereicht hat. Es wurde mehrheitlich von Unternehmen Schutzofferten eingefordert, die in der Nähe Richtung [...] tätig sind. Das heisst [B].

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

505. Die Anhörungen haben die Bonusmeldung bestätigt. Die Beteiligung von [A] wurde implizit eingestanden. Dass [B] und [M] auch an der Absprache teilgenommen haben ist auch glaubwürdig, da sie in anderen [...] selbst Schutzofferten verlangt haben (z.B. Fall 49). Sie haben ihre Beteiligung auch nicht bestritten.

E. Ergebnis

506. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 52 zu einer Vereinbarung betreffend die Steuerung des Zuschlags zwischen [K], [A], [B] und [M] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 53: [...]

A. Ausschreibung

507. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...].

⁸⁹ Als [...] in den Handnotizen von [...] erwähnt.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 53 [...]:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[U] ([A])	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Erste Bau- und Belagsausschreibung von Absprachen betroffen. Keine Stellungnahme betreffend dieses Los.
[...] (keine Partei)	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[...] (keine Partei)	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[B]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[M]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Protokolleröffnung vom [...]

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [K]

508. Laut Bonusmeldung [K] wurde eine Absprachen [...] getroffen, mit Ausnahme der Arbeiten [...] Laut [K] wurde das Objekt [...] der [U]/[A] zugeteilt.⁹⁰

b) [A]

509. [A] bestätigt, dass [...] von Absprachen betroffen war. Allerdings nimmt [A] zu [...] nicht Stellung.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

510. Siehe Ausführungen zu Fall 52.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen**Ausschreibungsbeteiligte Fall 54:**

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[E]	100	Wird durch [A] der Schutznahme bezichtigt. Wird durch [O] der Schutznahme bezichtigt.
[...] (keine Partei)	[...]	
[...] (keine Partei)	[...]	Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[A]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[H]	[...]	Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[O]	[...]	Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Protokolleröffnung vom [...].

511. Siehe Ausführungen zu Fall 52.

E. Ergebnis

512. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 53 zu einer Vereinbarung betreffend die Steuerung des Zuschlags zwischen [U]/[A] (Schutz) und jeweils [K], [B] und [M] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 54: [...]**A. Ausschreibung**

513. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

⁹⁰ Vgl. auch Ausführungen zum Fall 49.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

514. Laut Bonusmeldung von [A] wurde diese von [E] kontaktiert, die bei diesem Objekt die Eingaben koordinierte.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [E]

515. [E] hat auf die Einreichung einer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats verzichtet.

b) [H]

516. [H] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte. In der Bonusmeldung von [A] werde [H] nicht beschuldigt, eine Stützofferte eingereicht zu haben.

c) [O]

517. In ihrer Stellungnahme vom [...] bestritt [O] die Einreichung einer Stützofferte zugunsten von [E]. An der Anhörung vom [...] Oktober 2011 wiederholte [O] ihre Ausführungen der Stellungnahme. Der zuständige Sachbearbeiter für das Offertwesen von [O] sagte an der Anhörung aus, dass er von [E] telefonisch kontaktiert worden sei: „Da wurde ich angefragt, ob ich einen Schutz bieten würde beim Objekt 54 [...]. Da hab ich gesagt, nein, ich rechne das Objekt normal.“ Kurz vor der Eingabe sei er ein weiteres Mal kontaktiert worden und [E] habe ihm ihre Eingabesumme bekanntgegeben. Auf die Rückfrage der WEKO, ob Dritte unter „normal rechnen“ nicht verstehen könnten, dass er nicht aggressiv kalkulieren werde, sagte er, dass er dies nicht ausschließen könne. Allerdings handle es sich nicht um einen Code oder so.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

518. [E] wurde sowohl von [A] wie auch von [O] der Organisation eines Schutzes beschuldigt. [A] hat eingestanden, mit [E] vereinbart zu haben, eine Stützofferte einzureichen.

519. Zum Verhältnis zwischen [E] und [O] ist Folgendes zu sagen. Unbestritten ist, dass zwischen [O] und [E] telefonische Kontakte stattgefunden haben. [O] teilte [E] mit, dass sie „normal“ rechnen werde. Damit gab sie unnötigerweise Informationen preis, über die ein Wettbewerber nicht verfügen darf. Die Aussage, [O] werde normal rechnen, muss unterbleiben, da zwischen Wettbewerbern einer Submission überhaupt keine Informati-

onen ausgetauscht werden dürfen (keine Angaben zum Auslastungsstand, keine Informationen über das voraussichtliche Kalkulationsniveau). Es scheint [O] nicht vollumfänglich bewusst zu sein, aber vor einer Eingabe haben überhaupt keine derartigen Telefongespräche stattzufinden. Würden sämtliche Unternehmen auf solche Telefongespräche richtig reagieren (nämlich überhaupt keine Informationen herauszugeben, mit dem Hinweis, dass sie nie mehr kontaktiert werden möchten), kämen sie in der Praxis gar nicht mehr vor. [E] hat offenbar die Information von [O] nicht dahingehend verstanden, dass [O] von einer Absprache überhaupt nichts wissen will, sonst hätte sie nicht ein zweites Mal angerufen. [O] hat im Fall 55 genau dieselbe Information („ich rechne normal“) an [A] herausgegeben. [A] hat dies offenbar gereicht, um daraus zu folgern, dass [O] keine sehr kompetitive Offerte einreichen wird (weitere Ausführungen zu diesem Fall unter Fall 55). Die Information, dass ein Konkurrent keine besonders tiefe Offerte eingeben wird, hat einen direkten Einfluss auf den Preis der anderen Wettbewerber. [O] musste wissen, wozu [E] (die ja explizit um einen Schutz gebeten hat) die herausgegebenen Informationen verwenden wird. Damit kam es zu einer stillschweigenden Vereinbarung, mindestens aber zu einer abgestimmten Verhaltensweise zwischen [O] und [E].

520. Betreffend dem Hinweis von [H], dass sie in der Eingabe von [A] nicht der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt worden sei, ist darauf hinzuweisen, dass [A] sagt, dass [E] „die Eingaben“ koordiniert habe, worunter alle Eingaben zu verstehen sind.

E. Ergebnis

521. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 54 zu einer Vereinbarung zwischen [E] (Schutz) und [A] (Stützofferte) gekommen ist. Zwischen [E] und [O] ist es aufgrund des Informationsaustausches zu einer Vereinbarung mindestens aber zu einer abgestimmten Verhaltensweise gekommen. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 55: [...]

A. Ausschreibung

522. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 55:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[A]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Offerte von [A] bei [D]. Schutznahme eingestanden.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[E]	[...]	Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

[O]	[...]	Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
-----	-------	---

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

523. Aus [den sichergestellten Dokumenten] geht hervor, dass eine Absprache erfolgte, nach welcher [D] eine Stützofferte zugunsten [A] eingereicht hat. In einem Ordner von [D] wurde die Offerte von [A] (Kostenzusammenstellung, Seite 1-2), datiert auf den [...], gefunden. Dies deckt sich mit der Bonusmeldung von [A], wonach [A] die Absprache koordiniert und mit diesem Dokument [D] das Erstellen einer Stützofferte ermöglicht hat.

b) [A]

524. Laut Bonusmeldung von [A] koordinierten die vier beteiligten Unternehmen im Vorfeld der Eingaben telefonisch ihre jeweiligen Angebote. [A] war das geschützte Unternehmen.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [E]

525. [E] hat auf die Einreichung einer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats verzichtet.

b) [O]

526. Zu Fall 55 äussert sich [O] im selben Sinn wie zu Fall 54, auf welchen verwiesen wird.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

527. Für die Auswertung der Stellungnahmen und Anhörung von [O] wird auf die Ausführungen zu [O] im Fall 54

Ausschreibungsbeteiligte Fall 57:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[G]	100	Schutznahme eingestanden.
[D]	[...]	„Möglicherweise ein Schutz, nicht mehr nachvollziehbarer an wen“.
[I]	[...]	
[L]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[Q]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

531. Laut ihrer Bonusmeldung hat [G] die anderen Anbieter ([Q] und [L] in der Spalte „beteiligte Unternehmen“) telefonisch gebeten, bei diesem Objekt zurückzustehen.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [Q]

532. In ihrer Stellungnahme macht [Q] geltend, dass die Behauptung von [G] nicht substantiiert sei. Zudem sei [Q] lediglich in der „Spalte“ beteiligte Unternehmen“ erwähnt. [Q] habe in ihren internen Nachforschungen kei-

verwiesen. Der einzige Unterschied besteht darin, dass [O] im Fall 55 von [A], welche den Schutz organisierte, direkt bezichtigt wurde. [A] hat neben ihren Aussagen zur Koordination mit [O] keine weiteren Hinweise geliefert, welche den Aussagen von [O], sie habe das Projekt normal gerechnet (und dies [A] auch so gesagt) widersprechen.

528. [E] wird von [A] bezichtigt, eine Stützofferte eingereicht zu haben. [E] wird damit vom geschützten Unternehmen direkt bezichtigt, womit der Vollbeweis einer Vereinbarung erbracht ist. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Eingabefrist der Fälle 54 und 55 innerhalb derselben Woche war. Da im Fall 54 [A] [E] geschützt hat, ist es naheliegend, dass [E] [A] im Fall 55 ebenfalls unterstützt hat.

E. Ergebnis

529. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 55 zu einer Vereinbarung zwischen [A] (Schutz) und jeweils [D], [E] (Stützofferte) gekommen ist. Zwischen [A] und [O] ist es aufgrund des Informationsaustausches zu einer Vereinbarung mindestens aber zu einer abgestimmten Verhaltensweise gekommen. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 56: wird nicht weiter verfolgt

Fall 57: [...]

A. Ausschreibung

530. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

ne Anhaltspunkte ausfindig gemacht, welche auf eine Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss schliessen liesse.

b) [L]

533. In ihrer Stellungnahme streitet [L] die Einreichung einer Stützofferte zugunsten [G] ab.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

534. Entgegen der Behauptung von [Q] hat [G] in ihrer Bonusmeldung ausgeführt, dass sie die anderen Anbieter ([L] und [Q]) telefonisch gebeten hat, höher zu rech-

nen. Obwohl von [G] keine weiteren Details betreffend die Stützofferte vorliegen, erachtet die WEKO ihre Aussage als glaubwürdig.

E. Ergebnis

535. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 57 zu einer Vereinbarung zwischen [G] (Schutz) und jeweils [L] und [Q] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde

durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 58: [...]

A. Ausschreibung

536. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 58:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[G]	100	Schutznahme eingestanden.
[L]	keine Eingabe	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

537. Laut ihrer Bonusmeldung hat [G] [L] gebeten, bei diesem Objekt zurückzustehen. Gemäss eigenen Eingaben hat aber [L] keine Offerte für dieses Projekt eingereicht.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

538. Es wurden keine Stellungnahmen zu diesem Projekt abgegeben bzw. der Sachverhalt nicht bestritten.

D. Auswertung

539. Da es sich um ein zeitlich weit zurückliegendes Projekt mit lediglich einer Bezichtigung handelt und da die Schutznahme nur von [G] ohne weitere Belege eingestanden ist, geht die WEKO davon aus, dass man nicht ausschliessen kann, dass [L] nicht an der Abspra-

che beteiligt war. Dieses Projekt hat zudem keine Besonderheiten, an welche man sich mehrere Jahre später zurückerinnern könnte.

E. Ergebnis

540. Damit ist bewiesen, dass [G] im Fall 58 einen Schutz organisiert hat. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt. Die allfällige Beteiligung von [L] wird als nicht genügend bewiesen angesehen.

Fall 59: [...]

A. Ausschreibung

541. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 59:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[S]	100	Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Möglicherweise ein Schutz, nicht mehr nachvollziehbar an wen. [S] bestreitet Schutznahme.
[D]	[...]	Möglicherweise Stützofferte.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

542. Laut Bonusmeldung [G] hat [S] bei [G] um Schutz bei diesem Objekt ersucht. Dieses Objekt 59 steht im Zusammenhang mit dem nächsten Fall 60, in welchem [G] selber geschützt wurde (Fall 60 wird nicht weiterverfolgt, da [G] nur eine Richtofferte eingereicht hatte).

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

543. [S] bestreitet in ihrer Stellungnahme vom [...] die Schutznahme. Es habe sich im Fall 59 um [...] Arbeiten gehandelt, die massgeschneidert auf ihr Unternehmen passe. Sie sei nur von einem Mitbewerber bezichtigt worden, weil dieser in den Genuss eines Bonus kommen

wolle. An der Anhörung vom [...] Oktober 2011 bestätigte sie diese Ausführungen.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

544. Zunächst ist festzuhalten, dass [D] aussagt, dass es in diesem Projekt möglicherweise zu einem Schutz gekommen sei. Dies ist bereits ein Indiz für das Vorliegen einer Absprache in diesem Projekt. Entscheidend ist jedoch die Aussage von [G]. In ihrer Bonusmeldung sagte sie aus, dass [S] für dieses Projekt um einen Schutz gebeten habe. In ihrer schriftlichen Stellungnahme vom [...] liess [G] zwar verlauten, dass die für dieses Projekt damals zuständige Person sich nicht mehr an

Details erinnern könne. Allerdings habe diese Person die Bezeichnung im [...] nach bestem Wissen und Gewissen persönlich erstellt. Der Inhaber und Verwaltungsratspräsident von [G] sagte an der Anhörung vom [...] Oktober 2011, dass er nach der Untersuchungseröffnung vom 8. Juni 2009 dafür gesorgt habe, dass jeder Stein umgedreht werde und die von Absprachen betroffenen Fälle flächendeckend zum Vorschein kommen. Es sollten keine Fälle unterdrückt oder geschönt werden. Aufgrund dieser Anweisungen ist auch die Absprache im Fall 59 gemeldet worden. Die Beschreibung dieses Vorganges erscheint als glaubhaft und es liegt kein Anhaltspunkt vor, wonach die für Projekt 59 zuständige Person oder [G] ein Interesse an einer falschen Bezeichnung haben könnte. Die Hinweise von [S] ([...]) an der Anhörung stehen dem Zustandekommen einer Abrede nicht entgegen. Auch wenn [S] auf die ausgeschriebenen Arbeiten in Fall 59 spezialisiert gewesen ist, kann sie an einer

Abrede interessiert sein. Es gibt somit keinen Grund daran zu zweifeln, dass [G] auch in Fall 59 wahrheitsgemässe Angaben gemacht hat.

E. Ergebnis

545. Somit ist bewiesen, dass es im Fall 59 zu einer Vereinbarung zwischen [S] (Schutz) und jeweils [D] und [G] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 60: Wird nicht weiterverfolgt

Fall 60.1: [...]

A. Ausschreibung

546. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus. [...].

Ausschreibungsbeteiligte Fall 60.1:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[G]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [D] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme eingestanden.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.

Absageschreiben vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

Das Objekt ist in [den sichergestellten Dokumenten erwähnt]. [D] bestätigt zudem ausdrücklich, dass [G] in diesem Projekt geschützt worden ist.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

547. In ihrer Stellungnahme hat [G] ihre Schutznahme eingestanden.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

548. In diesem Fall sind sowohl die Schutznahme wie auch die Stützofferte eingestanden.

E. Ergebnis

549. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 60.1 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [G] (Schutz) und [D] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 61: [...]

A. Ausschreibung

550. [...] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 61:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[K]	[...]	Keine Vergabe; in der Bonusmeldung legt [K] eine unechte ARGE mit [D] offen. Gemäss [K] wurde lediglich mit [J] abgesprochen, nicht auf die Teuerung zu verzichten.
[A]		Konnte wegen unklarer Bezeichnung Projekt nicht identifizieren.
[C]	[...]	
[D]	[...]	„Mehrere Eingaben + Abgebotsrunden. Pauschalisiert im [...].-; „ <u>Kein Schutz!</u> “.
[J]	[...]	Gemäss [K] wurde lediglich mit [J] abgesprochen, nicht auf die Teuerung zu ver-

		zichten.
[L]	[...]	Datum [...]
[R]	[...]	

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

551. Diese Bonusmeldung seitens [K] betrifft nur eine Teilabrede. Die ARGE [D]/[K] habe mit den anderen Mitbewerbern keine Koordination getroffen. [J] wird durch [K] lediglich bezichtigt, abgesprochen zu haben, dass sie auf die Teuerung nicht verzichtet würden. Ansonsten fanden im Rahmen dieses Projektes keine Absprachen statt. Laut Bonusmeldung von [K] gab es bei diesem Fall keine Vergabe.

E. Ergebnis

Ausschreibungsbeteiligte Fall 62:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[G]	100	Schutznahme eingestanden.
[J]	keine Eingabe	Wird durch [G] der Eingabe einer Stützofferte bezichtigt. Gemäss [J] keine Eingabe. Stützofferte oder Bid-suppression bestritten.
Weitere	offen	Gemäss [G] weitere Mitbewerber vorhanden.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

554. Diese Bonusmeldung betrifft eine Abrede zwischen lediglich zwei Unternehmen. Laut Bonusmeldung [G] erfolgte ein Anruf von [J] an [G] mit dem Angebot, die eigenen Preise höher zu rechnen, wenn [G] ihre Preise bekannt gibt. Offenbar war [J] zeitlich unter Druck und am Objekt daher nicht interessiert, wollte aber der Bauherrschaft eine Offerte abgeben. [G] stellte in Aussicht, dass [J] die Offerte am nächsten Tag erhalte. [G] sandte [...] ihre Offerte an [J]. Mit den anderen Anbietern gab es keine Kontakte. Zum Zeitpunkt der Bonusmeldung war es in diesem Fall noch nicht zur Vergabe gekommen. Es ist aber davon auszugehen, dass die Absprache zwischen [G] und [J] in der Zwischenzeit erfolgreich war und [G] den Auftrag erhalten hat.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

In Ihrer Stellungnahme hält [J] fest, dass sie keine Offerte eingereicht und sich an keiner Submissionsabsprache beteiligt hat.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

Ausschreibungsbeteiligte Fall 63:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[G]	100	Schutznahme eingestanden.

552. Aufgrund der vielen Unklarheiten in diesem Fall sowie dem Umstand, dass das Projekt nicht vergeben wurde, kann in diesem Fall keine Abrede bewiesen werden. Er dient lediglich als Hintergrundinformation, namentlich als Beispiel dafür, dass teilweise auch nur einzelne Elemente des Preises abgesprochen sein können.

Fall 62: [...]

A. Ausschreibung

553. [...] schrieb mit Eingabetermin vom [...] aus.

Im Fall 62 handelt es sich um [...] im Zusammenhang mit den [...] vom Fall 63 (selbe Eingabefrist). Im Fall 63 liegt der Beweis vor, dass [G] ihr Offertdeckblatt an [J] zugestellt hat. Damit ist die Bonusmeldung von [G] glaubwürdig, da es auch im Fall 62 zu Preisaustausch zwischen [G] und [J] gekommen ist. Selbst wenn [J] keine Offerte eingereicht hat, liegt eine „Bid-suppression“ vor, welche vom Abredetatbestand ebenfalls erfasst wird.

E. Ergebnis

555. Somit ist der Beweis erbracht, dass es zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [G] (Schutz) und [J] (Stützofferte oder Bid-suppression) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 63[...]

A. Ausschreibung

556. [...] schrieb mit Eingabetermin vom [...] (vgl. oben Fall 62), auch noch [...] aus.

[J]		Bookmark 19-6b (Offerte von [G] bei [J]). Wird durch [G] der Eingabe einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte bestritten.
	[...]	
Evtl. weitere	offen	

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [G]

557. Laut Bonusmeldung erfolgte der gleiche Ablauf wie bei Fall 62. In einem Anruf vom [Datum X] an [G] machte [J] das Angebot, die eigenen Preise höher zu rechnen, wenn [G] ihre Preise bekannt gibt.

b) [J]

558. Anlässlich der Sichtung der elektronischen Daten von [J] wurde für dieses Bauvorhaben eine Offerte eines Konkurrenten, erstellt mit [Datum X + 2 Tage] und Eingabesumme [100] Fr, gefunden.

559. Zum Bookmark: In ihrer Stellungnahme zum Bookmark bestätigt [J], dass es sich um eine Offerte von [G] handelt. *„Diese Offerte diene der [J] AG als technische Vorlage; die [J] AG hat jedoch ihre eigenen, in diesem Fall eher hohen, für die Offertstellung verwendet. Die [J] AG hat diese Kalkulation der Gebr. [G] AG nicht mitgeteilt und der [J] AG war auch nicht bekannt, zu welchem Preis die Arbeiten von der Gebr. [G] AG letztlich offeriert wurden. Insgesamt haben bei dieser Ausschreibung zahlreiche Bauunternehmen eine Offerte eingereicht; abgesehen von der erwähnten Offerte der Gebr. [G] AG hatte die [J] AG keine Einsicht in diese Offerten und auch nicht in die definitive Fassung der Offerte der Gebr. [G] AG.“*

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

560. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats hält [J] an ihrer Darstellung fest. Der einzige Zweck für den Umstand, dass [G] ihre Offerte als Devisierungsexemplar zur Verfügung stellte, lag darin, dass [J] im konkreten Projekt in Zeitnot war und mit der Offertstellung im Hinblick auf mögliche künftige Projekte des Bauherrn in Erinnerung bleiben wollte.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

561. Wie bereits im Fall Elektroinstallationsbetriebe Bern ist festzuhalten, dass die Einreichung einer Stützofferte oder der vereinbarungsgemäss Verzicht auf eine Offerte, ohne selbst am Erhalt des Auftrags interessiert zu sein, auch eine wettbewerbsrelevante Abrede darstellt. Nämlich ist es für den Bauherrn nicht ersichtlich, dass die eingereichte Offerte nicht eine ernstgemeinte Offerte ist, sondern nur eine Scheinofferte. Damit geht der Bauherr von einer verfälschten Entscheidung aus.⁹¹ Dass [J] nicht in die definitive Offerte von [G] Einsicht hat, ist auch unerheblich. [G] würde ihre Offerte [J] in Hinblick einer Stützofferte nicht zustellen, wenn ihr Betrag grosse Änderung kennen würde. Zudem entspricht der Betrag auf dem Offertdeckblatt vom [Datum X + 2 Tage], welches [J] zugestellt worden ist, dem effektiv offerierten Preis von [G]. Dass es andere Anbieter bei dieser Sub-

mission gab, welche nicht in die Absprache involviert waren, spricht gegen die Beseitigung des Wettbewerbs. Allerdings liegt mindestens eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, da ein Anbieter, welcher vom Bauherrn zur Offertstellung eingeladen war, nur eine Scheinofferte eingereicht hat. Der Bauherr hätte nicht [J] zur Offerte eingeladen, wenn er dieses Unternehmen nicht als valabler Anbieter für dieses Projekt erachtet hätte.

E. Ergebnis

562. Somit ist der Beweis erbracht, dass es zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [G] (Schutz) und [J] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 64: wird nicht weiter verfolgt

Fall 65: [...] ⁹²

A. Ausschreibung

563. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang [...] aus.

⁹¹ Siehe auch RPW 2009/3, 205 Rz 56 *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁹² Das Datum war gemäss [...] den [...].

Ausschreibungsbeteiligte Fall 65:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Teilauftrag im Jahr [...] Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Erhaltene Offerten von [L] bei [K]. Keine Stellungnahme von [L], indirekt eingestanden.
[K]	(siehe Fälle 65.1 bis 65.4)	Stützofferte eingestanden.
[T]	Offen	

564. Gemäss [K] geht es um die nachfolgend vier verschiedenen Offerten:

Ausschreibungsbeteiligte Fall 65.1 [...]

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Zuschlagsempfänger gemäss Fragebogen [K] unbekannt, möglicherweise [L], da tiefere Offerte als [K].
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 65.2 [...]

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Zuschlagsempfänger gemäss Fragebogen [K] unbekannt, möglicherweise [L], da tiefere Offerte als [K].
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 65.3 [...]

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	offen	Zuschlagsempfänger gemäss Fragebogen [K] unbekannt, möglicherweise [L], da tiefere Offerte als [K].
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 65.4 [...]

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Zuschlagsempfänger gemäss [K] unbekannt, möglicherweise [L], da tiefere Offerte als [K].
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

565. Laut Bonusmeldung wurde [K] von [...] angefragt, ob für [K] eine Offertstellung für diese Arbeiten möglich sei. Sie übergab [K] die Devisierung eines Konkurrenten

mit abgedeckten Preisen. Für [K] war aufgrund dieser Devisierung klar, dass sie von [L] stammen muss. Die Arbeiten hätten gemäss [...] im [...] ausgeführt werden sollen. [K] verfügte aber in diesem Zeitraum nicht über ausreichende Kapazitäten und hatte daher kein Interes-

se an der Ausführung. Sie kontaktierte [L], um zu verifizieren, dass die von [...] erhaltene Devisierung tatsächlich von [L] stammt. [L] bejahte dies und faxte anschließend ihre Offerte an [K]. [K] offerierte höher.

566. Diese Bonusmeldung legt ein typisches Coverpricing nahe. [K] hat von [L] deren Offerte erhalten und von dort die Kalkulation übernommen. Der Bonusmeldung liegt eine Kopie dieser Offerte bei mit den bei [K] handschriftlich eingesetzten höheren Preisen. [K] hat somit [Öffentlicher Auftraggeber] über eine wesentliche Tatsache nicht informiert, nämlich über das eigene Desinteresse an diesem Auftrag. Dieses Muster – Eingabe trotz fehlendem Interesse und Beizug einer Konkurrenzofferte zwecks Erhöhung einzelner „Kostenstellen“ – ist typisch für das Coverpricing. Die abgekupferte und modifizierte Kalkulation wird dann als Stützofferte eingegeben.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

567. Keine der an diesem Projekt beteiligten Parteien hat dazu Stellung genommen. Somit hat [L] ihre Beteili-

gung an der Absprache beim vorliegenden Projekt nicht abgestritten.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

568. Aufgrund der Formulierung der Zusammenfassung in ihrer Stellungnahme zum Antrag (vgl. Ausführungen zu Fall 20) kann man davon ausgehen, dass [L] die Schutznahme indirekt eingestanden hat. [K] hat die Stützofferten zugunsten [L] eingestanden.

E. Ergebnis

569. Somit ist der Beweis erbracht, dass es im Fall 65 zu einer Vereinbarung betreffend die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und [K] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 66: [...]

A. Ausschreibung

570. [...] schrieb Tiefbauarbeiten [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 66:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Handnotizen [G] mit Eingabesummen der Konkurrenten. Schutznahme eingestanden.
[A]	Keine Eingabe	Wird durch [G] der Bid-suppression bezichtigt. Keine Stellungnahme.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[J]	[...]	Wird durch [G] der Eingabe einer Stützofferte bezichtigt. Handnotizen [G] mit Eingabesummen der Konkurrenten. Stützofferte bestritten.
[P]	[...]	Wird durch [G] der Eingabe einer Stützofferte bezichtigt. Handnotizen [G] mit Eingabesummen der Konkurrenten.

Protokolleröffnung vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

571. Aus [den sichergestellten Dokumenten] ergibt sich, dass [D] eine Stützofferte zugunsten [L] eingereicht hat.

b) [G]

572. Laut Bonusmeldung [G] fand am [Datum X] bei [A] eine Besprechung statt. Anwesend waren [A], [J], [L], [D] und [G]. Nicht dabei war [P]. Am [Datum X + 14 Tage] fand auf Einladung von [J] eine zweite Besprechung bei [J] mit den gleichen Teilnehmern statt. Man einigte sich

darauf, dass die Arbeiten von [L] ausgeführt werden sollten. [G] geht davon aus, dass [L] ebenfalls mit [P] gesprochen hat. Der Bonusmeldung von [G] liegen das Offertöffnungsprotokoll und handschriftliche Notizen (mit Eingabesummen von [J] [...], [P] [...], [L] [100]) bei, die offenbar anlässlich einer der beiden Besprechungen gemacht worden sind. Die tatsächlich eingereichten Eingabesummen entsprechen wie üblich überschlagsmäßig den von den Abspracheteilnehmern vorgesehenen Offertsummen.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [J]

573. In ihrer Stellungnahme macht [J] geltend, dass die Zahlen der Eingabesummen ohne weiteres zu einem späteren Zeitpunkt (d.h. nach Offerteinreichung bzw. nach Offertöffnung) hätten ergänzt werden sein können. Aus den Handnotizen von [G] gehe aber nicht hervor, wann genau die handschriftlichen Notizen hinzugefügt worden seien.

b) [P]

574. [P] bestreitet eine Teilnahme an den oben genannten Besprechungen. Sie sei sich keiner Wettbewerbsabrede bewusst.

c) [G]

575. Während der Anhörung am [...] Oktober 2011 hat [[G] AG], der Verfasser der Handnotizen, diese noch ausführlicher erklärt. Er hat bestätigt, dass zwei Besprechungen zur Koordinierung der Offerten vor der Eingabefrist stattgefunden haben (bei [A] und [J]) und dass die Handnotizen anlässlich dieser Besprechungen erstellt worden seien. Er hat auch dargestellt, wie er die erhaltenen Preisinformationen anhand einiger Beispiele von Kostenstellen in seiner eigenen Offerte eingesetzt hat.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 67:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Wird durch [A] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme indirekt eingestanden.
[A]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte eingestanden.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden. Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte.
[J]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[Q]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Protokolleröffnung vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

579. Fall 67 ist Teil einer Absprache, welche die Fälle 25, 26, 27 und 67 betrifft. Wie die Absprache organisiert worden war, wurde bereits im Fall 25 dargelegt.

a) [D]

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

576. Ausser [P] und [J] haben alle drei weiteren Teilnehmer an dieser Submission die Teilnahme an der Absprache eingestanden. [A] hat nicht dazu Stellung genommen. Aus den Handnotizen und den zusätzlichen Erklärungen während der Anhörung geht hervor, dass [G] die Eingabesummen von [J] und [P] vor der Eingabefrist wusste und dies in ihren Handnotizen festgehalten hat. Somit waren alle Submittenten in der Absprache involviert.

E. Ergebnis

577. Somit ist der Beweis erbracht, dass es zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und [D], [G], [A] (Bid-suppression), [P] und [J] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 67: [...]

A. Ausschreibung

578. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang [...] aus.

580. In [den sichergestellten Dokumenten] ist dieser Fall zugunsten [L] [erwähnt].

b) [G]

581. [G] reichte mit ihrer Bonusmeldung vom [...] zwei provisorische Deckblätter vom [...] zum Projekt [...] ein [...]), auf welchen die Summen der provisorischen Offer-

te von [G] sowie handschriftlich die Eingabesummen gewisser Konkurrenten zu finden sind. Zu [...] sind die Summen von [L] (CHF [...]) und [A] (CHF [...]) notiert. Zu [...] ist die Summe von [A] (CHF [...]) [mit [...]] also eine Gesamtsumme von CHF [...] notiert.

c) [A]

582. In ihrer Bonusmeldung vom [...] bestätigt [A] die von [G] gelieferte Darstellung zu Fall 67. [A] erwähnt allerdings nicht, dass der Fall 67 zusammen mit den Fällen 25, 26 und 27 abgesprochen wurde.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [L]

583. [L] gesteht indirekt die Organisation eines Schutzes beim Projekt 67 ein (vgl. Ausführungen zu Fall 20).

b) [J]

584. In ihrer Stellungnahme streitet [J] der Einreichung einer Stützofferte ab. Die Eingabesumme von [J] tauche nicht in den Handnotizen von [G] auf. Selbst wenn die Eingabesumme von [J] notiert worden wäre, taugte dies in keiner Weise als Beweis. Die Notizen könnten von [G] ohne weiteres auch nachträglich ergänzt worden sein.

c) [Q]

585. [Q] hat nicht dazu Stellung genommen bzw. den Sachverhalt nicht bestritten.

d) [A]

586. In ihrer Stellungnahme fügt [A] hinzu, dass sie nicht (mehr) beurteilen könne, ob ein Zusammenhang zwischen den Fällen 25, 26, 27 und 67 bestehe (Rz 43).

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

587. Vier von sechs Unternehmen gestehen ihre Teilnahme an der Absprache ein. Die zwei weiteren Unternehmen ([Q] und [J]) werden sowohl von [G] als auch von [A] glaubwürdig der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. [Q] hat auf eine Stellungnahme verzichtet und [J] hat die Beteiligung nur pauschal bestritten. Somit waren alle sechs Submittenten in der Absprache involviert.

E. Ergebnis

588. Somit ist der Beweis erbracht, dass es zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und jeweils [D], [G], [A], [Q] und [J] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 68: [...]

A. Ausschreibung

589. [...] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 68:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Wird durch [D] eventuell der Schutznahme bezichtigt.
[D]	[...]	Möglicherweise Stützofferte.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[J]	[...]	
Weitere, nicht mehr bekannte Unternehmen	offen	Sind laut Bonusmeldung [G] nicht mehr bekannt.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

590. In [den sichergestellten Dokumenten] ist dieser Fall nicht eingetragen, [...]. In ihrer Antwort zum Fragebogen erwähnt [D] die Möglichkeit eines Schutzes, eventuell an [L].

b) [G]

Diese Bonusmeldung legt nur das Verhältnis zwischen [L] und [G] offen, weil die anderen Unternehmen [G] nicht mehr bekannt sind.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [L]

591. Dieser Fall wurde in der Tabelle 7 des Antrags des Sekretariates vergessen. [L] hat betreffend dieses Falles nicht Stellung nehmen können.

b) [J]

592. In ihrer Stellungnahme streitet [J] der Einreichung einer Stützofferte ab. Aus der Bonusmeldung von [G] geht nur hervor, dass [L] [G] um einen Schutz gebeten hat. Die Teilnahme von [J] an der Absprache sei gar nicht erwähnt.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

593. [J] wurde von [G] nicht bezichtigt.

E. Ergebnis

594. Im Fall 68 konnte keine Submissionsabrede nachgewiesen werden.

Fall 69: [...]**Ausschreibungsbeteiligte Fall 69:**

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[G]	100	In [den sichergestellten Dokumenten] [erwähnt]. Schutznahme eingestanden.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[I]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte bestritten.
[J]	keine Eingabe	Wird durch [D] der Schutznahme mit [G] als ARGE bezichtigt. Wird durch [G] der gemeinsamen Bildung einer unechten ARGE und der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[L]	[...]	Wird durch [G] der Eingabe einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte bestritten.
[Q]	[...]	
Weitere Unternehmen	offen	Sind laut Bonusmeldung [G] nicht mehr bekannt.

A. Ausschreibung

595. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang [...] aus.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

596. In [den sichergestellten Dokumenten] ist dieser Fall (ARGE [G]/[J]) mit einer Stützsumme von >100 [erwähnt].

b) [G]

597. Diese Bonusmeldung legt einerseits das Verhältnis zwischen [G] und [J] (ARGE) offen und andererseits das Verhältnis von [G] und [J] zu den anderen Mitbewerbern. Laut Bonusmeldung [G] ersuchte [G] die Mitbewerber [L], [D], [I], [J] und weitere nicht mehr bekannte Teilnehmer um Einreichung von Stützofferten und bildete mit [J] zusammen eine unechte ARGE. [J] führte aber keine Arbeiten aus. Gemäss eigenen Angaben hat [J] keine Offerte eingereicht. Sämtliche Mitbewerber werden somit der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [L]

In ihrer Stellungnahme streitet [L] der Einreichung einer Stützofferte im Fall 69 zugunsten [G] ab. Ein entsprechendes Telefonat von [G] wird ebenfalls bestritten. Sämtliche Anschuldigungen liessen sich nicht belegen und basierten einzig und alleine auf dem subjektiven Erinnerungsvermögen von [G].

b) [I]

In ihrer Stellungnahme führt [I] aus, dass sie in internen Nachforschungen keine Anhaltspunkte hätten ausfindig machen können, welche auf eine Abredebeteiligung in

diesem Fall schliessen lassen würden und streitet die Sachverhaltsdarstellung durch [G] ab.

c) [J]

598. In ihrer Stellungnahme bestreitet [J], dass sie an einer Absprache im Fall 69 involviert gewesen sei. Die blosser Aussage zweier Selbstanzeiger, die gezwungenermassen sich selbst entlasten und andere belasten, stelle keinen Beweis für eine Beteiligung [J]s an einer Submissionsabsprache betreffend das Projekt 69 dar.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

599. Fall 69 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten der ARGE [G]/[J] [erwähnt]. Daraus ergibt sich, dass es in diesem Fall zwischen [G]/[J] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Die Sachverhaltsdarstellung der Bonusmeldung [G] deckt sich mit [den sichergestellten Dokumenten]. [...] Daher ist die Beteiligung von [J] an der Absprache ohne Zweifel belegt. Da [J] keine Arbeiten ausgeführt hat, wird sie nicht der gemeinsamen Schutznahme mit [G] belastet. Ihrer Teilnahme an der Absprache wird als „Bid-suppression“ Rechnung getragen. Auch die Beteiligung vom [L] und [I] ist von [G] glaubwürdig dargelegt. [G] gibt zu, zu ihren Gunsten einen Schutz organisiert zu haben. Die Aussage von [G], auch mit [L] und [I] die Einreichung einer Stützofferte vereinbart zu haben, ist im Übrigen nachvollziehbar, da die Organisation eines Schutzes in der Regel nicht zielführend ist, wenn sie nur mit einem anderen Submittenten

zustande kommt. Daher ist es erstellt, dass auch [L] und [I] an der Absprache teilgenommen haben.

E. Ergebnis

600. Somit ist der Beweis erbracht, dass es zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [G]/[J] (Schutz) und jeweils [D], [L], [I] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 70:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Telefonnotiz [G] mit [A]. Schutznahme indirekt eingestanden.
[A]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. In der Bonusmeldung von [G] wird [A] der Organisation einer Schutznahme für [L] bezichtigt.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[J]	[...]	
[Q]	keine Eingabe	

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

602. Die Bonusmeldung [G] legt das Verhältnis zwischen [G] und [A] offen und dass [G] zweimal eine Stützofferte eingereicht hat. Der Bonusmeldung liegen hierzu Dokumente bei mit handschriftlichen Einträgen und eine Telefonnotiz, offenbar vom Gespräch mit [A].

603. Laut Bonusmeldung [G] erhielt [G] von [A] einen Anruf, [G] solle für dieses Objekt in der ersten Runde für ca. [100 + x].- CHF offerieren. Bei allfälligen Abgeboten (2. Runde) solle dann geschaut werden. [G] offerierte entsprechend. Beim Abgebot gewährte [G] noch 5 % Rabatt. Ob vor dem Abgebot nochmals ein Telefonat zwischen [A] und [G] stattfand, kann bei [G] nicht mehr eruiert werden. [G] geht davon aus, dass [A] auch mit den anderen interessierten Unternehmen gesprochen hat.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [L]

604. [L] gesteht indirekt, dass sie beim Fall 70 geschützt worden ist (vgl. Ausführungen zu Fall 38).

b) [A]

605. In ihrer Stellungnahme macht [A] geltend, dass sie diese Behauptungen von [G] trotz umfassenden internen Untersuchungen nicht bestätigen könne. Wenn die Wettbewerbsbehörde diesen Fall als erwiesen erachte, verletze es die Regeln der Unschuldsvermutung und die daraus fließenden Anforderungen an das Beweismass.

Fall 70: [...]

A. Ausschreibung

601. [...], schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist [...] aus. Anschliessend führte dieser Bauherr Verhandlungen mit denjenigen Bewerbern, die ein ausreichend günstiges Angebot eingereicht hatten.

Es sei denn auch nicht klar, wo die Unterschiede zum Fall 74 bestehen sollen, in welchem das Sekretariat den Sachverhalt als nicht gegeben erachtet. Fall 70 sei somit nicht erwiesen und dürfe [A] nicht als erschwerender Umstand angerechnet werden.

c) [J]

606. In ihrer Stellungnahme macht [J] geltend, dass der Vorwurf der Wettbewerbsbehörde nur auf der Aussage von [G] beruhe. In den Dokumenten in der Beilage der Bonusmeldung werde [J] gar nicht erwähnt.

d) [G]

607. Während der Anhörung vom [...] Oktober 2011 bestätigte Herr [[G] AG] die Bonusmeldung. Die Absprache sei in der Telefonnotiz vom [Datum X] festgehalten: „[110 + x] inkl. MwSt., beim Abgebot wird geschaut gemäss Absprache mit [A] AG“. [G] bestätigt, dass es sich um Herrn [[A] AG] von der Firma [A] handelt.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

608. Entgegen der Stellungnahme von [A] ist die Sachverhaltsdarstellung von [G] nicht eine reine Behauptung. Die Aussage beruht auf einer Telefonnotiz, welche am [Datum X] erstellt worden ist, d.h. am Tag der Eingabefrist. Aufgrund dieser Telefonnotiz ist die Teilnahme an der Absprache vom [A] erwiesen. [G] hat die Einreichung einer Stützofferte zugunsten [L] eingestanden. [L] hat indirekt die Schutznahme eingestanden (siehe auch Ausführungen zu Fall 38).

E. Ergebnis

609. Somit ist der Beweis erbracht, dass es zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und jeweils [A] und [G] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 71: [...]

A. Ausschreibung

610. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 71:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[D]	100	Objekt in [den sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme eingestanden.
[A]	[...]	Wird durch [D] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[H]	[...]	Wird durch [D] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[I]	[...]	Wird durch [D] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[J]	[...]	Wird durch [D] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[K]	[...]	Wird durch [D] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[L]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [D] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[Q]	[...]	Wird durch [D] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Protokolleröffnung vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

611. Der Fall ist in [den sichergestellten Dokumenten erwähnt], obschon der Zuschlag an [D] ging. [D] hat auch die Schutznahme bestätigt.

b) [G]

612. Laut Bonusmeldung wurde [G] von [D] um Schutz für diese Arbeiten ersucht. [G] sagt in ihrer Bonusmeldung aus: „Die anderen Anbieter würden – gemäss [D] – ebenfalls zurückstehen.“ Namentlich kann sich [G] aber nur an [L] als anderen Anbieter erinnern. Die Auswertung der Fragebögen hat ergeben, dass [Q], [H], [A], [I] und [J] als weitere Anbieter eine Offerte für dieses Projekt eingereicht haben.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [D]

613. In ihrer Stellungnahme bestätigt [D] (also die Schutznehmerin), dass alle auf der Protokolleröffnung [...] aufgeführten Unternehmen in der Absprache involviert waren.

b) [L]

614. [L] streitet die Einreichung einer Stützofferte zugunsten [D] ab. Die Aussage von [G] würde im Wesentlichen auf vom Hörensagen erworbenem Wissen, Mutmassungen und auf Aussagen Dritter basieren. Diese Aussage sei unglaubwürdig und frei erfunden. Die Anschuldigungen von [G] hätten das Ziel [L] zu schädigen.

c) [G]

615. Bei Rückfrage der Wettbewerbsbehörde bestätigt der zuständige Mitarbeiter bei [G], Herr [[G] AG], dass [L] bei diesem Projekt eine Stützofferte eingereicht hat. In diesem Projekt sollte [...]. Deshalb habe sich [G] stark um diesen Auftrag bemüht. [L] hatte jedoch ebenfalls grosses Interesse an diesem Auftrag und sei der härteste Konkurrent gewesen. Zudem sei [L] das letzte Unternehmen gewesen, mit dem Herr [[G] AG] hinsichtlich dieses Objekts Gespräche geführt hatte. Deshalb kann sich Herr [[G] AG] noch gut an den Kontakt mit [L] erinnern.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

616. [D] hat die Schutznahme eingestanden. [G] hat die Stützofferte eingestanden. [G] hat in ihrer Bonusmeldung ausgeführt, dass [D] ihr gesagt hätte, dass alle anderen Unternehmen zurückstehen würden. Namentlich konnte sich [G] aber nur an [L] erinnern. [D] hat die

Bonusmeldung [G] in ihrer Stellungnahme vollständig bestätigt. Der vorliegende Fall bestätigt, dass es sehr wohl möglich ist, dass sich ein Bonusmelder selbst [...] Jahre nach der Vergabe noch an viele Details einer Submission erinnern kann, da jedes Projekt spezifische Merkmale aufweist (siehe auch Ausführungen unter Rz 99). Selbst mehr als [...] Jahre nach der Vergabe konnte sich der zuständige Mitarbeiter noch daran erinnern, dass [L] als härtester Konkurrent dabei war. Somit waren alle acht weiteren Submittenten in die Absprache involviert.

E. Ergebnis

Ausschreibungsbeteiligte Fall 72:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Objekt in [den sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme indirekt eingestanden.
[A]		Bestätigt Gespräche zwischen Wettbewerbern, weiss aber nicht mehr zwischen wem genau.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[H]	[...]	
[J]	[...]	
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[Q]	[...]	

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

619. Fall 72 ist in [den sichergestellten Dokumenten] mit einer Stützofferte zugunsten [L] [erwähnt].

b) [K]

620. Laut Bonusmeldung [K] kontaktierte [L] sie, da [L] diese Arbeiten unbedingt wollte. [L] bot [K] an, dafür beim Objekt [...] (Fall 7), zurück zu stehen. [K] ist nicht bekannt, ob [L] auch noch mit anderen Mitbewerbern gesprochen hat.

c) [A]

621. Gemäss internen Abklärungen vom [A] scheinen im Zusammenhang mit der Submission [...] Gespräche zwischen Wettbewerbern stattgefunden zu haben. Es ist für [A] jedoch nicht mehr nachvollziehbar, welche Unternehmen daran beteiligt waren und in welcher Form die Gespräche stattfanden. [A] gab als Eingabesumme CHF [43] an und sagte aus, dass das Projekt nach ihrer Kenntnis nicht realisiert wurde. Da [L] zum selben Projekt jedoch angab, den Zuschlag erhalten zu haben, ist davon auszugehen, dass sich [A] geirrt hat. Möglicherweise bezieht sich ihre Eingabesumme auf ein anderes Projekt oder nur auf einen Teil des Projekts des Falls 72.

617. Somit ist der Beweis erbracht, dass es zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [D] (Schutz) und jeweils [L], [H], [A], [Q], [K], [J], [G], [I] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 72: [...]

A. Ausschreibung

618. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] aus.

Die von ihr genannte Eingabesumme wurde deshalb nicht in die Tabelle aufgenommen.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

622. Die beteiligten Unternehmen haben keine weiteren Eingaben zu diesem Fall gemacht bzw. haben die Sachverhaltsdarstellung nicht bestritten.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

623. Fall 72 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [L] [erwähnt]. Daraus ergibt sich, dass es in diesem Fall zwischen [L] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. [K] gesteht die Einreichung einer Stützofferte zugunsten [L] ein. [L] gesteht ebenfalls indirekt ihre Schutznahme (vgl. Ausführungen zu Fall 20).

E. Ergebnis

624. Somit ist der Beweis erbracht, dass es zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und jeweils [D] und [K] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 73: [...]**A. Ausschreibung**

625. [...], schrieb Tiefbauarbeiten ([...] im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist im [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 73:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[I]	keine Eingabe	Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. [I] hat gemäss eigenen Angaben nicht offeriert.
[G]	100	Stützofferte eingestanden.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

626. Laut Bonusmeldung [G] kontaktierte [I] sie und wünschte, dass [G] zu einem bestimmten, über jenem von [I] liegenden Betrag offeriere. [G] kam diesem Wunsch nach und offerierte für CHF [100].

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

627. In ihrer Stellungnahme führt [I] aus, dass die Tiefbauarbeiten des Falles 73 nie Gegenstand einer ernsthaften öffentlichen Ausschreibung waren. [...] von [Q] erworben und im damaligen Kaufvertrag hätte sich [Q] unter anderem zur Beseitigung der Altlasten auf eigene Kosten verpflichtet. Mündlich sei vereinbart worden, dass [I] auch die im Fall 73 ausgeschriebenen Arbeiten verrichten werde. [...] und [I] hätten von Anfang an vereinbart, dass [I] mit den entsprechenden [...] beauftragt wird. Entsprechend war eine Schutznahme nicht erforderlich. Nach der Ausschreibung sei es überdies zu Abgebotstrunden gekommen.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

628. Betreffend die Stellungnahme von [I] sei auf die Ausführungen zu Fall 6 und 24 verwiesen. Selbst wenn ein Auftrag einem Unternehmen zugesichert wurde, ist es unter der Bedingung von konkurrenzfähigen Preisen. Dies wurde auch bestätigt durch den Hinweis von [I], wonach es im vorliegenden Projekt zu Abgebotstrunden gekommen sei. Selbst wenn keine Absprache bei den Abgebotstrunden stattgefunden hätte, war auch jeden Fall die Ausgangsbasis für die Preisnachverhandlungen abgesprochen, was eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs darstellt.

E. Ergebnis

629. Somit ist der Beweis erbracht, dass es zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [I] (Schutz) und [G] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 74: [...]**A. Ausschreibung**

630. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 74:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Agendaeintrag Absprachesitzung. Schutznahme eingestanden.
[A]	keine Eingabe	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Hat nach eigenen Angaben nicht offeriert. Agendaeintrag Absprachesitzung.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[H]	keine Eingabe	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Hat nach eigenen Angaben nicht offeriert. Agendaeintrag Absprachesitzung.

[J]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Agendaeintrag Absprachesitzung.
[Q]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Agendaeintrag Absprachesitzung.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

631. Der Fall ist in [den sichergestellten Dokumenten erwähnt] und nennt [L] als geschütztes Unternehmen.

b) [G]

632. Laut Bonusmeldung [G] kam es am [...] um 13:15 Uhr bei [J] auf deren Einladung hin zu einer Submissionsbesprechung der möglichen Anbieter. Verschiedene Objekte wurden besprochen, u.a. auch Fall 18 (vgl. oben, [...]). [G] nennt als Teilnehmer an der Sitzung [D], [L], [J], [Q], [H] und [A].

633. Es wurde vereinbart, dass [L] den Zuschlag für das Objekt gemäss Fall 74 erhalten sollte und die anderen Anbieter höher rechnen sollten. [L] wünschte von [G] einen Preis von CHF [...], worauf [G] für CHF [...] offerierte.

634. [G] hat ihrer Bonusmeldung zudem eine Kopie des folgenden Agendaeintrags vom [...] beigelegt: „13.15 [...] (...) [J]; [A] & [I]; [H] [D]“.

c) [L]

635. [L] hat die Schutznahme in ihrer Antwort vom 9. Dezember 2010 eingestanden.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [Q]

636. [Q] macht geltend, dass die Behauptung von [G], dass [Q] an der Sitzung vom [...] bei [J] teilgenommen hat, nicht belegt sei.

b) [J]

637. [J] macht geltend, dass die Aussage von [G] und die Kopie des Agendaeintrags über ein vermeintliches Treffen bei [J] Aussagen ein und derselben Selbstanzeige

gerin [G] seien. Diese beschuldige offensichtlich [J] systematisch.

c) [G]

638. Während der Anhörung vom [...] Oktober 2011 hat [G] die Bonusmeldung im Wesentlichen wiederholt. Bei der Sitzung vom [...] bei [J] sei neben dem Projekt 18 [...] auch das Projekt 74 besprochen worden. [G] ist sicher, dass die Absprachesitzung bei [J] stattgefunden hat und dass dieses Unternehmen anwesend war.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

639. Beim Fall 74 haben sowohl die Schutznehmerin [L] als auch zwei weitere Konkurrenten [D] und [G] ihre Teilnahme an der Absprache eingestanden. Aufgrund eines Agendaeintrags mit den Namen der erwarteten Teilnehmer bezichtigt [G] [J], [Q], [H] und [A] an der Sitzung bei [J] und an der Absprache beim Fall 74 teilgenommen zu haben. Die Erklärung zu dem Agendaeintrag waren präzise und beide Schutznehmerinnen ([A] im Fall 18 und [L] im Fall 74) haben den Schutz eingestanden. Somit ist rechtsgenügend nachgewiesen, dass alle Unternehmen an der Absprache teilgenommen haben.

E. Ergebnis

640. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 74 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und jeweils [G], [J], [D], [Q], [H] und [A] (Stützofferten) kam. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 75: [...]

A. Ausschreibung

641. [...] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit der [...] mit Eingabefrist [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 75:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[I]	100	Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt.
[A]	[...]	
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[J]	[...]	

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

642. Laut Bonusmeldung [G] erfolgte im [...] ein Anruf von [I] an [G]. [I] wollte in Erfahrung bringen, wie gross

das Interesse von [G] an diesen Arbeiten sei. [G] hatte zu diesem Zeitpunkt ihre Offerte bereits eingereicht.

643. Als der Bauherr Nachverhandlungen verlangte (Abgebote), telefonierte [G] mit [I]. Diese sagte, sie habe für [93] offeriert. Die Offerte von [G] war deutlich höher gewesen und [G] sagte [I], dass [G] nicht unterbieten werde. [G] reichte in den Nachverhandlungen am [...] ein Abgebot von CHF [>100].- ein.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [I]

644. [I] gibt in ihrer Antwort vom [...] zum Fragebogen an, für CHF [100] offeriert zu haben.

645. [I] verweist auf die Ausführungen zu Fall 73. Von allfälligen Kontakten zwischen [G] und [I] im Zusammenhang mit diesem Fall habe [I] keine Kenntnisse.

b) [G]

646. Anlässlich der Anhörung vom [...] Oktober 2011 hat [G] ihre Bonusmeldung im Wesentlichen wiederholt. Der zuständige Mitarbeiter, [[K] AG], konnte sich genau an

alle Details erinnern, insbesondere auch von welchem Mitarbeiter von [I] er kontaktiert wurde und an die Summe von [I]. Dieses Projekt sei ihm noch so präsent in Erinnerung geblieben, weil er an [...]

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

647. An dieser Stelle sei auf die Ausführungen zu Fall 73 verwiesen.

E. Ergebnis

648. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 75 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [I] (Schutz) und [G] (Stützofferte) kam. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 76: [...]

A. Ausschreibung

649. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit dem [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 76:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt.
[...] (keine Partei)	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.

Offertöffnungsprotokoll vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

650. Fall 76 ist in [den sichergestellten Dokumenten] mit einer Stützofferte zugunsten [L] [erwähnt].

b) [G]

651. Laut Bonusmeldung [G] wurde sie um den [...] von [L] angerufen. [L] fragte an, ob [G] bei diesen Arbeiten höher rechnen würde. [G] erkundigte sich, ob die anderen Beteiligten auch höher rechnen würden. Beim zweiten Anruf teilte [L] mit, sie habe mit den anderen gesprochen und habe deren Zusage. [L] fragte [G], ob diese auf CHF [...].- gehen könnte. [G] reichte eine Offerte vom CHF [...].- ein.

652. [G] bezichtigt [D] und [...] (keine Partei) der Einreichung einer Stützofferte.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

653. [L] bestätigt indirekt in ihrer Stellungnahme, dass sie im Projekt 76 geschützt worden ist. In der Zusammenfassung ihrer Stellungnahme hält [L] fest, dass „in Abweichung zum Vorentwurf in der untersuchten Perio-

de lediglich in 11 Projekte eine Schutznahme vom [L] nicht widerlegt werden könnte“. Lediglich vier Schutznahmen wurden vom [L] bestritten (Fälle [...]).

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

654. Fall 78 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [L] [erwähnt]. Daraus ergibt sich, dass es in diesem Fall zwischen [L] und [D] (Stützofferte) zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. [G] gesteht die Einreichung einer Stützofferte zugunsten [L] ein.

E. Ergebnis

655. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 76 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und jeweils [G] und [D] (Stützofferte) kam. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 77: [...]

A. Ausschreibung

656. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 77:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[A]	100	Wird durch [K] der versuchten Schutznahme bezichtigt. Beteiligung an Gesprächen über die Submission eingestanden.
[J]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [A] der Beteiligung an Gesprächen über die Submission bezichtigt.
[K]	[...]	Zuschlag an [K], trotz höherem Preis. Stützofferte eingestanden.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [K]

657. Laut ihrer Bonusmeldung klärte [K] das Interesse der anderen möglichen Anbieter an diesen Arbeiten vorgängig mündlich ab. Anschliessend gab es ein kurzes Treffen der Interessenten bei [J]. [K] und [A] bekundeten ernsthaftes Interesse am Zuschlag. Nach Diskussionen einigte man sich, dass [A] die Arbeit ausführen soll. [K] und [J] offerierten daher 3% höher als [A]. [Öffentlicher Auftraggeber] vergab die Arbeiten aber trotzdem an [K]. Sie begründete dies mit den „guten Erfahrungen der letzten Jahre“.

b) [A]

658. In der Ergänzung zur Bonusmeldung gibt [A] an, dass bezüglich dieses Projekts Gespräche stattfanden. Beteiligt gewesen seien [A], [J] und [K]. [A] sollte die tiefste Offerte eingeben. Die Gespräche seien allerdings ergebnislos verlaufen. [K] habe schliesslich den Zuschlag erhalten.

659. [A] reichte zudem einen Auszug aus der Interessenten-Liste gemäss SBV-Internet Plattform ein. Daraus geht hervor, dass neben den genannten Unternehmen kein weiteres Interesse an Fall 77 bekundete.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [A]

660. In ihrer Stellungnahme macht [A] geltend, dass sie nicht für den Fall 77 sanktioniert werden kann, da sie den Zuschlag gemäss Absprache nicht erhalten hat.

b) [J]

661. [J] bringt vor, dass der Vorwurf des Sekretariates lediglich auf den Behauptungen der beiden selbstanzehenden Firmen basiere. Dieser Vorwurf sei für sie nicht nachvollziehbar.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

662. Es steht somit fest, dass es im Fall 77 zu einer nicht erfolgreichen Abrede über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Zwei von drei Submittenten haben ihre Teilnahme an der Absprache eingestanden, sodass die Abrede mindestens zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung geführt hat.

E. Ergebnis

663. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 77 zu einer Vereinbarung zwischen [A] (versuchter Schutz), [J] und [K] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede erheblich beeinträchtigt.

Fall 78: [...]

A. Ausschreibung

664. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 78:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[B]	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Wird durch [F] der Schutznahme bezichtigt.
[F]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[M]	keine Eingabe	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
Weitere Mitbe-	offen	Siehe Bonusmeldung [K].

werber nicht mehr bekannt		
---------------------------	--	--

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [K]

665. Laut Bonusmeldung [K] fragte [B] an, ob [K] bei diesen Arbeiten höher rechnen würde. Nach einigen Telefonaten willigte [K] ein.

b) [F]

666. [F] gab an, dass [B] anfragte, ob sie höher rechnen würde. Obwohl [F] Interesse an den Arbeiten hatte, willigte sie nach mehreren telefonischen Diskussionen ein, höher zu offerieren.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [B]

667. [B] bestreitet die Vorwürfe. Es könne im Übrigen nicht von Aussagen zweier Konkurrenten gesprochen werden, wenn man deren wirtschaftliche Verflechtung berücksichtige.

b) [M]

668. [M] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte. [M] habe für dieses Projekt keine Offerte eingegeben, auch nicht um jemanden zu schützen. Sie habe nicht offeriert, weil sie zu diesem Zeitpunkt gar keine Kapazitäten gehabt habe. Die Bezeichnung durch [G] sei zu vage und sage mit keinem Wort, dass und wie [M] an der Abrede beteiligt gewesen sein soll.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

669. [K] und [F] haben ihre Stützofferte eingestanden und bezichtigten [B] damit der Schutznahme. Dass den Aussagen von [K] gefolgt werden kann, hat sich bereits mehrfach gezeigt. [K] ist als Bonusmelderin glaubwürdig. Ihre Ausführungen werden durch [F] bestätigt. Dass diese zur selben Gruppe wie [K] gehört, ändert daran nichts (siehe dazu die Ausführungen in Rz 100). Es liegen Zweifel vor, dass [M] im vorliegenden Fall aufgrund einer Absprache bewusst auf die Einreichung einer Offerte verzichtet hat. Für das Vorliegen einer „Bid-suppression“ müssen qualifizierte Anhaltspunkte vorliegen (vgl. Rz 1130 ff.)

E. Ergebnis

670. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 78 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [B] (Schutz) und [K] sowie [F] (Stützofferte) kam. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt. Eine allfällige Beteiligung von [M] an der Absprache ist nicht bewiesen.

Fall 79: [...]

A. Ausschreibung

671. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 79:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[J]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Fax vom [...] von [J] an [G] mit ihrer Offerte und handschriftlicher Notiz.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[L]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Keine Stellungnahme.

Offertöffnungsprotokoll vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

672. Der Fall ist in [den sichergestellten Dokumenten] mit einer Stützofferte zugunsten [J] in Höhe von CHF [107] [erwähnt].

b) [G]

673. Laut Bonusmeldung [G] fragte [J] an, ob [G] bei diesen Arbeiten 3 % höher rechnen würde und stellt ihre Offerte (Eingabesumme: CHF [>100]) per Fax zu. [G]

geht davon aus, dass [J] auch mit anderen Anbietern gesprochen hat und willigte ein.

674. [G] reichte zudem einen Fax vom [...] von [J] AG/[...] an [G] ein, der die Offerte von [J] und eine handschriftliche Notiz („+ 3 % Prozent [G]“ „[>100]“) enthielt. Dieses Fax wird ebenfalls durch den Empfänger [G] als Beweis für eine Absprache interpretiert.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [J]

675. In ihrer Stellungnahme bestreitet [J] einen Schutz organisiert zu haben. [J] spricht dem [sichergestellten Dokument] für sämtliche Fälle die Beweiskraft ab ([...]). Die Eingaben der Bonusmeldungen seien generell aus strategischen Beweggründen erfolgt.

676. Die Eingabesummen gemäss dem Offertöffnungsprotokoll entsprechen zudem nicht den im Fax vom [...] genannten Zahlen. Dieser Umstand bestätige, dass sich [J] nicht an der Absprache beteiligt habe bzw. das Fax sich nicht auf den Markt auswirkte.

677. Anlässlich der Anhörung vom [...] Oktober 2011 konnte [J] zu diesem Fax keine weiteren Angaben machen.

b) [L]

678. [L] hat dazu nicht Stellung genommen bzw. den Sachverhalt nicht bestritten.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

679. Es ist festzuhalten, dass bei Submissionsabsprachen die entsprechende Eingabesumme in der Regel vor dem Eingabetermin lediglich überschlagsmässig ausgetauscht wird. Oftmals beschränkt sich die Angabe der entsprechenden Summe lediglich auf die ersten drei Ziffern, z.B. 165000. Der Umstand, dass sich die fraglichen Zahlen nicht vollständig entsprechen, spricht nicht dagegen, dass vorliegend eine Absprache getroffen wurde. Im vorliegenden Fall entspricht die Zahl von [G] überschlagsmässig der Zahl im Fax. Somit ist die Offerte von [G] bei den ersten drei Ziffern gleich, wie die im Fax genannte Summe. Gleiches gilt auch für die Offerte von [D]. Sie entspricht bei den ersten drei Ziffern dem Betrag der [sichergestellten Dokumenten]

680. [J] hat im Fragebogen eine völlig identische Zahl wie im Fax angegeben, [...] CHF. Aus welchen Gründen diese dem Offertöffnungsprotokoll nicht entspricht, ist nicht genau eruierbar. Die Differenz könnte beispielsweise durch einen nachträglichen Rabatt hervorgerufen worden sein.

681. Die Bezeichnung von [L] durch [G] ist glaubwürdig, da es besonders bei kleinen Submissionsrunden (3-6 Submittenten) immanent ist, dass alle wichtigen Unternehmen an der Absprache beteiligt sind und sich auch daran halten. [L] hat den Sachverhalt denn auch nicht bestritten.

E. Ergebnis

682. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 79 zu einer Vereinbarung betreffend die Steuerung des Zuschlags zwischen [J] (Schutz) und [L], [G] und [D] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 80: [...]

A. Ausschreibung

683. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist [...] ⁹³ aus.

⁹³ Gemäss [D] war die Eingabe im [...] und der Zuschlag am [...].

Ausschreibungsbeteiligte Fall 80:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
ARGE [D]/[J]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. [D] wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. [D]/[J] werden durch [A] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme durch [D] eingestanden. [J] bestreitet die Schutznahme.
[...] (keine Partei)	Keine Offerte	Wird durch [G] der Beteiligung an der Absprache bezichtigt.
[...] (keine Partei)	keine Offerte	Wird durch [G] der Beteiligung an der Absprache bezichtigt.
[...] Keine Partei	keine Offerte	Wird durch [G] der Beteiligung an der Absprache bezichtigt.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[H]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[I]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. [I] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte.
[K]	Keine Offerte	Wird durch [G] der Beteiligung an der Absprache bezichtigt.
[L] (als ARGE mit [keine ParteA])	[...]	[L] wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. [L] wird durch [A] der Beteiligung an der Absprache bezichtigt. [L] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte.
[Q]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. [Q] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte.
[U] ([A])	Keine Offerte	Wird durch [G] der Beteiligung an der Absprache bezichtigt. Beteiligung an der Absprache eingestanden.

Offertöffnungsprotokoll [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

684. Das Objekt ist in [den sichergestellten Dokumenten] erwähnt]. [D] bestätigt zudem die Schutznahme in ihrer Antwort zum Fragebogen vom 25. August 2010.

685. Bei [D] ist dieser Fall [in den sichergestellten Dokumenten erwähnt], d.h. es ist davon auszugehen, dass der in der Bonusmeldung kurz geschilderte Sachverhalt zutrifft. [D] notiert als Zuschlagsempfänger „ARGE [D] + [J]“ und schreibt beim Wert „2x[...]“ hin. Bei diesem Fall gibt es also ausserordentlich viele Stützofferten, d.h. die Anstrengung [...], möglichst viel Wettbewerb zu erzeugen, schlug dementsprechend fehl.

b) [G]

686. Gemäss [G] bat [D] um Schutz für dieses Objekt. Weitere Mitbewerber (namentlich genannt) werden der

Beteiligung an der Absprache bezichtigt (Stützofferte oder Eingabeverzicht).

c) [A]

687. [A] gibt an, dass bezüglich dieses Projekts Gespräche unter den Wettbewerbern stattfanden. [A], [L] und die ARGE [D]/[J] sowie eventuell weitere Mitbewerber seien beteiligt gewesen. Die ARGE [D]/[J] sollte die tiefste Offerte einreichen.

688. Bookmark: Gemäss Outlook-Eintrag eines Mitarbeiters von [A] war am [...] eine Sitzung bei [J] betreffend [...] geplant, also einen Tag vor Eingabefrist des vorliegenden Projekts.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [J]

689. In ihrer Stellungnahme bestreitet [J], zusammen mit [D] eine Schutznahme organisiert zu haben. [J] könne den von [A] vorgelegten Outlook-Eintrag eines [A]-Mitarbeiters über eine angebliche Sitzung bei [J] bezüglich [...] nicht nachvollziehen. Doch sogar wenn die behauptete Sitzung zwischen [D] und [J] stattgefunden hätte, wäre dies noch kein Beweis für das Vorliegen einer Submissionsabsprache, weil Treffen zwischen ARGE-Partnern normal seien. Zudem stellt [J] grundsätzlich die Glaubwürdigkeit der Bonusmeldungen von [D] und [A] in Frage, da diese Unternehmen die Absicht hätten, [J] in ein schlechtes Licht zu rücken. Den Aussagen von [D] und [A] fehle es grundlegend an Beweiskraft.

b) [D]

690. Anlässlich der Anhörung vom [...] Oktober 2011 sagte Herr [[D] AG] Folgendes aus: Die ARGE mit [J] sei eine hervorragende ARGE gewesen. Es sei ein [...] Auftrag gewesen. [D] hätte den alleine fast nicht bewältigen können und wahrscheinlich [J] auch nicht. Deshalb habe man sich zusammengetan. Diese [...] sei auch genau zwischen [...]. Beide hätten die besten Voraussetzungen gehabt, diesen Auftrag in einer Kampfofferte zu holen. Die ursprüngliche Motivation sei gewesen, dass man sich zusammentue, damit sie das beste Angebot machen könnten. Weiter führte [D] aus: *„Zu dieser Zeit war es so, dass viele Unternehmungen aber volle Auftragsbücher hatten und da haben wir uns die Frage gestellt, vielleicht schaffen wir es sogar, dafür einen Schutz zu kriegen und wir hatten sehr grosse Anstrengungen betrieben und haben dann – unter vielen Zugeständnissen – da einen Schutz erhalten.“*

691. Auf die Rückfrage, ob [J] über den Schutz informiert gewesen sei, sagte [D]: *„Wir haben das zusammen gemacht.“* Jeder habe die Hälfte der anderen Mitbewerber übernommen und habe mit diesen Lösungen gesucht.

692. [[D] AG] bestätigte zudem, dass ein Treffen stattfand und man sich mit den Unternehmen abgesprochen habe. Das Projekt sei allerdings [...] gewesen, und aufgrund der vorgelegten Akten könne er nicht sicher sagen, ob das bei [J] gewesen sei, und ob [A] da war. So genaue Erinnerungen habe er nicht. Aber es sei ein abgesprochener Auftrag gewesen, das sei so.

693. Die Frage, ob auch [L] um eine Stützofferte angefragt worden sei, bejahte [[D] AG] und auf die Rückfrage, ob [J] oder [D] bei [L] angefragt habe, sagte [[D] AG], dass sie es wahrscheinlich zusammen gewesen seien. Weiter führte [[D] AG] aus, dass [L] auch sehr grosses Interesse am Projekt 80 gehabt habe. *„Aber ich weiss, dass wir die ARGE, die [L] da eingegangen ist, die haben wir rausdrängen können. Und er hat uns eine Stützofferte gemacht, hat uns allerdings dann auch im Preis – wie das immer so war – noch deutlich runtergeholt.“*

694. Auf die Frage, ob [I] auch eine Stützofferte eingereicht habe, fragte [D] nach, ob [I] eine Eingabe gemacht habe, und als dies bestätigt wurde, sagte [D], dass [I] eine Stützofferte eingereicht habe.

c) [L]

695. [L] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte beim vorliegenden Projekt. Die Beweislage sei unvollständig und widersprüchlich. Die Bonusmeldung von [A] beschreibe eine [...] mit Eingabefrist vom [...], also rund zwei Jahre später als das Projekt 80. Zudem weist [L] darauf hin, dass sie ursprünglich beabsichtigt habe mit [J] eine ARGE zu bilden. Da mit [J] keine Einigung erzielt werden konnte, bildete [L] in der Folge mit [keine ParteA] eine ARGE. Es gebe keine objektiven Gründe dafür, dass [L] mit [keine ParteA] eine ARGE gebildet habe, wenn von vornherein klar war, dass man lediglich eine Stützofferte einreichen wollte.

d) [I] und [Q]

696. [I] und [Q] haben gemäss ihrer Stellungnahme keine Anhaltspunkte für eine Beteiligung in diesem Fall ausfindig machen können. Sie bringen vor, dass die Aussagen von [G] unglaubwürdig seien. [G] lege keine entsprechenden Belege vor. Aus [den sichergestellten Dokumenten] liesse sich ebenfalls keine Absprachebeteiligung von [I] und [Q] ableiten.

697. An der Anhörung vom [...] Oktober 2011 wendete der Rechtsvertreter von [I] gegen die Aussagen von [D] ein, dass der Umstand, dass [I] eine höhere Offerte als die ARGE [D]/[J] eingereicht habe, nicht bedeuten müsse, dass [I] auch an der Absprache beteiligt gewesen sei. [D] schliesse aus der Eingabe auf die Stützofferte. Zudem stellte er die Frage, ob [D] genaue Erinnerungen habe.

698. Herr [[D] AG] entgegnete darauf, dass sie die Firma [I] hätten ins Boot kriegen müssen, *„weil das war so ein wichtiger Mitbewerber, den musste man auch haben, weil sonst hätte man nicht alle unter Kontrolle gehabt. Das war ein ganz grosser Player.“* Und auf die Frage nach genauen Erinnerungen an die Beteiligung von [I] sagte Herr [[D] AG]: *„Ich kann mich nicht genau an den Inhalt des Gesprächs erinnern und was und wann.“*

699. Ebenfalls während der Anhörung vom [...] Oktober 2011 fügte der CEO von [I] ([...]) noch an, dass Fall 80 ein strategisches Projekt gewesen sei. Er selbst habe bei diesem Projekt mitgearbeitet, weshalb es ihn erstaune, dass jetzt hier eine Absprache stattgefunden haben soll. Neben ihm sei [...] und wahrscheinlich [...] involviert gewesen. Für ihn sei der Preis von [I] jedenfalls ein Kampfpriest gewesen.

700. In ihrer Stellungnahme vom [...] nahm [I] ein weiteres Mal Stellung zu Fall 80. Die ARGE [D]/[J] habe ein Globalangebot abgegeben. Wären sich die Unternehmen sicher gewesen, hätten sie niemals ein Globalangebot abgegeben. Zudem sei Herr [...] selbst bei der Kalkulation der Offerte beteiligt gewesen, *„von daher kann eine wirksame Abrede sowieso ausgeschlossen werden“*. Beweise für die angesichts für die Bedeutung des Projekts unrealistische Abgabe einer Stützofferte durch [I] bestünden einmal mehr keine.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

701. Fall 80 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [J]/[D] [erwähnt]. [D] lieferte an der Anhörung weitere Hintergrundinformationen zum Fall 80. Er erklärte, wie es zur Bildung der ARGE mit [J] und zum

Entscheid für die Organisation des Schutzes kam. Die Schilderungen von [D] erweckten den Eindruck, dass sie seiner spontanen Erinnerung entsprangen, sie sind konsistent und die Detailldichte passt zu einem mittlerweile [...] Jahre zurückliegenden wichtigen Projekt für [D]. Die Schilderungen von [D] sind glaubwürdig.

702. Die Aussagen von [D] werden durch [A] bestätigt. [A] sagte in ihrer Stellungnahme aus, dass der Sachverhalt, wie er vom Sekretariat dargestellt worden sei, sich so zugetragen habe.

703. Dass es im Fall 80 zu einem Schutz kam, ergibt sich schliesslich auch aus der Bonusmeldung von [G].

704. Diese Beweislage kann durch die reflexhafte Bestreitung durch [J] nicht in Frage gestellt werden. [J] bringt letztlich einzig vor, die Bonusmelder seien unglaubwürdig. Das Gegenteil ist der Fall. [D] stellte ihre Rolle in der Organisation des Schutzes von Fall 80 glaubwürdig dar. Die Aussage von [J], dass sie nicht an Absprache beteiligt war, wird somit durch [D], also durch den ARGE-Partner, klar widerlegt. [J] war vollständig an der Absprache beteiligt und hat die Hälfte der Mitbewerber kontaktiert und versucht, eine entsprechende Lösung zu finden. Zudem hat [A] den Sachverhalt bestätigt. Was es mit der Sitzung gemäss Outlook-Eintrag - den [J] auch bestreitet - auf sich hat, kann unter diesen Umständen ohne Einfluss auf das Beweisergebnis offen bleiben.

705. Die Aussage von [L], dass sie nicht an der Absprache beteiligt war, wurde durch [D] widerlegt. [D] konnte sich daran erinnern, dass [L] an Projekt 80 auch interessiert gewesen war. [L] führt gegen ihre Beteiligung in erster Linie ins Feld, dass die Aussagen von [A] den Hinweisen von [G] in der Bonusmeldung widersprechen würden. Hierzu ist zu sagen, dass die Aussagen von [A] in ihrer Bonusmeldung in der Tat unter dem Titel eines anderen Datums aufgeführt sind. [A] hat aber bestätigt, dass sich Fall 80 wie vom Sekretariat dargestellt zugezogen hat. Damit kann dahingestellt bleiben, ob die Aussagen von [A] in der Bonusmeldung das falsche Datum tragen oder ob sie ein anderes Projekt in derselben Gemeinde betreffen. Auch die weiteren in der Stellungnahme von [L] vorgebrachten Einwände sprechen nicht gegen das Vorliegen einer Absprache. [L] brachte vor, eine ARGE-Bildung hätte gar keinen Sinn gemacht, wenn sie ohnehin eine Stützofferte eingereicht hätte. Gemäss [D] war die Zusage einer Stützofferte durch [L] aber nicht von Anfang an gesichert. [L] hätte „rumgekriegt“ werden müssen. Somit spricht die ARGE-Bildung

an sich keineswegs gegen die Beteiligung an einer Submissionsabrede. Zudem wurde mehrfach erwähnt, dass es insbesondere bei Einladungsverfahren wichtig war, Offerten einzureichen, um in der Erinnerung des Bauherrn zu bleiben. Dadurch würden die Chancen steigen, bei ähnlichen Projekten [I]ut angefragt zu werden. Da bei einer Absprache normalerweise relevante Informationen ausgetauscht werden, hält sich der Aufwand für die stützenden Unternehmen in Grenzen.

706. Auch die Bezeichnungen gegen [I] sind glaubwürdig. Fall 80 ist ein wichtiges Projekt mit [...]. Wäre [I] partout nicht bereit gewesen, sich an der Abrede zu beteiligen, könnte sich [D] mit Sicherheit daran erinnern. Dagegen wirken die Gegenargumente von [I] zu pauschal: Eine wirksame Abrede könne sowieso ausgeschlossen werden, weil der CEO bei der Kalkulation dabei gewesen sei. Dabei fällt auf, dass [I] lediglich sagt, es könne eine „wirksame Abrede“ ausgeschlossen werden. Eine unwirksame Abrede zwischen [D]/[J] und [I] schliesst sie damit nicht aus. Bezeichnenderweise war gemäss [I] (zumindest vermutlich) auch [...] an der internen Ausarbeitung des Projekts 80 beteiligt. [...] wurde insbesondere von [K] mehrfach als direkter Ansprechpartner für Abreden genannt (z.B. Fall 9). Schliesslich spricht auch die Globalofferte von [D]/[J] nicht gegen das Vorliegen einer Abrede, wurde doch der Eingabepreis von [D]/[J] gemäss [D] zumindest von [L] noch nach unten gedrückt.

707. Zur Beteiligung von [H] und [Q] ist schliesslich auf die Bezeichnung durch [G] zu verweisen. [D] hat zudem ausgesagt, dass sie alle Submittenten unter Kontrolle gehabt habe. Auch ihnen gegenüber kann davon ausgegangen werden, dass sich [D] an eine explizite Weigerung, an der Submissionsabrede mitzumachen, erinnern könnte.

E. Ergebnis

708. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 80 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [D]/[J] (Schutz) und [L], [I], [Q], [H] und [K] und [A] (Stützofferten bzw. Bid-suppression) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 81: [...]

A. Ausschreibung

709. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 81:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[D]	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme eingestanden.
[J]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [D] faktisch der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. [J] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte.

[K]	[...]	Stützofferte eingestanden. Wird durch [D] faktisch der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[L]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [D] faktisch der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte eingestanden.

Protokoll [...] vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

710. [...] wurde [D] geschützt und usanzengemäss fehlt dieser Fall [in den sichergestellten Dokumenten]. Dort sind die [...] des Projekts [...] registriert, weil [D] bei diesen Fällen eine Stützofferte zum Schutz von [L] eingereicht hat, während sie bei [...] selber geschützt worden ist. In ihrer Antwort zum Fragebogen vom 25. August 2010 hat [D] die Schutznahme für [...] eingestanden.

b) [K]

711. Laut Bonusmeldung [K] fand bei [D] eine Besprechung statt, an der [D], [L], [J] und [K] teilnahmen. [D] und [L] wollten die Arbeiten ausführen. [J] und [K] erklärten sich bereit, höher zu offerieren. [...] wurden aufgeteilt unter [D] [...] und [L] (...)

712. Die Bonusmeldung [K] legt die Koordination von drei unterschiedlichen Objekten [...] offen. Der Bonusmeldung liegt das [...]protokoll mit diesen drei [...] vor, die in der Sitzung vom [...] jedes für sich behandelt und entschieden worden sind. Daraus ergeben sich die nach [...] aufgeteilten Fälle 81 bis 83.

c) [L]

713. Bei [L] wurden Dokumente betreffend diese drei [...] gefunden. Es sind aber keine Beweismittel ersichtlich.

C. Stellungnahme der Parteien und Anhörungen

a) [J]

714. [J] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte. Für die angebliche Besprechung bei [D] bringe [K] keine Beweise vor. [J] könne die Besprechung nicht nachvollziehen. Der Vorwurf des Sekretariats könne sich einzig auf die Aussage der Selbstanzeigerin [K] abstützen. Dies genüge den beweisrechtlichen Anforderungen an den Nachweis einer Submissionsabsprache nicht. Die „faktische“ Bezichtigung durch [D] sei zu unsicher. Selbst wenn darin aber eine Bezichtigung liegen sollte,

würde dies als Nachweis für das Vorliegen einer Submissionsabsprache nicht genügen, da offensichtlich sei, dass sich die Aussagen der beiden Selbstanzeigerinnen nur deckten, um [J] unrechtmässig zu beschuldigen.

b) [L]

715. [L] hat in ihrer Stellungnahme vom [...] eingestanden, bezüglich [...] (Fall 81) eine Stützofferte zugunsten von [D] eingereicht zu haben.

c) [D]

716. Anlässlich der Anhörung vom 24. Oktober hat [D] bestätigt, dass [J] beim vorliegenden Projekt (Fall 81) zu ihren Gunsten eine Stützofferte eingereicht hat.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

717. Das schutznehmende Unternehmen [D] hat die Schutznahme eingestanden. Dies wird auch bestätigt durch [L] und [K]. Zudem gestehen sie ihre Beteiligung an der Absprache ein. [J] scheint dieser Beweislage das Bild „*alle gegen [J]*“ entgegenstellen zu wollen und bestreitet jegliche Beteiligung an der Absprache. Ihre pauschale Rückweisung der Aussagen der Bonusmelder entkräftet das Beweisergebnis aber in keiner Weise. Die Darlegungen der anderen Unternehmen sind glaubwürdig.

E Ergebnis

718. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 81 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [D] (Schutz) und [L], [K] und [J] (Stützofferten) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 82: [...]

A. Ausschreibung

719. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 82:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme eingestanden.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.

		Wird durch [L] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[J]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [D] faktisch der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. [J] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte. Wird durch [L] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden. Wird durch [D] faktisch der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [L] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Protokoll vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

720. Siehe Ausführungen zum Fall 81.

C. Stellungnahmen und Anhörungen

a) [L]

721. [L] hat in ihrer Stellungnahme vom [...] eingestanden, bezüglich [...] (Fall 82) durch [D], [J] und [K] geschützt worden zu sein.

b) [J]

722. [J] bestreitet mit Verweis auf ihre Ausführungen zu Fall 81 die Einreichung einer Stützofferte.

D. Auswertung

723. Fall 82 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [L] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits, dass es in diesem Fall zwischen [L] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags ge-

kommen ist. Ausser [J] haben alle übrigen Submittenten ihre Beteiligung eingestanden. [L] und [K] haben [J] aber glaubwürdig der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt (siehe des Weiteren die Ausführungen zu Fall 81).

E. Ergebnis

724. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 82 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und [D], [K] und [J] (Stützofferten) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 83: [...]

A. Ausschreibung

725. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 83:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme eingestanden.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden. Wird durch [L] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[J]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [D] faktisch der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. [J] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte. Wird durch [L] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden. Wird durch [D] faktisch der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [L] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Protokoll vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

726. Siehe Ausführungen zu Fall 81.

C. Stellungnahmen und Anhörungen

a) [L]

727. [L] hat in ihrer Stellungnahme vom [...] 2011 eingestanden, bezüglich [...] (Fall 83) durch [D], [J] und [K] geschützt worden zu sein.

b) [J]

728. [J] bestreitet mit Verweis auf ihre Ausführungen zu Fall 81 die Einreichung einer Stützofferte.

D. Auswertung

729. Fall 83 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [L] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits, dass es in diesem Fall zwischen [L] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags ge-

kommen ist. Ausser [J] haben alle übrigen Submittenten ihre Beteiligung eingestanden. [L] und [K] haben [J] aber glaubwürdig der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt (siehe des Weiteren die Ausführungen zu Fall 81).

E. Ergebnis

730. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 83 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und [D], [K] und [J] (Stützofferten) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 84: [...]

A. Ausschreibung

731. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 84:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Offerte [L] an [K].
[J]	[34] ⁹⁴	
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[T]	[...]	
Weitere Unternehmen	Offen	Werden durch [K] der Einreichung von Stützofferten bezichtigt.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

732. Laut Bonusmeldung [K] fragte [L] an, ob [K] eine höhere Offerte einreichen könnte. [K] willigte ein und offerierte für CHF 118830.45. In der Bonusmeldung wird weiter festgehalten: „Damit [K] die aufwändige Offertkalkulation nicht selbst durchführen musste, übergab ... [Name des Zuständigen bei [L]] ihre Offerte an [K] (Offertbetrag CHF [100]).“ Die Offerte [L] ist der Bonusmeldung beigelegt. [K] kann sich an die Namen der weiteren Unternehmen nicht erinnern.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

733. Keine der von diesem Fall betroffenen Parteien hat sich weiter zu diesem Projekt geäußert bzw. den Sachverhalt bestritten.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

734. [K] hat ihre Stützofferte zugunsten von [L] eingestanden und [L] glaubwürdig der Schutznahme bezichtigt. Die Aussagen von [K] werden durch die Einreichung der von [L] an [K] versandten Offerte gestützt.

E. Ergebnis

735. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 84 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und [K] (Stützofferte) gekommen ist.

Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 85: [...]

A. Ausschreibung

736. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

⁹⁴ Die Höhe der Offerte von [J] scheint ein anderes Projekt zu betreffen.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 85:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[B]	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Handschriftliche Notizen von [K]. Wird durch [F] der Schutznahme bezichtigt.
[F]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[I]	[...]	Wird in der Bonusmeldung [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [F] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[M]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Wird durch [F] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Offertöffnungsprotokoll vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

737. Siehe Ausführungen zum Fall 14.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [B]

738. Im Antrag wurden [B] [...] Schutznahmen zur Last gelegt (...). [B] bestreitet ihre Abredebeteiligung in den Fällen [...] und stellt den Antrag: „Der Basisbetrag ist unter Berücksichtigung unserer Einwände neu zu ermitteln (nur [...] und nicht [...] Schutznahmen). Da zudem nur noch [...] Fälle in der Liste der verbleibenden Umstände verbleiben, ist ein Zuschlag vom max. 50 % angemessen.“ Sie bestreitet den Sachverhalt im Übrigen aber nicht.

b) [M]

739. [M] stellt in ihrer Stellungnahme den Antrag, für die Bewertung der erschwerenden Umstände ihrer Sanktion nur mehr die Fälle [...] und [...] zu berücksichtigen. Sie bestreitet den Sachverhalt im Übrigen aber nicht.

c) [I]

740. [I] bestreitet ihre Beteiligung an einer Submissionsabrede. Es lägen nur unbewiesene und unglaubwürdige Bezichtigungen vor. [I] verweist sodann auf die Ausführungen zu Fall 14. Bemerkenswert sei schliesslich, dass das Sekretariat in den parallel vergebenen Fällen 47 und 48 die Beweislage offenbar für nicht als genügend erachtet habe, und die Fälle nicht in den Antrag aufgenommen habe. Diese Ungleichbehandlung sei nicht

gerechtfertigt. Im Antrag seien [I] die Fälle [...] angelastet worden. Gemeint seien aber wohl die Fälle 47 und 48 gewesen.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

741. Die Aussage von [B] stellt ein implizites Eingeständnis für die ihr in Fall 85 vorgeworfene Schutznahme dar. Auch [M] gesteht ihre Abredebeteiligung in Fall 85 implizit ein.

742. Die allgemein gehaltene Bestreitung von [I] und die Hinweise zur Glaubwürdigkeit verfangen nicht. [K] hat die Sachlage klar dargestellt. [F] hat weitere Informationen dazu geliefert und [I] ebenfalls der Beteiligung an der Abrede von Fall 85 bezichtigt. Wie von [I] richtig erkannt, handelt es sich jedoch nicht um die Fälle 45 und 46, sondern um die Fälle 47 und 48. Für weitere Ausführungen wird auf Fall 14 verwiesen.

E. Ergebnis

743. Damit ist bewiesen, dass es in Fall 85 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [B] (Schutz) und [M], [I], [K] und [F] (Stützofferte) kam. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 86: [...]**A. Ausschreibung**

744. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 86:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[T]	100	Wird durch [K] der Schutznahme bezichtigt. Wird durch [A] der Schutznahme bezichtigt. [D] vermutet, dass ein Schutz erteilt wurde.

		Zuschlag.
[A]	[...]	Stützofferte zugunsten [T] eingestanden.
[D]	[...]	[D] vermutet, dass ein Schutz erteilt wurde; Eingabesumme gemäss Schreiben vom [...].
[J]	[...]	
[K]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[L]	[...]	Wird durch [K] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Eingabesumme gemäss Stellungnahme vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [K]

745. Laut Bonusmeldung [K] kontaktierte [T] die [K] und bat darum, dass [K] höher rechnen würde. Gemäss Erinnerung des Verantwortlichen von [K] gab es damals dazu eine Besprechung, die bei [D] durchgeführt wurde. Dem Wunsch von [T] wurde entsprochen. [K] offerierte die Arbeiten zu Netto CHF [>100].

b) [A]

746. In der Ergänzung zur Bonusmeldung gibt [A] an, dass es bezüglich dieses Projekts Gespräche zwischen ihr und [T] gab. Weitere Beteiligte sind nicht mehr nachvollziehbar. [T] sollte die tiefste Offerte einreichen.

c) [D]

747. Der Fall ist in [den sichergestellten Dokumenten] nicht [erwähnt]. [D] vermutet einen Schutz zugunsten [T] und entsprechend auch die Einreichung einer Stützofferte von [D].

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [T] und [L]

748. [L] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte. Die Bezichtigung von [K] werde nicht substantiiert. Es fehlten weitere Angaben. [T] äussert sich nicht zum Projekt 86 bzw. bestreitet den Sachverhalt nicht.

b) [A]

749. [A] äussert sich zu Fall 86 nur bezüglich dem Aussenwettbewerb. Sie bringt vor, im Fall 86 zeige sich deutlich, dass durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen Aussenwettbewerb erzeugt worden sei, in-

dem die Abredepartner auch die übrigen, nicht verfälschten Angebote hätten unterbieten müssen. [J] habe als nicht an der Abrede beteiligter Wettbewerber mit CHF [>100] eine gut CHF [...] über dem obsiegenden Angebot von [T] liegende Offerte eingereicht.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

750. [G] und [A] haben ihre Beteiligung an der Abrede mit [T] eingestanden. Die Bezichtigung von [G] gegen [L] ist glaubwürdig, zumal [G] auch [D] bezichtigte, was sich mit deren Vermutung deckt, dass es in diesem Projekt zu einem Schutz gekommen ist.

751. Zu den Ausführungen von [A] zum Aussenwettbewerb ist Folgendes zu sagen: [A] geht offenbar davon aus, dass eine Preisabrede zwischen vier von fünf Submittenten den Wettbewerb nicht in erheblicher Weise verzerrt. Sie scheint davon auszugehen, dass die vier Abredepartner unter sich einen Preis ausmachen könnten, der immer noch einem Marktpreis entspricht. Dieser Betrachtungsweise ist mit einem Verweis auf die Erwägungen zu widersprechen (siehe unter Rz 1002).

E. Ergebnis

752. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 86 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [T] (Schutz) und jeweils [L], [D] und [A] (Stützofferten) kam. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 87: [...]

A. Ausschreibung

753. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 87:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[G]	100	Schutznahme eingestanden.
[Q]	Keine Eingabe	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [G]

754. Laut Bonusmeldung [G] kontaktierte [G] die [Q] und erhielt von dort den Bescheid, dass [Q] kein Interesse an den Arbeiten hat.

755. Die Bonusmeldung [G] deckt die Koordination dieses Falles auf. Eine Koordination liegt insoweit vor, als [G] offenbar eine Stützofferte bewirkt hat, obschon [Q] angeblich kein Interesse an den Arbeiten hatte. Daraus erhellt, dass in der Branche offenbar die Auffassung herrscht, in einem solchen Fall „Konkurrenz“ zu simulieren. Eingaben von Stützofferten sind auch in anderen Fällen anzutreffen, bei denen die Submittenten kein Interesse (z.B. Fall 31 [S], Fall 40 [K] oder Fall 65 [K]) hatten, die Arbeiten auszuführen.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

756. Zum Sachverhalt des Falls 87 sich hat keine Partei weiter geäußert ([G] bringt lediglich vor, sie habe den Fall als erste gemeldet, worauf unter Rz 1165 ff. eingegangen wird) bzw. der Sachverhalt wurde nicht bestritten.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

Ausschreibungsbeteiligte Fall 88:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[H]	100	Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Wird durch [A] der Schutznahme bezichtigt. Gemäss [...] hat [H] keine Eingabe für dieses Objekt gemacht. Im Schreiben vom [...] wurde diese Information korrigiert.
[...] (keine Partei)	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[U] ([A])	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte eingestanden.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [G]

760. Laut Bonusmeldung bat [H] bei [G] um Schutz. Da [H] immer [...] (keine Partei), als Unterakkordanten und Materiallieferanten einsetzte, hatte damals [G] [...] ohnehin keine Chance, den Zuschlag zu erhalten.

761. Die Bonusmeldung [G] zeigt die Koordination dieses Falles durch [H] auf. Eine Koordination liegt insoweit vor, als [H] offenbar eine Stützofferte von [G] bewirkt hat, obschon [G] nach eigener Darstellung in der Bonusmeldung chancenlos für diese Arbeiten war. Trotzdem hat [G] eine Stützofferte eingereicht. Das entspricht offensichtlich der unter Fall 87 dargelegten Branchenusaiz (Eingaben von Stützofferten auch bei fehlendem Interesse).

b) [A]

762. In der 1. Ergänzung zur Bonusmeldung gibt [A] an, dass bezüglich dieses Projekts Gespräche zwischen ihr,

757. [G] hat ihre Schutznahme eingestanden. Weiter hat sie ausgesagt, dass ihr von [Q] mitgeteilt wurde, dass diese kein Interesse an den Arbeiten habe. Dies deckt sich mit der Aussage von [Q], dass sie tatsächlich keine Offerte eingereicht hat.

E. Ergebnis

758. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 87 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [G] (Schutz) und [Q] (Bid-suppression) kam. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 88: [...]

A. Ausschreibung

759. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten [...] mit Eingabefrist [...] aus.

[H] und eventuell weiteren Mitbewerbern stattfanden. [H] sollte gemäss [A] die tiefste Offerte einreichen.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

763. Zum Sachverhalt des Falls 88 hat sich keine Partei weiter geäußert ([G] bringt lediglich vor, sie habe den Fall als erste gemeldet, worauf unter Rz 1157 ff. eingegangen wird) bzw. der Sachverhalt wurde nicht bestritten.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

764. Sowohl [G] wie auch [A] haben die Einreichung einer Stützofferte eingestanden. Sie bezichtigten [H], welche auf eine Stellungnahme verzichtet hat, glaubwürdig der Einreichung einer Stützofferte.

E. Ergebnis

765. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 88 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwi-

schen [H] (Schutz) und jeweils [G] und [A] (Stützofferten) kam. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 89: [...]

A. Ausschreibung

766. [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 89:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[G]	100	Schutznahme eingestanden.
[...] (keine Partei)	Offen	
[...] (keine Partei)	Offen	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[L]	[...]	

Offertabsage vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

767. Laut Bonusmeldung [G] telefonierte [G] mit [...] (keine Partei) und besprach einige Preise. Mehr geht aus der Bonusmeldung nicht hervor. Unklar ist, ob [G] auch mit den anderen beiden Anbietern noch gesprochen hatte.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

[L]

768. [L] bringt vor, in den Erwägungen sei kein Vorwurf gegen sie zu entnehmen.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

769. [G] hat ihre Schutznahme eingestanden. Sie sagt weiter aus, sie habe mit [...] (keine Partei) einige Preise

besprochen. Diese Aussage kann nicht gegen [L] verwendet werden.

E. Ergebnis

770. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 89 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [G] (Schutz) und [...] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 90: [...]

A. Ausschreibung

771. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 90:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[H]	100	Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. E-Mail von [H] an [G]. Wird durch [A] der Schutznahme bezichtigt.
[A]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Stützofferte eingestanden.
[G]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[J]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[Q]	[...]	Wird durch [G] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

Vergabeschreiben [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

772. Laut Bonusmeldung [G] teilte ihr [H] telefonisch mit, dass [H] dieses Objekt will und [G] gebeten wird, höher zu rechnen. [H] schickte [G] per E-Mail die Nettosumme ihrer Offerte mit der Bitte, auf die Einheitspreise 3 % dazu zu rechnen.

773. Eine Kopie der E-Mail von [H] an [G] wurde beigelegt. Aus dieser E-Mail geht hervor, dass [H] der [G] nebst der Preisangabe – CHF [100] zu ihrer Offerte – auch noch eine „*Sia 451 Schnittstelle von der oben erwähnten Submission*“ angibt.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [J]

774. [J] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte. Das Sekretariat stütze seinen Vorwurf gegenüber [J] einzig auf die unbewiesene Behauptung der Selbstanzeigerin [G]. Zusätzliche Beweise würden sich im Antrag nicht finden.

b) [A]

775. [A] äusserte sich in ihrer Stellungnahme erstmals zu diesem Projekt und gesteht ihre Stützofferte ein. [G] habe [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt. Dieser Vorwurf treffe zu.

c) [Q]

776. [Q] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte. [Q] werde lediglich als beteiligtes Unternehmen erwähnt, mehr Informationen würden nicht vorliegen. Da es sich

bloss um eine von tausenden Submissionen handelte, dürfte davon auszugehen sein, dass [G] [Q] aufgrund der Liste des Baumeisterverbands anschuldigt.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

777. [G] hat die Einreichung einer Stützofferte eingestanden. Sie erklärt, dass sie von [H] kontaktiert worden ist, dass also [H] einen Schutz zu ihren Gunsten organisiert hat. In einer solchen Konstellation wird [H] auch mit den anderen Submittenten eine Abrede gesucht haben. [A] bestätigt dies und gesteht ein, dass sie in Projekt 90 auch eine Stützofferte eingereicht hat, was die Bonusmeldung von [G] stützt. Entgegen den Bestreitungen von [J] und [Q] ist damit erstellt, dass auch [Q] und [J] an der Abrede beteiligt gewesen sind. Ihre Bestreitungen sind im Gegensatz zu den Aussagen von [G] und [A] nicht glaubwürdig.

E. Ergebnis

778. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 90 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [H] (Schutz) und jeweils [A], [Q], [J] und [G] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 91: [...]

A. Ausschreibung

779. [...] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 91:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [A] der Schutznahme bezichtigt. Schutznahme indirekt eingestanden.
[A]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[D]	[...] ⁹⁵	Stützofferte eingestanden.
[J]	[...] ⁹⁶	Kontakt mit [D]. [J] wurde kontaktiert, habe sich aber nicht auf eine Koordination eingelassen. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.
[T]	[...]	Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

780. Gemäss [sichergestellten Dokumenten] wurde [L] bei diesem Projekt geschützt. [D] hat eine Stützofferte von ca. [100] zugunsten von [L] eingereicht.

b) [A]

781. In der Ergänzung zur Bonusmeldung gibt [A] an, dass bezüglich dieses Projekts Gespräche zwischen ihr,

[J], [D], [T] und [L] stattfanden. Letztere sollte die tiefste Offerte eingeben.

c) [J]

⁹⁵ Die Höhe der Offerten bezieht sich auf Projekte [X + Y]. Bei den anderen Unternehmen nur auf das Projekt [X].

⁹⁶ Vgl. Fn 95.

782. In den elektronischen Daten von [J] wurde eine Telefonnotiz der Sekretärin vom [...] an [...] ([J]) gefunden. Laut dieser Notiz war ein Termin zur „*Besprechung Offerte [...]*“ am [...] (zwei Tage vor dem Eingabetermin) bei [D] vorgesehen. Gemäss Übersicht von Herrn [[D] AG] (Ausdruck von infobau.ch mit Datum [...]) gab es in [...] nur ein Projekt zu diesem Zeitpunkt, bei dem [D] offeriert hat. Vermutlich diene diese Sitzung zur Koordination der Offerten, da es sich nicht um eine ARGE handelte. Aufgrund der Bonusmeldung ist davon auszugehen, dass zumindest ein Vertreter von [L] ebenfalls an dieser Sitzung teilgenommen hat.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

783. In ihrer Stellungnahme zu den Bookmarks und zum Fragebogen gibt [J] an, dass dieses Projekt im Zusammenhang mit der E-Mail vom [...] stehe. [J] wurde bezüglich dieses Projekts kontaktiert, habe sich jedoch nicht auf eine entsprechende Koordination eingelassen.

784. [J] bestreitet die Einreichung einer Stützofferte. Das Sekretariat habe sich widersprüchlich verhalten, weil es selbst gesagt habe, dass [J] sich auf die Koordination nicht eingelassen habe. Sodann stelle das Sekretariat nur eine Vermutung an, dass die behauptete Sitzung zwischen [J] und [D] der Koordinierung der Offerten gedient haben könnte. Eine solche Vermutung genüge dem notwendigen Beweismass allerdings nicht. Im Ergebnis basiere der Vorwurf gegen [J] lediglich auf den Aussagen der Selbstanzeigerin [A] sowie allenfalls den unbewiesenen Behauptungen von [D]. Deren Glaubwürdigkeit sei zweifelhaft.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

785. Fall 91 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten von [L] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits, dass es in diesem Fall zwischen [L] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. [L] gesteht indirekt ihre Schutznahme (vgl. Ausführungen zu Fall 20).

786. [T] und [J] werden zudem glaubwürdig an der Beteiligung an der Abrede bezichtigt.

787. Zu Beteiligung von [J] ist zu sagen, dass die Bezeichnung von [A] für sich alleine durchaus genügt, um die Beteiligung von [J] an der Abrede zu beweisen. Dass die Ausführungen zur behaupteten Sitzung zwischen [J] und [D] nur Vermutungen darstellen würden, ändert nichts an den Aussagen von [A] und der Tatsache, dass Projekt 91 in [den sichergestellten Dokumenten erwähnt] ist. Fest steht also, dass es im Fall 91 zu einer Abrede kam, an der [D] beteiligt war. Zudem steht fest, dass [J] mit [D] am [...] um 11 Uhr, also zwei Tage vor Eingabefrist, eine Besprechung bei [D] zum Thema „*Offerte [...]*“ vereinbart hatte. [J] erklärt nicht, was an diesem Treffen hätte besprochen werden sollen. Gegen die aufgrund der Aktenlage plausible Vermutung, dass es bei der Sitzung um die Beteiligung von [J] an der Abrede gegangen sei, bringt [J] lediglich vor, sie habe sich nicht auf eine Koordination eingelassen. Was Ziel der Besprechung war, was genau besprochen werden sollte, weshalb sich [J] überhaupt dazu entschlossen hat, an einer Besprechung mit [D] teilzunehmen, dazu schweigt [J]. Die Ausführungen von [J] sind nicht geeignet, die Beweislage zu ändern: [J] hat sich auch im Fall 91 an einer Abrede über die Steuerung des Zuschlags beteiligt. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das Sekretariat bereits im Antrag festgehalten hat, dass dem Hinweis von [J], wonach [J] zwar kontaktiert worden sei, sich aber nicht auf eine Koordination eingelassen habe, nicht gefolgt werde. Ein Widerspruch – wie von [J] behauptet – lag also im Antrag nicht vor.

E. Ergebnis

788. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 91 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und jeweils [D], [A], [J] und [T] (Stützofferten) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 92: Wird nicht weiterverfolgt.

Fall 93: [...]

A. Ausschreibung

789. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 93:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
ARGE ([A]/[...] (keine Partei) /[L])	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Handnotizen von [L].
[...] (keine Partei)	[...]	
[C]	[...]	Handnotizen von [L].
[D]		Keine Eingabe: Eingabeverzicht eingestanden.
[H]	[...]	
Erne		Keine Eingabe: Eingabeverzicht (Handnotizen von [L]).

Offertöffnungsprotokoll [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

790. Gemäss der [sichergestellten Dokumenten] wurde die ARGE [...] bei diesem Projekt geschützt. [D] hat selber keine Offerte für dieses Projekt eingereicht.

b) [L]

791. Im Ordner „ARGE [...]“ von [L] wurden mehrere handschriftliche Notizen gefunden, welche auf eine Koordination der Offerten im Vorfeld der Eingabefrist hinweisen. Gemäss handschriftlichen Notizen von [L] fand am [...] eine Besprechung statt. Diese Besprechung fand offenbar zwischen den drei ARGE-Partnern [L], [...] und [A] statt. Es ist unklar, ob andere Unternehmen an dieser Besprechung teilnahmen. Z.B. ist angemerkt „[P] am Tisch in Aarau“. Die Namen von neun Konkurrenten tauchen in den handschriftlichen Notizen auf. Es könnte sein, dass die neun aufgezählten Konkurrenten bei der Besprechung vom [...] am Tisch waren, aber es liegt hierfür kein eindeutiger Beweis vor. Drei Konkurrenten sind mit einem „Haken“ bezeichnet: [I], [C] und [...]. Bei [I] ist noch angemerkt „k.E.“. Das Sekretariat interpretierte diese Hinweise im Antrag folgendermassen: [I] wird keine Eingabe einreichen, [C] und [...] sind einverstanden, die ARGE zu schützen. [...] hat keine Offerte eingereicht, war aber offensichtlich Subunternehmer der ARGE für einen Betrag von ca. CHF [...] Franken. [C] hat die höchste Offerte eingereicht, was die Vermutung einer Stützofferte bestätigt. Bei [H], welche auch eine Offerte eingereicht hat, gibt es keine Haken; darum ist es unklar, ob sie auch an der Absprache teilgenommen hat. Bei [...] steht „nein → [Name]“.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [A]

792. [A] äussert sich in ihrer Stellungnahme vom [...] zum ersten Mal zu diesem Fall. [A] bestreitet eine Schutznahme. Es habe zwar ein Treffen „mit Wettbewerbern“ stattgefunden, dieses sei aber einzig auf die Bildung einer ARGE ausgerichtet gewesen. Dies würden auch die vom Sekretariat gefundenen Beweismittel belegen. Die Vermerke und Haken hinter den Namen der übrigen Wettbewerber seien für [A] nicht nachvollziehbar. Sie könnten auch bloss bedeuten, dass die betreffenden Unternehmen an Submissionsverfahren teilnehmen würden. Die Schlüsse des Sekretariats würden insgesamt bloss auf Mutmassungen beruhen. Selbst bei Anwendung des Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit sei jedoch keine Absprache nachgewiesen. Die eingegebenen Preise seien nämlich sehr unterschiedlich ausgefallen. Bei einer Absprache wäre aber genau das Gegenteil der Fall. Somit bestünden unüberwindbare Zweifel an der Darstellung von Fall 93 im Antrag.

b) [L]

793. In ihrer Stellungnahme bestreitet [L], dass dieses Projekt abgesprochen war. Die eingetragenen Haken neben den Namen würden gemäss [L] lediglich bedeuten, dass die ARGE-Partner erwarteten, dass die entsprechenden Firmen eine Offerte einreichen würden, da

sich diese bereits beim Schweizerischen Baumeisterverband gemeldet hätten.

794. Die Bemerkung „k.E.“ hinter dem Namen [I], würde lediglich bedeuten, dass von [I] „keine Eingabe bei der Meldestelle des Baumeisterverbands“ getätigt wurde.

795. Während der Anhörung vom [...] Oktober 2011 konnten die Vertreter von [L] die Bedeutung dieser Haken nicht eindeutig erklären.

796. Betreffend die handschriftliche Anmerkung „[...] sucht dringend Sehr kritisch [...] / [Name]“ „Tausch nein“ vermutet Herr [[L] AG], dass hier lediglich auf die unvoreilhaftige Referenz der [...] bei der Gemeinde verwiesen worden sei. Das Wort „dringend“ sei so zu verstehen, dass [...] unbedingt bei der ARGE teilnehmen wollte.

797. In ihrer Eingabe vom [...] nach den Anhörungen bestätigt [L] die schriftliche Stellungnahme. Sie führt aus, dass die Vermerke zu den Namen der Wettbewerber den Ursprung in einer Submittentenliste haben. „Aufgrund der Plattform des Schweizerischen Baumeisterverbandes war offensichtlich, wer Interesse am besagten Projekt zeigte. Einzig aus diesem Grund wurden die Namen mit einem Haken versehen“.

c) [C]

798. [C] bestreitet in der Stellungnahme sowie anlässlich der Anhörung mit ähnlichen Argumenten wie [L] und [A] eine Stützofferte beim vorliegenden Projekt eingereicht zu haben.

d) [I]

799. [I] nimmt keine Stellung zu diesem Fall.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

800. Die WEKO hält zunächst fest, dass der Fall 93 in [den sichergestellten Dokumenten] erwähnt ist. Damit ist erwiesen, dass [D] mit der ARGE [A]/[...]/[L] Gespräche geführt und diese geschützt hat, indem er auf die Einreichung einer Offerte verzichtete.

801. Die bei [L] gefundenen Dokumente liefern Beweise über die übrigen Teilnehmer an der Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags. Die WEKO folgt der Interpretation des Sekretariats. Die WEKO erachtet sowohl die schriftlichen wie auch die mündlichen Ausführungen von [L] als widersprüchlich. So zum Beispiel in der schriftlichen Stellungnahme zu den Vermerken zu [I]: Neben dem Namen [I] gibt es in der handschriftlichen Notiz von [L] sowohl einen Haken wie auch den Zusatz „k.E.“. [L] sagt aus, dass mit dem Haken gemeint sei, dass sie damit gerechnet habe, dass der Wettbewerber aufgrund des Eintrags auf der Plattform des SBV eine Offerte einreichen würde. „K.E.“ wiederum bedeute, dass [I] nicht auf der Plattform des SBV eingetragen sei. Gemäss der Logik von [L] müsste dies bedeuten, dass [I] zugleich in der Plattform des Baumeisterverbandes eingetragen war und gleichzeitig nicht eingetragen war.

802. Die mündlichen Ausführungen haben keine weiteren Hinweise dazu geliefert.

803. Aus der Anhörung vom [L] bleibt weiter unklar, ob [...] bei der Plattform eingetragen war oder nicht. Bedeu-

tend ist dagegen die Aussage von [L] am Schluss: „Ganz sicher ist er nicht mit uns konfrontiert worden.“ Es ist bemerkenswert, dass [L] verneint, mit [...] konfrontiert gewesen zu sein, obwohl dieses Unternehmen zusammen mit der zuständigen Person zweifach im Ordner von [L] erwähnt ist. Wenn [L] mit [...] tatsächlich keinerlei Kontakt gehabt hätte, hätte sie wohl kaum das Unternehmen geschweige denn die zuständige Person in ihren Notizen genannt.

804. Auch im Nachtrag zu den Anhörungen, nachdem gemäss dem Rechtsvertreter von [L] diverse Bemühungen vorgenommen wurden, mit Einbezug sämtlicher involvierter Personen die genauen Abläufe zu rekonstruieren, konnte keine schlüssigen Erklärungen zu den genannten Notizen geliefert werden, die die oben aufgeführte Interpretation widerlegen könnte.

805. [A] bestätigt, an der Besprechung vom [...], zu welchen [L] die Notizen verfasst hat, teilgenommen zu haben. Sie bringt jedoch vor, dass die Haken in den Notizen von [L] auch einfach bedeuten könnten, dass die entsprechenden Unternehmen eine Eingabe machen würden. Diese Interpretation widerspricht jener von [L] und ist im Übrigen unrichtig. Hinter dem Namen [I] befindet sich ein Haken und diese hat keine Offerte eingereicht.

806. [A] und [L] weisen sodann darauf hin, dass die verhältnismässig grossen preislichen Unterschiede der eingereichten Offerten gegen eine Absprache sprechen würden. Es ist möglich, dass die ARGE für die anderen Bewerber nicht berechnet hat, wie hoch deren Eingabe sein soll. Für eine Absprache ist ein Austausch von Offertsummen nicht unabdingbar, sondern nur die Zusage eines Unternehmens, dass es beim betreffenden Projekt zurückstehen werde. Folglich kann aus dem Umstand, dass sehr unterschiedlich hohe Offertsummen

eingereicht wurden, nicht darauf geschlossen werden, dass keine Absprache stattfand.

807. Zusammenfassend steht aufgrund [der sichergestellten Dokumente] fest, dass es sich bei Fall 93 um ein abgesprochenes Projekt handelt. Aufgrund der Notizen kommt die WEKO zudem zum Schluss, dass nicht nur [D] die ARGE [A]/[...]/[L] geschützt haben. „[...] sucht dringend sehr kritisch“ und das „nein“ hinter dem Namen von [...] bedeutet, dass [...] nicht an der Absprache teilnehmen wollte. Dass dies bedeute, dass [...] in die ARGE wolle, und dass sie möglicherweise eine schlechte Reputation bei der Gemeinde hätte, wird als Schutzbehauptung [L]s betrachtet. Aus dem Haken hinter dem Namen von [C] ergibt sich, dass zwischen [L] bzw. der ARGE um [L] einerseits und [C] andererseits ein Kontakt bestand und dass [C] bereit war, eine Stützofferte einzureichen. Diese Interpretation ist einleuchtend und schlüssig. Die in den Stellungnahmen und Anhörungen vorgebrachten Interpretationen der Parteien dagegen sind widersprüchlich und können die von der WEKO vorgenommene Interpretation nicht widerlegen.

E. Ergebnis

808. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 93 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [A], [L] (Schutz) und [D] (Eingabeverzicht) und [C] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 94: [...]

A. Ausschreibu

809. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Arbeiten in Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 94:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[K]	100	Objekt in [den sichergestellten Dokumenten]. Beweismittel: act. [...] und act. [...]. Gemäss [K] keine Eingabe.
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[L]	[...]	Stützofferte: Beweismittel act. [...], act. [...]. Stützofferte eingestanden.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

810. Projekt ist in [den sichergestellten Dokumenten erwähnt]: „[...] [K], [Datum]“. [D] hat auch im Fragebogen die Einreichung einer Stützofferte zugunsten [K] eingestanden.

b) [L]

811. Bei [L] wurde ein Schreiben von [K] mit zwei Offerten gefunden. Die Eingabesumme für [...] betrug [56] CHF, jene für [...] [44] CHF. [L] offerierte anschliessend

für [...] CHF und [...] CHF. Im Begleitschreiben zu den beiden Offerten heisst es: „Dies sind unsere Preise. Bitte um 3-5 % anheben. Bitte anschliessend alles vernichten.“

812. Aus diesen Dokumenten ist klar ersichtlich, dass zum einen [K] [L] zur Eingabe einer Stützofferte aufgefordert hat und dass [L] diese Anweisung auch befolgt hat.

813. [L] hat die Einreichung einer Stützofferte zugunsten [K] eingestanden.

C. Stellungnahmen und Anhörung der Parteien

814. [K] sagt in ihrer Stellungnahme, dass sich ihr Geschäftsführer nicht daran erinnern könne, ob es zu diesem Objekt ein Absprache gegeben habe. Aufgrund der im Rahmen der Untersuchung durch das Sekretariat gewonnenen Erkenntnisse müsse [K] aber von einer Absprache ausgehen.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

815. Zu Fall 94 liegen klare Beweismittel vor, die aufzeigen, dass [K] einen Schutz organisiert hat und dass [L] eine Stützofferte zugunsten von [K] eingegeben hat. Zudem gestehen alle in Fall 94 involvierten Parteien ihre

Beteiligung ein oder anerkennen die Beweislage, wonach es zu einer Submissionsabrede gekommen ist.

E. Ergebnis

816. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 94 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [K] (Schutz) und jeweils [L] und [D] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 95: [...]

A. Ausschreibung

817. [...] schrieb Arbeiten in Zusammenhang mit der [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 95:

Offerenten	Offersummen	Bemerkungen
[D]	100	Beweismittel: act. [...] und act. [...]. Schutznahme eingestanden.
[L]	[...]	Stützofferte: Beweismittel act. [...] und act. [...]. Stützofferte eingestanden.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

818. Bei [L] wurde die Offerte von [D] mit folgendem handschriftlichem Vermerk auf dem Titelblatt gefunden:

„Sali [[L] AG],

Vielen Dank für deine Mithilfe...

Gruss [[D] AG]“

„Wenn Du mit den Rabattansätzen von 6 % / 2% einig bist Du 2 % vor mir. Dann sieht es nicht nach Absprache aus, und ich kann von meinem Preis nochmal 2 – 3 % runtergehen. Kannst du die Offerte noch diese Woche abschicken?! Danke.“

819. Aus den Dokumenten und insbesondere dem obenstehenden Zitat geht klar hervor, dass [L] eine Stützofferte für [D] einreichen soll. Speziell ist in diesem Fall, dass [D] vorsieht, zuerst eine höhere Offerte als [L] einzureichen, um danach Rabatt zu gewähren. Dies geschieht mit der Absicht, dem Kunden eine Wettbewerbssituation vorzutauschen.

820. In ihrer Antwort zum Fragebogen hat [D] die Schutznahme eingestanden.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

821. Zu Fall 95 hat sich keine der darin involvierten Parteien weiter geäußert bzw. den Sachverhalt bestritten.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

822. Sowohl [D] und [L] haben ihre Schutznahme bzw. Stützofferte eingestanden.

E. Ergebnis

823. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 95 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [D] (Schutz) und [L] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 96: [...]

A. Ausschreibung

824. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 96:

Offerenten	Offersummen	Bemerkungen
[J]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Schutznahme: Beweismittel act. [...]. Von [L] der Schutznahme bezichtigt.
[D]	[...]	Stützofferte: Beweismittel act. [...].

		Stützofferte eingestanden.
[K]	[...]	Stützofferte: Beweismittel act. [...]. Gemäss Fragebogen keine Offerte.
[L]	[...]	Stützofferte: Beweismittel act. [...]. Stützofferte eingestanden.
[T]	[...]	Stützofferte: Beweismittel act. [...].

Protokollauszug [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

825. Bei [D] ist dieser Fall in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten [J] [erwähnt].

b) [L]

826. Bei [L] wurde eine Offerte gefunden, datiert auf den [...] (1 Tag vor dem Eingabetermin), die Preise der Mitbewerber in einer Rangliste enthielt. [L] bestätigt in ihrer Antwort zum Fragebogen, dass dieses Projekt von einer Absprache betroffen war, ohne jedoch nähere Angaben zu machen.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

827. [J] führt in ihrer Stellungnahme zum Antragsentwurf aus, dass nicht klar sei, ob die auf der Offerte genannten Zahlen der Mitsubmittenten vor oder nach der Eingabefrist eingetragen wurden. Die Beträge der übrigen Submittenten hätten auch nach der Bekanntgabe des Offertöffnungsprotokolls eingefügt werden können. Somit habe act. [...] keinen Beweiswert.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

828. Fall 96 ist in [den sichergestellten Dokumenten] zugunsten [J] [erwähnt]. Daraus ergibt sich bereits, dass es in diesem Fall zwischen [J] und [D] zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die Beträge vor Bekanntgabe des Offertöffnungsprotokolls eingetragen wurden. Der Offertsumme von [L] gemäss

Protokolleröffnung vom [...] beträgt CHF [...] und weicht von der in der Offerte genannten Zahl ab. Der handschriftliche Vermerk lautet bei [L] [...]. Hätte der Kalkulator von [L] nachträglich die Zahlen vom Eröffnungsprotokoll abgeschrieben, wären die Summe von [L] nicht abweichend. Die handschriftliche Notiz entspricht genau dem Offertentwurf vom [...] und nicht dem Offertöffnungsprotokoll.

829. Im Nachgang zu den Anhörungen hat [L] zudem bestätigt, dass sie beim vorliegenden Projekt eine Stützofferte zugunsten von [J] eingereicht hat.

830. Selbst wenn man act. [...] nicht als Beweismittel anerkennen würde, wäre die Organisation einer Schutznahme durch [J] beim vorliegenden Projekt trotzdem genügend bewiesen. Neben [den sichergestellten Dokumenten] hat [L] bestätigt, eine Stützofferte zugunsten von [J] eingereicht zu haben.

E. Ergebnis

831. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 96 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [J] (Schutz) und jeweils [T], [L] und [D] und [K] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 97: [...]

A. Ausschreibung

832. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb Tiefbauarbeiten in Zusammenhang mit der [...] mit Eingabefrist [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 97:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[D]	100	Schutz: Beweismittel act. [...]. Wird durch [G] der Schutznahme bezichtigt. Schutz eingestanden.
[G]	[...]	Stützofferte: Beweismittel act. [...]. Stützofferte eingestanden.
[I]	[...]	Stützofferte: Beweismittel act. [...]. Gemäss [I] war die Eingabefrist am [...] (ausgefüllter Fragebogen von [I]).

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

833. An der Hausdurchsuchung vom 9. Juni 2009 hat Herr [[D] AG] den Wettbewerbsbehörden die Fax-Sendeberichte ihrer Offerte an die Firmen [G] und [I] [...] ausgehändigt (Sendezeit: [...], 7:44 bzw. 7:58). Gemäss der Offerte beträgt die Eingabesumme von [D] [120] CHF. Die per Fax versendeten Offerten wurden auf der ersten Seite handschriftlich mit den folgenden Ergänzungen versehen:

„[G] Bau AG = netto inkl. MwSt. = [120 + x] Fr.

Vielen Dank

Gruss [[D] AG]“

„ [I] AG = netto inkl. MwSt. = [120 + y] Fr.

Vielen Dank

Gruss [[D] AG]“

834. Aus diesen Dokumenten ist klar ersichtlich, dass [D] ihren Mitbewerbern [I] und [G] per Fax mitteilte, mit welchen Summen sie höher offerieren sollen, damit ihre Offerte bei diesem Projekt geschützt ist. [D] hat in ihrer Antwort zum Fragebogen die Schutznahme eingestanden.

b) [G]

835. In ihrer Bonusmeldung führt [G] aus, dass [D] am [...] angerufen hat. [D] möchte, dass [G] höher offeriert. [D] faxt am [...] ihre Offerte an [G] und bittet [G], für ca. [120] CHF zu offerieren. [G] kalkuliert selbständig und reicht eine Offerte über (>100) CHF ein.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

836. Keine der in Fall 97 involvierten Parteien äusserte sich weiter zu diesem Fall bzw. bestreitet den Sachverhalt.

D. Auswertung der Stellungnahmen und Anhörungen

837. [D] hat ihre Schutznahme, [G] ihre Stützofferte eingestanden.

838. [G] bezichtigt in diesem Fall nur [D] der Abredebeteiligung und sagt aus, dass [D] ihr die Offerte zugefaxt habe. Der Fax sei aber bereits vernichtet worden. Die Aussage von [G] wird nun durch act. [...] bestätigt.

839. [I] nimmt zu den Vorwürfen gemäss Antrag keine Stellung. Die Beweislage ist auch in diesem Fall klar: Die Eingabefrist in diesem Fall war am [Datum X]. Es liegt ein Fax vor, das [D] am [Datum X – 1 Tag], um 07:44 Uhr, an die Nummer [...] geschickt hat. Das ist die Faxnummer von [I] (Standort [...]). Das Fax bestand aus der Offerte von [D] ([40-50 Seiten]) und enthält auf der ersten Seite die folgenden handschriftlichen Zusätze: „[I] AG → [[I] AG] Fax: [...]“ und „[I] AG netto inkl. MwSt. [x].- Vielen Dank! Gruss [[D] AG]“. [I] offerierte in der Folge für CHF [x].-

E. Ergebnis

840. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 97 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [D] (Schutz) und jeweils [G] und [I] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 98: [...]

A. Ausschreibung

841. [...] schrieb Tiefbauarbeiten [...] mit Eingabefrist vom [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 98:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[...] (keine Partei)		Zuschlag.
[A]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[C]	100	Schutz: act. [...] und act. [...]. Wird durch [A] der Schutznahme bezichtigt.
[J]	[...]	Summe gemäss [J]. [J] dürfte dieses Projekt allerdings mit einem anderen Projekt verwechselt haben, da sie als Eingabefrist für dieses Projekt den [...] nennt und eine viel höhere Summe als die übrigen Beteiligten angibt.
[L]	[...]	Stützofferte: act. [...]. Wird durch [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt.

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [L]

842. Bei [L] wurde die Offerte von [C] mit der Eingabesumme CHF [...] gefunden. Diese wurde ihr per Fax von [C] am [...] zugestellt. Ebenso wurde eine zweite Offerte von [C] für dieses Projekt mit Eingabesumme [>100] CHF bei [L] gefunden. Aus diesen Dokumenten geht hervor, dass [C] ihre Offerte [L] zugestellt hat, damit [L] eine Stützofferte einreichen kann.

b) [A]

843. In der Ergänzung zur Bonusmeldung gibt [A] an, dass bezüglich dieses Projekts Gespräche zwischen ihr, [L] und [C] stattfanden. [C] sollte geschützt werden. Diese Gespräche waren jedoch insofern „erfolglos“ weil der Zuschlag an [...] ging, die gemäss Kenntnis von [A] nicht an den Gesprächen beteiligt war.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

844. [C] bringt vor: Auch wenn bei Fall 98 von einer Abrede ausgegangen werde, liege keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor. Einmal fehle es an einer Auswirkung auf das Ergebnis der Ausschreibung, da [C] den Zuschlag nicht erhalten habe. Es sei nicht dargetan, dass [A] oder [L] den Zuschlag erhalten hätten bzw. tiefere Offerten eingereicht hätten. Das müsste das Sekretariat indessen beweisen. Dem könne nicht entgegengehalten werden, dass mehr als die Hälfte der eingehenden Unternehmen an der Absprache beteiligt gewesen seien, wie das Sekretariat dies tue. Den Akten nach zu schliessen, hätten sieben Unternehmen an der Ausschreibung teilgenommen. [...]

845. An der Anhörung vom [...] Oktober 2011 wurde der Leiter [...] von [C] ([...]) gefragt, wie er sich das Fax vom [...] (mit der Offerte von [C]) an [L] erklären könne. Er sagte, das könne er leider auch nicht erklären. Auf den Hinweis, dass das gegen die [Vorschriften] der [C] sei, sagte Herr [[C] AG]: „Genau.“ Die [C] nehme zwar das vorliegende Verfahren und auch das Gesetz und auch ihre eigenen [Vorschriften] sehr ernst, aber für dieses Fax könne sie keine Erklärung abgeben.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

846. [A] hat ihre Beteiligung an der Abrede in Fall 98 eingestanden. Sie hat daneben dargelegt, dass sie und [L] eine Stützofferte eingereicht bzw. [C] einen Schutz organisiert hat.

847. Diese Aussage wird gestützt durch die bei [L] gefundenen Dokumente. Die Eingabefrist für dieses Projekt war am [Datum X]. Am [Datum X – 2 Tage] faxte [C] ihre Offerte für dieses Projekt (mit einer Eingabesumme von CHF [>100]) an [L] (zuhanden Herrn [[L] AG]). [L] offerierte in der Folge höher. Im Übrigen findet sich in act. [...] eine Liste mit Submissionen. Auf Zeile 14 dieser Liste ist das Projekt [...] aufgeführt. Dahinter steht von Hand geschrieben: „1. [C]“. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass [C] die Abrede implizit eingestanden hat: An der Anhörung vom [...] Oktober 2011 anerkannte sie den Umstand, dass ihr Verhalten in Fall 98 ihren eigenen [Vorschriften] widerspricht. [...].

Ausschreibungsbeteiligte Fall 102:

848. Es steht somit fest, dass es im Fall 98 zu einer Abrede über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist, die allerdings nicht zum gewünschten Resultat führte, da mit der [...] eine Aussenseiterin der Abrede den Zuschlag erhalten hat.

849. [C] macht nun geltend, eine solche Abrede hätte keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge gehabt. Es müsse bewiesen werden, dass [L] und [A] – wenn es keine Absprache gegeben hätte – tiefer offeriert hätten, als sie es mit Abrede getan haben. Ein solcher Beweis kann aber gar nicht geführt werden. Denn auch wenn sich sogar ein Unternehmen finden würde, das bereit wäre, den Offertpreis bekanntzugeben, zu welchem es ohne Abrede offeriert hätte, wäre diese Information nicht verwertbar. Ein Offertpreis unter Wettbewerbsbedingungen entsteht unter Wettbewerbsdruck. Wettbewerbsdruck ist aber nicht einfach eine rechnerische Grösse, sondern ein Gebilde von in der konkreten Situation entstehenden Sachzwängen, die zu einer ganz bestimmten Einschätzung der Marktlage führen. Wird der Wettbewerbsdruck beseitigt, wird auch die Möglichkeit beseitigt, dieselbe Einschätzung vorzunehmen.

850. Fest steht, dass an der Submissionsabsprache von Fall 98 mindestens drei Unternehmen beteiligt waren. Gemäss Ausdruck des Baumeisterverbandes zu diesem Projekt waren sechs Submittenten an einer Eingabe interessiert ([J] ist nicht dabei). Wenn sich bei einer Submission von dieser Grösse drei Unternehmen absprechen, zumal mit [C], [A] und [L] wichtige Akteure im Strassen- und Tiefbau, wird der Wettbewerb deutlich verfälscht. Es wird ein Wettbewerb vorgetäuscht der so gar nicht mehr besteht. Eine derartige Abrede über Preise und Märkte mag nicht zu einer Beseitigung des wirklichen Wettbewerbs führen, muss aber mindestens als erheblich eingestuft werden, zumal mit [C] der zweitplatzierte an der Abrede beteiligt war.

E. Ergebnis

851. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 98 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [C] (Schutz) und jeweils [A] und [L] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede erheblich beeinträchtigt.

Fall 99: Wird nicht weiterverfolgt.

Fall 100: Wird nicht weiterverfolgt.

Fall 101: Wird nicht weiterverfolgt.

Fall 102: [...]

A. Ausschreibung

852. [...] schrieb Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit „[...] mit Eingabefrist vom [...]“⁹⁷ aus.

⁹⁷ Gemäss [L] ist die Eingabefrist [...].

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[A]	100	Objekt in [den sichergestellten Dokumenten]. Wird durch [D] der Schutznahme bezichtigt. Dafür sollte [D] ein Subunternehmen erhalten. Zuschlag an [A] von [D] und [L] bestätigt. Gemäss [A] keine Eingabe. Höhe gemäss act. [...].
[D]	[...]	Stützofferte eingestanden.
[L]	[...]	Act. [...] (Offerte [A] an [Bauherr] bei [L] gefunden).

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

853. Dieses Objekt ist in [den sichergestellten Dokumenten] [erwähnt]: „[...], [92], [A], [Datum]“. In [den sichergestellten Dokumenten] hat [D] eine Ergänzung angebracht: „[...], [92], [A]“. In ihrer Antwort zu ihrem Fragebogen gibt [D] an, dass sie [A] geschützt habe. Dafür habe [D] einen Subunternehmer Auftrag erhalten („SUBU Auftrag“).

b) [L]

854. Bei [L] wurde die Gesamtofferte von [A] gefunden, welche diese am [...] eingereicht hat.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [A]

855. [A] bestreitet in ihrer Stellungnahme vom [...] eine Schutznahme in diesem Projekt. Zutreffend sei einzig, dass [A] in diesem Projekt eine Offerte eingegeben habe. Die Eingabesummen der verschiedenen Submissionsteilnehmer in der Tabelle zu Fall 102 im Antrag des Sekretariats würden zu grosse Differenzen aufweisen. Die Offerte von [L] sei um fast eine [...] unter derjenigen von [A]. Diejenige von [D] sei fast 10% tiefer als jene von [A]. Wären die Offerten tatsächlich abgesprochen gewesen, hätte [A] den Zuschlag kaum erhalten. Deshalb würden sich die Angaben von [D] wohl auf ein anderes Projekt beziehen. Die Fakten würden damit mit grosser Wahrscheinlichkeit gegen eine Absprache sprechen. Allemal würden begründete Zweifel bestehen.

b) [D]

856. [D] hat sich in ihrer Stellungnahme vom [...] nicht zu diesem Fall geäussert.

c) [L]

857. [L] hat sich in ihrer Stellungnahme vom [...] nicht zu diesem Fall geäussert.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

858. Es trifft zu, dass insbesondere die von [L] angegebene Eingabesumme (CHF [38]) nicht in die Grössenordnung der übrigen angegebenen Eingabesummen übereinstimmt. Andererseits passt die Summe von [L] zum Teilbetrag „[...]“ von CHF [31] der Gesamtofferte von [A]. Unter diesem Titel „[...]“ wurde auch die Offerte von [A] eingereicht. Diese Fakten sprechen dafür, dass [L]

beim Ausfüllen des Fragebogens des Sekretariats seinen Offertpreis lediglich für den Teil „[...]“ angegeben hat.

859. Fall 102 ist in [den sichergestellten Dokumenten] erwähnt. Diese Angaben hat [D] in ihrer Eingabe vom [...] bestätigt und präzisiert. Aus [den sichergestellten Dokumenten] lässt sich ableiten, dass für dieses Projekt ein Schutz zugunsten von [A] geplant war. [A] hat gemäss ihren ersten Angaben in diesem Fall gar nicht offeriert. In ihrer Stellungnahme gibt sie nun an, eine Offerte eingereicht und den Zuschlag erhalten zu haben.

860. Aufgrund der [der sichergestellten Dokumente] und den weiteren Angaben von [D] in ihrer Eingabe vom [...] ist es für die WEKO erstellt, dass es in diesem Fall zu einer Vereinbarung zwischen [A] und [D] kam, mit welcher der Zuschlag an [A] gesteuert werden sollte. Die Absprache war erfolgreich.

861. [L] wurde weder von [D] noch von [A] der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt und hat in ihrer Stellungnahme auf weitere Angaben zu diesem Fall verzichtet. Zwar wurde bei [L] die Offerte von [A] gefunden. Dabei handelt es sich nicht wie in anderen Fällen, um einen Entwurf, sondern um eine signierte Offerte mit Begleitschreiben. Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass diese Offerte nach der Eingabefrist vom Bauherrn an [L] weitergeleitet wurde. Eine Beteiligung von [L] ist somit nicht bewiesen.

E. Ergebnis

862. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 102 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [A] (Schutz) und [D] (Stützofferte) gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 103: Wird nicht weiterverfolgt.

Fall 104: Wird nicht weiterverfolgt.

Fall 105: Wird nicht weiterverfolgt.

Fall 106: Wird nicht weiterverfolgt.

Fall 107: Wird nicht weiterverfolgt.

Fall 108: [...]

A. Ausschreibung

863. [...] schrieb [...] im Zusammenhang mit der [...] mit Eingabefrist [...] aus.

Ausschreibungsbeteiligte Fall 108:

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
[L]	100	Objekt in [sichergestellten Dokumenten]. Handschriftliche Notizen vom [L]. Zuschlag bestätigt. Gemäss [L] erfolgte die Auftragsvergabe letztlich für CHF [100<].
[...] (keine Partei)		Beweismittel act. [...].
[...] (Keine Partei)		Beweismittel act. [...].
[...] (Keine Partei)		Beweismittel act. [...].
[D]	[...]	Beweismittel act. [...]. Stützofferte eingestanden.
[J]	[...]	Beweismittel act. [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [D]

864. Das Projekt ist in [den sichergestellten Dokumenten] mit einer Stützofferte zugunsten [L] von [>100] [erwähnt].

b) [L]

865. Am [...] fand eine Begehung statt. In den Akten [L]s findet sich ein Blatt mit handschriftlichen Notizen zu einer Besprechung am selbigen Datum (und im Ordner direkt hinter der Einladung zur Begehung eingeordnet). Auf dem Notizblatt wird zunächst geschrieben „5-6 Eingaben [Entzifferung nicht 100 % gesichert] i.O.“. Am Ende der Notiz werden sechs Namen von konkurrierenden Bauunternehmen aufgelistet: [L], [...] (keine Partei), [...] (keine Partei), [J], [D] und [...] (keine Partei). Neben [L] ([...]) und [...] (Keine Partei) ([...]) stehen Zahlen. Es besteht der Verdacht, dass [L] während bzw. vor oder nach der Begehung ihre Eingabesumme offengelegt hat und sich mit den anderen fünf Teilnehmern der Begehung abgesprochen hat. Aus der Aktenlage geht hervor, dass keine Unternehmen (auch jene die nicht Parteien in der vorliegenden Untersuchung sind) [L] unterboten hat, da [L] den Zuschlag erhalten hat.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [L]

866. [L] bestreitet in ihrer Stellungnahme vom [...] in diesem Projekt geschützt worden zu sein. [Die sichergestellten Dokumenten seien] für [L] nicht nachvollziehbar. Zur Interpretation der beschlagnahmten Dokumente sagt [L], dass die Preisinformationen eines Konkurrenten auf der Notiz zur Begehung vom [...] erst anlässlich von

Abgebotsrunden eingetragen worden seien. Das ergebe sich daraus, dass das Schriftbild des oberen Teils des Dokuments (welches während der Begehung erstellt worden sei) nicht mit dem Schriftbild des unteren Teils (die Preisinformationen eines Konkurrenten) übereinstimme.

867. Am [...] nahm [L] noch schriftlich zu diesem Fall Stellung und bestätigte ihre bisherigen Ausführungen. Die Notiz sei an der Begehung vom [...] erstellt worden und nachträglich ergänzt worden. Nach der Offerteingabe sei es zu Abgebotsrunden gekommen.

b) [D]

868. [D] äussert sich in ihrer Stellungnahme vom [...] nicht zu diesem Fall. Während der Anhörung vom [...] Oktober 2011 sagte Herr [[D] AG] aus, dass er daran festhalte, dass [D] zugunsten von [L] eine Stützofferte eingereicht habe. Allerdings könne es sein, dass nicht [L] auf [D] zugekommen sei, sondern dass [D] [L] kontaktiert habe. Denn das Projekt [...]. Das bringe gar nichts. Wenn er aber [L] schütze, könne er [L] bei einem späteren Projekt an seine Stützofferte erinnern.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

869. Den Ausführungen von [L] kann insofern gefolgt werden, als der Eintrag von Preisinformationen eines Konkurrenten auf den Notizen vom [...] ein anderes Schriftbild als die übrigen Einträge aufweist. Dass diese Preisinformationen erst anlässlich einer Abgebotsrunde eingetragen wurden, ist durchaus denkbar. Dies ändert aber nichts am Eintrag dieses Projekts auf [den sichergestellten Dokumenten]. Herr [[D] AG] hat an der Anhörung vom [...] Oktober 2011 am Schutz zugunsten von

[L] festgehalten. Er hat zudem darauf hingewiesen, dass es sehr gut sein könne, dass [D] direkt auf [L] zugegangen sei, und um Zustellung des Preises von [L] gebeten habe, da [...] ohnehin nicht eine ernsthafte Offerte einreichen wollte. Allerdings spielt es keine Rolle, wer die Initiative für den Austausch von Preisen und die Vereinbarung über die Steuerung von Zuschlägen ergriffen hat. Entscheidend ist, dass [L] einem Konkurrenten ihren Preis offengelegt hat. Damit war er einverstanden, für das Projekt von einem Schutz zu profitieren.

E. Ergebnis

870. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 108 zu einer Vereinbarung über die Steuerung des Zuschlags zwischen [L] (Schutz) und [D] (Stützofferte) über die Steuerung des Zuschlags gekommen ist. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

Fall 109: [...]

A. Ausschreibung

871. [Öffentlicher Auftraggeber] schrieb [...] für Bauarbeiten mit der Eingabefrist [...] aus. [...].

872. [...].

Ausschreibungsbeteiligte Fall 109

Offerenten	Offertsummen	Bemerkungen
ARGE [D]/[K]	[...]: 100 [...]: 100	Schutz [...]: Beweismittel act. [...]. Schutz [...]: Beweismittel act. [...]. Zuschlag erhalten für [...].
ARGE [...] (Variante 1)	[...]: [...]	
ARGE [...] (Variante 2)	[...]: [...]	
ARGE [J]/[L]	[...]: [...] [...]: [...]	Stützofferte [...]: Beweismittel act. [...]. Stützofferte [...]: Beweismittel act. [...].

Offertöffnungsprotokoll vom [...].

B. Hausdurchsuchungen und Bonusmeldungen

a) [L]

873. In einem Ordner von [L] befinden sich handschriftliche Notizen, die auf eine Besprechung im [...] zwischen Vertretern der folgenden vier Firmen hinweisen: [K], [J], [D] und [L]. Gemäss der Notiz haben sich die vier Unternehmen Gedanken gemacht, ob für dieses Projekt die Bildung einer ARGE möglich wäre. Zudem ist auf der Notiz vermerkt „Konkurrenzsituation → [I] / [M] / [...] / [...]“ und „→ Wie steht die?“. Ausserdem geht aus der Notiz hervor, dass die Firmen [D] und [K] ihr Interesse am [...] bekundet haben. Anlässlich dieses Treffens wurde für den Freitag, [...], 11 Uhr bei der Firma [D] ein weiteres Treffen vereinbart. Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom [...] hat die ARGE [D]/[K] das tiefste Angebot eingereicht.

874. Im selben Ordner findet sich ein Ausdruck der Submissions-Plattform Infobau vom [...] auf welchem neben den in der Tabelle zu Fall 109 genannten Unternehmen auch die Unternehmen [...], [M], [G] und [P] genannt sind. Auch diese Unternehmen dürften demnach ursprünglich die Absicht gehabt haben, sich an der

Submission zu beteiligen. Auf dem Offertöffnungsprotokoll sind diese Unternehmen jedoch nicht aufgeführt.

875. Schliesslich liegt eine handschriftliche Notiz zu einer Besprechung vom [...] zwischen [L] und [J] (...) vor, auf welcher „[...] = scharf“ zu lesen ist.

b) [J]

876. Im schwarzen Notizheft befindet sich eine handschriftliche Notiz zu einer Besprechung vom [...] zwischen [J], [L], [K] und [D] zum Projekt [...]. Hinter [...] ist ein Pfeil mit dem Vermerk „[D]“ zu finden. Zudem findet sich ein Hinweis auf die Konkurrenz – Analyse mit [M] / [...], [...] und [I]. Schliesslich wird auch in dieser Notiz auf eine auf ein weiteres Treffen am Freitag hingewiesen: „Freitag 1100 [D]!“ (der darauffolgende Freitag war der [...]). Diese Notiz dürfte dieselbe Besprechung betreffen, wie jene, zu welcher bei [L] eine Notiz gefunden wurde.

877. Im schwarzen Notizheft befindet sich eine zweite Notiz zur Eingabe [...]. Sie dürfte dieselbe Besprechung betreffen, zu welcher auch bei [L] eine Notiz gefunden worden ist. Einmal mehr wird die Analyse der Konkur-

renzsituation angesprochen und auf [...]/[D], [M]/[B], [A]/[...], [...] (keine Partei), [P] und [I] hingewiesen.

878. [D] schreibt in ihrer Antwort zum Fragebogen, dass es für dieses Projekt keinen Schutz gab.

879. Gemäss der Antwort zum Fragebogen vom 25. August 2010 war ursprünglich geplant, eine ARGE bestehend aus vier Unternehmen ([J], [L], [D] und [K]) für dieses Projekt zu bilden. Die Parteien konnten sich jedoch nicht auf die Erstellung eines gemeinsamen Angebotes einigen. Folglich wurden zwei verschiedene ARGE gebildet, zwischen denen, gemäss [J], keine Koordination stattfand.

C. Stellungnahmen und Anhörungen der Parteien

a) [D]

880. [D] weist in ihrer Stellungnahme vom [...] darauf hin, dass sie die ARGE mit [K] aus zwei Gründen eingegangen sei: Es habe sich zu einem grossen Teil um [...] gehandelt und [D] verfüge selbst über keine [...]. Zudem habe [D] zu der Zeit wenig Kapazitäten gehabt. [D] und [K] seien von [L] und [J] angefragt worden, ob sie an einer ARGE zu viert interessiert wären. Für die ARGE [D] und [K] sei klar gewesen, dass sie keine ARGE zu viert eingehen wolle, da dafür das Bauvolumen zu klein gewesen wäre. Die ARGE [D]/[K] habe sich in der Folge mit [L] und [J] an einen Tisch gesetzt. Dies sei aus Höflichkeit gegenüber den beteiligten Unternehmen geschehen. [D] und die [K] hätten sich vor dem Gespräch bereits geeinigt gehabt, keine strategisch wichtigen Informationen preiszugeben und die ARGE nicht zu erweitern. Über Preise sei nie gesprochen worden. Dies ergebe sich aus den Vorsprüngen, welche [D] in [...] gegenüber dem zweitplatzierten gehabt habe: [...]. Wäre es zu einer Absprache gekommen, wäre der Vorsprung jeweils 2 – 3 % gewesen. [L] und [J] hätten für [...] ein Pauschalangebot eingereicht, welches allerdings mit CHF [...] rund 10 % höher als jenes von [D]/[K] war. Die Notizen zu Fall 109, wonach [...] für [D] bestimmt sei, könne [D] nur so deuten, dass es wohl die Absicht dieser beiden Unternehmen gewesen sei, [...] in einer möglichen ARGE zu viert durch die Unternehmen [D]/[K] ausführen zu lassen, während [...] durch die Unternehmen [L] und [J] ausgeführt worden wären.

b) [K]

881. [K] bringt vor, im Fall 109 habe keine Absprache stattgefunden. Es habe lediglich Gespräche über die Bildung einer ARGE zu viert gegeben. Es seien keine Offertsummen koordiniert worden.

c) [J]

882. [J] bringt vor, aus den bei [L] und [J] gefundenen Notizen ergebe sich nicht, dass es im Fall 109 zu einer Abrede gekommen sei. Die Notizen liessen viel Interpretationsspielraum offen. Das Sekretariat unterschlage zudem, dass vor dem Namen von [J] auf der ausgedruckten Liste des Baumeisterverbands ein Kreis markiert sei, was darauf hindeute, dass sich [J] gerade nicht an einer Submissionsabsprache beteiligt habe. Dies werde sogar von [D] bestätigt. Die vom Sekretariat genannten Akten würden eine unzulässige Abrede nicht belegen. An der Anhörung vom [...] Oktober 2011 wurde [J] die oben genannten Aktenstücke vorgelegt. [J] sagte

dazu, sie könne dazu nicht Stellung nehmen. Herr [[J] AG] könne „zu einer derart komplexen Geschichte“ nicht Stellung nehmen. In ihrer schriftlichen Stellungnahme vom [...] hielt [J] an ihrer bisherigen Ausführungen fest. Die Notizen in act. [...] seien vom [...] der [J] AG, Herrn [...], an der Sitzung vom [...] mit [D], [L] und [K] erstellt worden. Die Notizen würden festhalten, welches Unternehmen der ARGE-Partner jeweils [...] übernehmen sollte (für [...] sollte z.B. [D] [...] übernehmen).

d) [L]

883. [L] bestreitet die Vorwürfe. Die vier genannten Unternehmen hätten sich nur getroffen, um über die Bildung einer ARGE zu sprechen. [D] wäre aber nur bereit gewesen, eine ARGE einzugehen, wenn man [J] nicht berücksichtigt hätte. Dass man sich anlässlich einer solchen ARGE-Besprechung auch über die Konkurrenzsituation unterhalte, sei nachvollziehbar. An der Anhörung vom [...] Oktober 2011 hielt [L] an ihren Ausführungen fest. Der Vermerk in act. [...] „[D] → *Bi mei*“ bedeute, dass [L] gehofft habe für [L]/[J] die [...] zu erhalten und dass sie vielleicht [D] und [K] hätten [...] bearbeiten lassen können. Der Ausdruck „scharf“ heisse „mit einem sehr tiefen Preis“. Bei [...] sei es wohl um grosse Belagsmengen und Kiesmengen gegangen, das führe zu einem tiefen Preis. Preisinformationen seien aber an der einen gemeinsamen Sitzung keine ausgetauscht worden. [L] sei sicher auch an [...] interessiert gewesen. [L] habe aber mit dem Preis von [D]/[K] nicht mithalten können. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass die Preisunterschiede bei Vorliegen einer Abrede nicht so hoch gewesen wären.

D. Auswertung der Stellungnahmen und der Anhörungen

884. Sämtliche der vorgenannten Parteien bestreiten eine Beteiligung an einer unzulässigen Abrede in diesem Fall. Es sei zwar zu einem Treffen zwischen [D] und [K], welche [...] schliesslich erhalten haben, und [J] und [L] gekommen. Dabei habe man aber keine Abreden getroffen. Klar ist jedoch, dass an diesem Treffen die Information von [K] und [D] an [J] und [L] ging, dass sie an [...] sehr interessiert sind. [D] machte geltend, sie habe [J] und [L] nur aus Höflichkeit persönlich treffen wollen und es seien keine strategischen Informationen ausgetauscht worden. Die Information über ein starkes Interesse ist aber eine strategische Information. Dieses Treffen zeigt exemplarisch, wie sorglos sogar grössere Baugeschäfte noch immer mit dem Austausch von kartellrechtlich heiklen Informationen umgehen. [D] hatte von Anfang an kein Interesse an einer ARGE mit [J] und [L]. Somit war sie für ihre Entscheidungsfindung bezüglich der Bildung einer ARGE auf keine Informationen von der Gegenseite angewiesen und musste solche auch nicht übermitteln. Die von [D]/[K] übermittelten Informationen sind bei [J] und [L] offenbar angekommen. [L] hielt schriftlich fest, dass [...] scharf zu rechnen seien, woraus sich ergibt, dass [...] nicht scharf zu rechnen ist. Sogar wenn man den Parteien glauben will, dass „scharf rechnen“ nicht bedeute, dass ein Projekt nicht abgesprochen sei, sondern bedeute, dass bei der Kalkulation der Offerte ans Limit gegangen werden müsse, um eine Chance auf den Auftrag zu haben, erfüllt der hinter diesen Notizen stehende Informationsaustausch auch ohne

eine Information über die Preise den Abredetatbestand. [L] und [J] wussten, dass [D] und [K] [...] unbedingt haben wollten. Sie beschliessen, für [...] nicht scharf zu rechnen. Das kommt einem Offertverzicht gleich. Aufgrund des Informationsaustausches zwischen [L], [J], [D] und [K] stimmten diese Baugeschäfte ihr Verhalten so aufeinander ab, dass ein Wettbewerb vorgetäuscht wurde, der gar nicht mehr bestand. Ihre Absprache war erfolgreich.

E. Ergebnis

885. Damit ist bewiesen, dass es im Fall 109 [...] zu einer abgestimmten Verhaltensweise über die Steuerung des Zuschlags zwischen [K] und [D] (Schutz) einerseits und [J] und [L] (Stützofferte) andererseits kam. Der Wettbewerb wurde durch die Abrede beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

886. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das KG geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.⁹⁸ Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbstständige Unternehmen unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.⁹⁹

887. Wie es sich mit einer allfälligen konzernmässigen Eingebundenheit der Gesellschaften, gegen welche die vorliegende Untersuchung eröffnet wurde, verhält, kann bezüglich des persönlichen Geltungsbereichs des KG vorliegend offen bleiben. Rein konzerninterne, nicht unter das KG fallende Sachverhalte¹⁰⁰ stehen hier offenkundig nicht zur Beurteilung. Fest steht, dass alle diese Gesellschaften rechtlich selbstständige, im Wirtschaftsprozess als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und/oder Dienstleistungen auftretende Gesellschaften sind. Ob diese Gesellschaften nun auch wirtschaftlich selbstständig sind oder ob sie als Teil eines Konzerns wirtschaftlich unselbstständig sind, ist unerheblich; vom persönlichen Geltungsbereich des KG erfasst ist das Geschehen so oder so, im ersten Fall unmittelbar aufgrund dieser Gesellschaft und im zweiten Fall aufgrund des Konzerns in seiner Gesamtheit. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG die Frage nicht beantwortet, wer (materieller) Verfügungsadressat ist (siehe dazu unter B.2).¹⁰¹

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

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

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

B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

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

B.2 Verfügungsadressaten

B.2.1 Muttergesellschaft

891. Als materielle Verfügungsadressatinnen gelten diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden.¹⁰²

892. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner jüngeren kartellrechtlichen Rechtsprechung festgehalten, es könne aufgrund der hundertprozentigen Angehörigkeit einer Tochtergesellschaften zur Muttergesellschaft sowie diversen personellen Verflechtungen zwischen diesen Gesellschaften davon ausgegangen werden, dass die Tochtergesellschaft zwar rechtlich, aber nicht wirtschaftlich selbstständig auftritt. Folglich liege ein Konzern vor. Gestützt darauf erachtete es das Bundesverwaltungsgericht als korrekt, die Muttergesellschaft als Verfügungsadressatin zu betrachten und ihr die Sanktionierung aufzuerlegen.¹⁰³

⁹⁸ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27.

⁹⁹ Der Konzernbegriff bestimmt sich bezüglich des persönlichen Anwendungsbereichs des KG also nach dem sog. Leitungsprinzip, siehe etwa BSK KG-JENS LEHNE (Fn 98), Art. 2 KG N 29 m.w.H.

¹⁰⁰ Etwa VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2008 Rz 1245.

¹⁰¹ RPW 2004/2, 419 Rz 56, *Swisscom ADSL*.

¹⁰² RPW 2007/2, 200 Rz 69, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

¹⁰³ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.4 f., *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; siehe dazu auch RPW 2011/1, 109 Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

893. Gemäss der Praxis der EU-Kommission und nach der Rechtsprechung des EuGH haftet die Muttergesellschaft für die Kartellrechtsverstösse ihrer Tochtergesellschaft, wenn die Muttergesellschaft in der Lage ist, einen entscheidenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft auszuüben und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausgeübt hat. Dabei besteht nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine (widerlegbare) Vermutung, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, wenn die Tochtergesellschaft zu 100 % im Eigentum der Muttergesellschaft steht.¹⁰⁴ Der EuGH hat weiter klargestellt, dass eine Einflussnahme der Konzernmutter auf die Tochtergesellschaft in strategischen Angelegenheiten genügt¹⁰⁵ und es insbesondere nicht erforderlich ist, dass der Einfluss auf den konkreten Geschäftsbereich ausgeübt wird, in dem der Kartellrechtsverstoss stattgefunden hat.¹⁰⁶ Diese Praxis hat zur Folge, dass die Konzernmutter nur in extremen Ausnahmefällen nicht für Tochtergesellschaften haftet, von denen sie sämtliche Anteile hält.¹⁰⁷ Damit haftet im europäischen Kartellrecht die Muttergesellschaft grundsätzlich nach denselben Gesichtspunkten, welche auch vom Bundesverwaltungsgericht als relevant betrachtet wurden.

894. Gemäss diesen Ausführungen kann also die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert werden, sobald von einem Konzernverhältnis auszugehen ist. Die vorliegende Untersuchung wurde am 8. Juni 2009 gegen neun Gesellschaften eröffnet und am 19. August 2010 auf acht weitere ausgedehnt. Von diesen 17 Untersuchungsadressatinnen kommt für 14 ein Konzernsachverhalt in Betracht.¹⁰⁸ Unter diesen Gesellschaften brachten einige vor, es liege in ihrem Fall kein Konzernsachverhalt vor. Sie begründeten dies mit Beteiligungsverhältnissen von weniger als 100 %, mit fehlender Verflechtungen zwischen der Mutter- und der Tochtergesellschaft, mit fehlender operativer Tätigkeit der Muttergesellschaft und mit der Entscheidungsfreiheit der Tochtergesellschaft im Tagesgeschäft sowie in strategischen Fragen.

895. Der Grad der Beteiligung, den eine Mutter- an einer Tochtergesellschaft hält, dient nach dem Gesagten lediglich als Vermutungsbasis. Auch Beteiligungsverhältnisse zwischen 50 und 100 % können der Muttergesellschaft eine Beherrschung ermöglichen, deren Wahrnehmung sich beispielsweise in einer personellen Verflechtung im nachfolgenden Sinn äussern kann.¹⁰⁹

896. Unter der personellen Verflechtung wird die Besetzung leitender Funktionen (insbesondere Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) innerhalb der Mutter- und der Tochtergesellschaft durch die gleichen natürlichen Personen verstanden. Sofern neben einer Mehrheitsbeteiligung durch die Muttergesellschaft eine leitende Funktion sowohl bei der Mutter- wie auch bei der Tochtergesellschaft durch die gleiche natürliche Person wahrgenommen wird, kann davon ausgegangen werden, dass mit der Beteiligung auch ein Einfluss auf die Grundsatzentscheide der Tochtergesellschaft ausgeübt wird.¹¹⁰ Von einer Finanzbeteiligung, die aus rein spekulativen Zwecken gehalten wird und ohne Einflussnahme auf den Geschäftsgang jederzeit wieder abgestossen werden könnte, ist unter solchen Umständen jedenfalls nicht auszugehen.

897. Die fehlende operative Tätigkeit der Muttergesellschaft und die Entscheidungsfreiheit der Tochtergesellschaft im Tagesgeschäft ändern nichts an der Beherrschung der Tochter- durch die Muttergesellschaft.

898. Von einer Entscheidungsfreiheit der Tochtergesellschaft in strategischen Fragen kann höchstens dann ausgegangen werden, wenn keine personellen Verflechtungen vorliegen oder der fehlende Einfluss der von den Verflechtungen betroffenen Führungspersonen anderweitig dargelegt wird.

899. Mehrere Parteien machen geltend, es dürfe nicht die Muttergesellschaft, sondern einzig die Tochtergesellschaft als Verfügungsadressatin gelten. [...] bringt vor, die Verfügung habe sich an die Gesellschaft zu richten, die in den von der Untersuchung betroffenen Märkten tätig sei, weil Verfügungsadressatinnen im materiellen Sinne diejenigen natürlichen oder juristischen Personen seien, deren Rechte oder Pflichten durch die Verfügung geregelt werden sollen. Weiter wird ausgeführt, dass die

¹⁰⁴ Urteil des EuGH vom 20.1.2011 C-90/09 P, *General Química u.a.*, Rz 41 f. (siehe auch Kommentar in WuW 2011/3, 315 ff.); siehe auch Urteil des EuGH vom 25.10.1983 107/82, *AEG Telefunken*, Rz 50; Urteil des EuGH vom 16.11.2000 C-286/98 P, *Stora*, Rz 29; Urteil des EuGH vom 10.09.2009 C-97/08 P, *Akzo Nobel und andere/Kommission*, Sl.2009 I-8237 Rz 60.

¹⁰⁵ Ebenso die WEKO in RPW 2007/2, 200 Rz 65, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbeagenturen VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

¹⁰⁶ Urteil des EuGH vom 10.9.2009 C-97/08 P, *Akzo Nobel und andere/Kommission*, Slg. 2009 I-8237 Rz 72 ff.

¹⁰⁷ Vgl. die kurze Darstellung der europäischen Praxis in CHRISTIAN BÜGER, Die Haftung der Konzernmutter für Kartellrechtsverstösse ihrer Tochter nach deutschem Recht, WuW 2011/2, 131 f.; vgl. weiter zum Thema LAURA LA ROCCA, The controversial issue of the parent-company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary, ECLR 2011/2, 68 ff.; FRÉDÉRIQUE WENNER/BERTUS VAN BARLINGEN, European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability, in: Competition Policy Newsletter, 2010/1, 23 ff.; ALEXANDER RIESENKAMPFF/UDO KRAUTHAUSEN, Liability of Parent Companies for Antitrust Violations of their Subsidiaries, in: ECLR 2010/1, 38 ff.; KARL HOFSTETTER/MELANIE LUDESCHER, Der Konzern als Adressat von Bussen im EU-Kartellrecht, in: Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Peter Kunz et al. (Hrsg.), 2009, 485 ff., welche die EU-Praxis aus Unternehmenssicht kritisieren. Vgl. demgegenüber die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 23.4.2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel*, Rz 35 ff.

¹⁰⁸ Siehe dazu die Angaben gemäss den Fragebogen zur Unternehmensstruktur vom 1.2.2011 (Fn 33).

¹⁰⁹ Vgl. zum Ganzen ANNA-ANTONINA SKOCZYLA, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, 2011, 113 f.

¹¹⁰ RPW 2004/2, 420 Rz 60, *Swisscom ADSL*, RPW 2003/1, 92 Rz 23, *VSW-Aufnahmebedingungen*.

[...] auf das Verhalten der [...] keinen Einfluss genommen habe. Ausserdem habe die WEKO in der Vergangenheit ihre Verfügungen an die jeweils im betreffenden Markt tätige Tochtergesellschaft gerichtet. Die hiervon gemachten Ausnahmen seien nicht mit dem vorliegenden Fall vergleichbar. Auch gemäss der REKO/WEF sei die Tochter- und nicht die Muttergesellschaft Verfügungsadressatin. Das Sekretariat habe zudem nicht begründet, weshalb es eine andere Lösung bevorzuge. Ausserdem sei das vom Sekretariat herangezogene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht rechtskräftig. Schliesslich wird darauf hingewiesen, dass die Praxis der Europäischen Kommission nicht relevant sei. Granella führt vergleichbare Argumente gegen die Qualifizierung der Muttergesellschaft als Verfügungsadressatin auf: Die Granella Holding sei rein administrativ tätig und die Tochtergesellschaft Granella AG betreibe den Baugeschäftsbetrieb eigenständig und autonom, trete also rechtlich und wirtschaftlich selbständig im Markt auf und sei deshalb als eigenständiges Unternehmen zu betrachten. Weder das (noch nicht rechtskräftige) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010 in Sachen Publigroupe noch die europäische Praxis würden etwas Gegenteiliges vorschreiben. Ein Konzernverhältnis führe nicht per se dazu, dass die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten sei, es komme vielmehr auf die konkreten Umstände an. Die WEKO habe in der Vergangenheit ausserdem wiederholt Tochtergesellschaften als ausschliessliche Verfügungsadressatinnen in Betracht gezogen. Die geplante Sanktionierung der Muttergesellschaft führe zu einer Konzernsippenhaftung, von der die falschen Anreize für die Einrichtung einer Best Practice Compliance innerhalb von Konzernen ausgehe. Auch Käppeli ist der Ansicht, dass vorliegend einzig die Tochtergesellschaft als Verfügungsadressatin in Frage käme. Ebenso plädieren Knecht, Meier Söhne und G. Schmid dafür, einzig die Tochtergesellschaften mit allfälligen Bussen und Verfahrenskosten zu belasten. Die Knecht Brugg Holding AG sei eine reine Holding AG, die nicht ins operative Geschäft eingreife und die Tochtergesellschaften hätten einen eigenen Marktauftritt. Schliesslich spricht sich Implenja dagegen aus, die Muttergesellschaft als Verfügungsadressatin zu betrachten. Dies ergebe sich bereits daraus, dass eine formelle Ausdehnung der Untersuchung auf die Implenja AG nie erfolgt sei.

900. Den Argumenten dieser Stellungnahmen folgt die WEKO aus nachfolgenden Gründen nicht:

901. Zunächst ist zu sagen, dass aus der Definition der Verfügung – entgegen der Ansicht von [...] – nicht folgt, dass die im betroffenen Markt nicht tätige Gesellschaft a priori als Verfügungsadressatin ausscheidet. Eine Verfügung regelt direkt die Rechte und Pflichten der Verfügungsadressatin. Weshalb sich bereits daraus ergeben soll, dass nur im betroffenen Markt tätige Gesellschaften als Verfügungsadressatinnen in Frage kommen, ist nicht ersichtlich.

902. Ebenso wenig spricht das Fehlen einer operativen Tätigkeit einer Muttergesellschaft dagegen, diese als Verfügungsadressatin zu betrachten. Das Fehlen einer operativen Tätigkeit einer Gesellschaft spricht zwar dagegen, diese als Unternehmen zu betrachten (was vorliegend nicht gemacht wird), da ein Unternehmen ge-

mäss Art. 2 Abs. 1bis KG selbst Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess sein muss. Aufgrund des funktionalen Unternehmensbegriffs bildet bei Konzernsachverhalten der Konzern als Ganzes das Unternehmen. Damit ist aber noch nichts über die Verfügungsadressatinnen gesagt, sodass im Falle eines Konzerns mehrere Gesellschaften als Verfügungsadressatinnen in Frage kommen, so auch eine Muttergesellschaft ohne eigene operative Tätigkeit. Zudem ist es für die Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft nicht erforderlich, dass sie selbst den Kartellrechtsverstoss begangen hat, sodass die Muttergesellschaft auch ohne Aktivität im betroffenen Markt oder gar ohne jede operative Tätigkeit als Verfügungsadressatin in Frage kommt.

903. Eine andere Frage ist, ob bei Konzernsachverhalten die Muttergesellschaft ohne Weiteres als Verfügungsadressatin betrachtet werden darf oder ob hierfür weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Im zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010 wird zunächst der Konzern definiert. In der Folge wird gesagt, dass die Vorinstanz aufgrund der hundertprozentigen Angehörigkeit von vier Gesellschaften zu Publigroupe und den persönlichen Verflechtungen zwischen den Verwaltungsräten und den Geschäftsleitungen zu Recht davon ausgegangen sei, dass die genannten vier Gesellschaften zwar rechtlich, aber nicht wirtschaftlich selbständig auftreten. Diese Ansicht werde dadurch unterstrichen, dass sich Publigroupe in ihrem Internetauftritt selbst als Holdinggesellschaft umschreibe, die alle voll konsolidierten Gesellschaften des Konzerns auf betrieblicher und finanzieller Ebene kontrolliere. Daraus könne ohne Weiteres geschlossen werden, dass Publigroupe die Beteiligungen an den erwähnten hundertprozentigen Tochtergesellschaften nicht ausschliesslich als Investition halte, sondern dass sie über die Ausübung von Aktionärsrechten hinaus Einfluss auf die Tochtergesellschaften nehmen wolle. Entsprechend könne vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen werden, und es sei nicht zu beanstanden, dass die WEKO Publigroupe als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG qualifiziert und die vier Tochtergesellschaften nicht formell in das Untersuchungsverfahren einbezogen habe. Diese Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts bedeuten nichts anderes, als dass es das Gericht bei Vorliegen eines Konzernsachverhalts als zulässig erachtet, einzig die Muttergesellschaft des Konzerns als Verfügungsadressatin anzusprechen. Daraus schliesst die WEKO, dass ein Konzernsachverhalt für sich ausreicht, um eine Verfügung an die Muttergesellschaft zu adressieren. Bei den Parteien, die sich gegen die Adressierung der Verfügung und Sanktion an die Muttergesellschaft aussprechen ([...], Granella, Knecht, Meier Söhne, G. Schmid sowie Käppeli), liegt ein Konzernsachverhalt, d.h. die Absicht der einheitlichen Leitung bzw. die Möglichkeit und effektive Ausübung der Einflussnahme durch die Muttergesellschaft, vor. Ein erster Hinweis hierauf sind die Beteiligungsverhältnisse, von jeweils 70 – 100 %. Bei allen liegen zudem personelle Verflechtungen vor: bei all diesen Parteien hat mindestens eine Person sowohl im Verwaltungsrat der Muttergesellschaft, wie auch im Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft Einsitz. Bei keiner der genannten Parteien bestehen Hinweise darauf, dass die betroffenen Muttergesell-

schaften ihre Beteiligungen ausschliesslich als Investitionen halten. Gestützt auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts kann deshalb von einem Konzern ausgegangen werden, was die Adressierung der Verfügung und Sanktion an die Muttergesellschaft zulässt. Ein Einfluss auf das Tagesgeschäft oder auf die hier zu beurteilenden Submissionsprojekte ist für die Annahme eines Konzerns nicht notwendig, sodass die Abwesenheit eines solchen Einflusses nichts an der Qualifizierung der Muttergesellschaft als Verfügungsadressatin ändert.

904. Gegen die Rüge, die WEKO weiche damit ohne Begründung von der bisherigen Praxis ab, ist zu sagen, dass nicht von einer einheitlichen Praxis gesprochen werden kann. In der kartellrechtlichen Praxis lassen sich Fälle finden, in welchen ausschliesslich die Muttergesellschaft¹¹¹, ausschliesslich die Tochtergesellschaft¹¹² oder beide zusammen¹¹³ als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet wurden. Die letzten beiden Varianten wurden von den Rekursinstanzen bisher nicht ausdrücklich thematisiert und gutgeheissen. Die vorliegende Untersuchung wurde im Einklang mit den bisherigen Submissionsfällen einzig gegen Tochtergesellschaften eröffnet. Für die WEKO dient aber auch ein nicht rechtskräftiges Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als Anleitung für ihre Entscheide, also auch das während der laufenden Untersuchung ergangene Urteil Publigroupe. Darin wird ausschliesslich die Muttergesellschaft eines Konzerns als Verfügungsadressatin betrachtet. Entsprechend rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren die Muttergesellschaften zusätzlich als Verfügungsadressatin zu betrachten.

905. Sodann rügen die Parteien den Hinweis auf die europäische Praxis. Mit diesem Hinweis wird allerdings lediglich dargelegt, dass im europäischen Kartellrecht die Verfügungsadressatinnen nach denselben Kriterien bestimmt werden, wie sie vom Bundesverwaltungsgericht als relevant betrachtet worden sind. Die gerügte Vorgehensweise stützt sich demnach nicht auf das europäische Recht, sondern auf die schweizerische Rechtsprechung. Diese hat das schweizerische Recht konkretisiert, indem sie Kriterien bestimmt hat, welche sich auch im europäischen Kartellrecht wiederfinden. Es spricht deshalb nichts dagegen, auf die reichhaltige Rechtsprechung der europäischen Kommission in dieser Frage hinzuweisen.

906. Einzig Implenja bringt schliesslich vor, die Implenja AG (Muttergesellschaft) komme nicht als Verfügungsadressatin in Frage, weil die vorliegende Untersuchung nie formell gegen sie eröffnet worden sei. Die Eröffnung einer Untersuchung gegen die Tochtergesellschaft umfasst allerdings auch deren Muttergesellschaft bzw. die übrigen Gesellschaften desselben Unternehmens. Eine allenfalls fehlende oder anderslautende Publikation einer solchen Eröffnung führt zu keinem anderen Ergebnis, da der Publikation lediglich deklaratorische Wirkung zukommt.¹¹⁴ Im Übrigen wurde sämtlichen in dieses Verfahren involvierten Muttergesellschaften der Antrag zur Stellungnahme zugestellt, sodass das Recht auf Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG gewährleistet war.

B.2.2 Tochtergesellschaft

907. Neben oder anstelle der Muttergesellschaften kommen bei Konzernsachverhalten auch die jeweiligen

Tochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen in Betracht. So hat die WEKO in der Vergangenheit wiederholt Verfügungen ausschliesslich an Tochtergesellschaften gerichtet, obwohl ein Konzernsachverhalt vorlag, womit auch die (Sanktions-) Adressierung an die Muttergesellschaft in Frage gekommen wäre.¹¹⁵ Daneben kam es auch vor, dass die WEKO sowohl die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet und unter solidarischer Haftbarkeit sanktioniert hat.¹¹⁶ Diese Vorgehensweise ist auch in der Rechtsprechung der Europäischen Union zu beobachten.¹¹⁷

908. Die bisherige Praxis bietet also unterschiedliche Ansätze für die Lösung der mit Konzernsachverhalten verbundenen Probleme der Bestimmung des oder der (materiellen) Verfügungs- und damit Sanktionsadressaten innerhalb eines Konzerns. Eines dieser Probleme – und zwar ein sehr gewichtiges – ist die akute Gefährdung der Durchsetzbarkeit des schweizerischen Kartellrechts, falls nur noch auf die Muttergesellschaft (die in vielen Fällen ihren Sitz im Ausland haben dürfte) zurückgegriffen werden kann.

909. Diese Problematik ist vorliegend nicht gegeben. Allerdings erscheint es als gerechtfertigt, sich aufgrund der bisherigen Vorgehensweisen der Wettbewerbsbehörden für die solidarische Haftbarkeit der Mutter- und der Tochtergesellschaft zu entscheiden. Für diese Variante spricht auch die Tatsache, dass die oben genannte,

¹¹¹ Siehe dazu Fn 103.

¹¹² Siehe dazu Fn 115.

¹¹³ Siehe dazu Fn 116.

¹¹⁴ BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 29 N 29.

¹¹⁵ RPW 2009/3 197 Rz 5 und 203 Rz 37 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*: In dieser Verfügung wird beispielsweise die Elektro Burkhalter AG ausdrücklich als Teil der Burkhalter-Gruppe bezeichnet und dennoch als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert; RPW 2008/1, 87 Rz 13 und 94 Rz 68 ff., *Strassenbeläge Tessin* (bestätigt durch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 377 f. E. 3, *Implenja (Ticino) SA/WEKO*): In dieser Verfügung wird die Batigroup (Ticino SA; später Implenja (Ticino) SA) als Unternehmen bezeichnet und durch das Dispositiv verpflichtet, obwohl es sich bei dieser um eine abhängige Gesellschaft eines Konzerns gehandelt haben dürfte; RPW 2007/2, 250 Rz 46, *Terminierung Mobilfunk*: In dieser Verfügung wird die Swisscom Mobile AG, als Unternehmen bezeichnet und mit einer Sanktion belegt; auch bei dieser handelte es sich um eine abhängige Konzerngesellschaft (in den diesbezüglichen Beschwerdeverfahren wurden weder die Begriffe des Verfügungs- und Sanktionsadressaten noch der Unternehmensbegriff thematisiert [Urteil des BVGer, RPW 2010 262 E. 3.1 und 307 E. 10.7.5, *Swisscom Schweiz AG/WEKO* und Urteil des BGer 2C_343/2010 vom 11. April 2011, E. 2.3 und 3.1]).

¹¹⁶ RPW 2010/1, 120 Rz 27, *Preispolitik Swisscom ADSL*; wohl bereits in diesem Sinn RPW 2004/2, 421 Rz 66f., *Swisscom ADSL*; die solidarische Haftbarkeit von Mutter- und Tochtergesellschaft ist in der Lehre allerdings umstritten: dafür – allerdings noch unter dem KG 1995: PATRIK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 50 KG N 8; LAURENT MOREILLON, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 50 KG N 7; dagegen: SKOCZYLAAS (Fn 109), 129 f. m.w.H.

¹¹⁷ Urteil des EuGH vom 10.09.2009 C-97/08 P, *Akzo Nobel und andere/Kommission*, Sl.2009 I-8237 Rz 77; siehe dazu auch FRÉDÉRIQUE WENNER/BERTUS VAN BARLINGEN, European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability, in: Competition Policy Newsletter, 2010/1, 23 ff., 27: „In view of the Court's ruling, parent companies should now systematically expect to be held jointly and severally liable for the anticompetitive infringement committed by their wholly owned subsidiaries.“ Für weitere Beispiele siehe die Übersicht in SKOCZYLAAS (Fn 109), 70 ff.

in dieser Form erstmalige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erst während der Dauer der vorliegenden Untersuchung, welche im Einklang mit den früheren Verfügungen im Bereich der Submissionsabsprachen gegen Tochtergesellschaften eröffnet wurde,¹¹⁸ ergangenen ist.

910. Keine Partei macht geltend, dass im vorliegenden Fall eine Konzern-Tochtergesellschaft nicht als Verfügungsadressatin zu betrachten sei. Im Gegenteil: [...], Granella und Knecht, Meier Söhne und G. Schmid, Käppeli sowie Implenia bringen vor, es seien ausschliesslich die Tochtergesellschaften als Verfügungs- und Sanktionsadressatinnen zu betrachten. Diese (allerdings ohne Käppeli) sprechen sich zudem gegen die solidarische Haftbarkeit aus. Auch Birchmeier ist nicht mit der solidarischen Haftbarkeit von Mutter- und Tochtergesellschaft einverstanden, sie hält aber nicht fest, ob nur die Mutter- oder nur die Tochtergesellschaft als Verfügungsadressatin zu betrachten sei.

911. Haftungsgrundlage der Kartellrechts-Sanktionen bildet Art. 49a KG. Dieser bestimmt, dass „*ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, [...] mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet*“ wird. Die SVKG enthält keine präzisierenden Angaben zu den Sanktionsadressaten. Die Bestimmung der Sanktionsadressatin hängt somit von der Bestimmung des Unternehmensbegriffs bzw. den innerhalb eines Unternehmens ansprechbaren Gesellschaften ab. Diese Vorgehensweise führt zum selben Ergebnis wie die Bestimmung der Verfügungsadressatin. Kommen innerhalb eines Konzerns mehrere Verfügungsadressatinnen in Frage, steht auch einer solidarischen Haftbarkeit nichts entgegen.

912. Die Qualifizierung von Konzern-Tochtergesellschaften als Verfügungsadressatinnen wird von keiner Partei in Frage gestellt und entspricht dem bisherigen Vorgehen der WEKO, insbesondere in Untersuchungen zu Submissionsabsprachen. Die WEKO ist mit den Parteien der Ansicht, dass eine direkt an einem Kartellrechtsverstoss beteiligte Konzern-Tochtergesellschaft nach wie vor als Verfügungsadressatin und damit als Sanktionsadressatin gelten soll, einerseits weil dieser die verbotene Handlung direkt zugeordnet werden kann, andererseits weil die ausschliessliche Verantwortlichkeit der Konzern-Muttergesellschaft die Durchsetzbarkeit des schweizerischen Kartellrechts gefährden würde.

913. Wie oben dargelegt, kann auch die Konzern-Muttergesellschaft als Verfügungsadressatin und damit als Sanktionsadressatin betrachtet werden. Eine Sanktion nach Kartellrecht kann bei Konzernsachverhalten sowohl an die Konzern-Mutter- wie auch an die Konzern-Tochtergesellschaft gerichtet werden, womit auch eine solidarische Haftbarkeit möglich sein muss.

914. Käppeli macht schliesslich geltend, [...] von [...] vom Sekretariat berücksichtigte Fälle, könnten ihr (und auch keiner anderen Gesellschaft der Notter-Gruppe) nicht angelastet werden. Es handle sich um die Fälle [...] und [...]. Diese Projekte fielen in eine Zeit, in welcher der Geschäftsbereich Tiefbau, der für diese Projekte zuständig war, noch zur A. Käppeli's Söhne AG, Wohlen,

gehört habe. Die A. Käppeli's Söhne AG habe diesen Geschäftsbereich in der Folge der neu gegründeten Käppeli verkauft. Deshalb hätten die Fälle [...] keinen Bezug zur Käppeli oder einer anderen Gesellschaft der Notter-Gruppe.

915. Dieser Argumentation ist zu folgen. Sofern an einer Abrede beteiligte Gesellschaften zum Zeitpunkt der Sanktionierung noch bestehen, sind Sanktionen an diese zu richten.¹¹⁹ Die A. Käppeli's Söhne AG besteht noch heute, sodass die Käppeli bzw. eine andere Gesellschaft der Notter-Gruppe nicht als Verfügungsadressatin in Frage kommt. Die Fälle [...] und [...], welche einen Zeitraum betreffen, während welchem die Käppeli noch gar nicht existierte und während welchem zwischen keiner Gesellschaft der Notter-Gruppe und der A. Käppeli's Söhne AG eine Verbindung bestand, sind somit für die Käppeli nicht zu berücksichtigen. Für die Fälle [...] ist allerdings die Käppeli bzw. die Kupera Holding AG unter solidarischer Haftbarkeit verantwortlich.

916. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass für die Verfügungsadressatinnen Umbricht Holding AG und ERNE Holding AG Laufenburg für ihre jeweiligen Tochtergesellschaften Neue Bau und Gebr. Meier eine differenzierte Vorgehensweise in Bezug auf die solidarische Haftbarkeit vorzunehmen ist. Die Umbricht Holding AG hat die Neue Bau während deren Absprachetätigkeit übernommen. Für die Fälle vor der Übernahme durch die Umbricht Holding AG fällt somit eine solidarische Haftbarkeit ausser Betracht. Dasselbe gilt für die ERNE Holding AG Laufenburg, welche die Gebr. Meier während deren Absprachetätigkeit übernommen hat. Diese Differenzierung wird unter dem Titel der Sanktionsbemessung vorgenommen.

917. Nach dem Gesagten ergeben sich folgende materielle Verfügungsadressatinnen:

- [EFAG]
- G. Schmid¹²⁰
- Hüppi¹²¹
- Neue Bau¹²²
- Treier

¹¹⁸ Siehe Rz 23.

¹¹⁹ Vgl. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a N 100.

¹²⁰ G. Schmid wurde während der untersuchten Periode nicht durch eine andere Gesellschaft beherrscht und stellt deshalb selbst ein Unternehmen dar, an welche die Verfügung und die Sanktion zu richten ist (vgl. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 119), Art. 49a N 100).

¹²¹ Die Publikation der Untersuchungsausdehnung (siehe Fn 27) richtet sich an die Zweigniederlassung Aarau, was allerdings unbeachtlich ist, da eine Untersuchungseröffnung jeweils auch die affilierten Gesellschaften umfasst. Im Übrigen kommt der Publikation nur deklaratorische Wirkung zu (BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 114), Art. 29 N 29).

¹²² Die Untersuchungseröffnung gegen Neue Bau wurde nicht publiziert, was allerdings unbeachtlich ist, da die Untersuchungseröffnung gegen die Umbricht publiziert wurde und Neue Bau von derselben Muttergesellschaft beherrscht wird. Zudem kommt der Publikation ohnehin nur deklaratorische Wirkung zu (siehe dazu Hinweise in Fn 121). Neue Bau wurde erst 2009 von Umbricht übernommen und stellt deshalb selbst ein Unternehmen dar, an welche die Verfügung und die Sanktion zu richten ist (vgl. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 119), Art. 49a N 100).

- Aktiengesellschaft Cellere, St. Gallen (Muttergesellschaft)
 - - Cellere (Tochtergesellschaft)
- Daedalus Holding AG (Muttergesellschaft)
 - - Sustra (Tochtergesellschaft)
- ERNE Holding AG Laufenburg
 - - Erne (Tochtergesellschaft)
- Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau¹²³ (Tochtergesellschaft)
- Granella Holding AG (Muttergesellschaft)
 - - Granella (Tochtergesellschaft)
- GZU Gewerbezentrum Unterfeld AG (Muttergesellschaft)
 - - Birchmeier (Tochtergesellschaft)
- [...]
- - Graf (Tochtergesellschaft)
- Implenia AG, Dietlikon (Muttergesellschaft)
 - - Implenia (Tochtergesellschaft)
- KUPERA Holding AG (Muttergesellschaft)
 - - Käppeli (Tochtergesellschaft)
- Knecht Brugg Holding AG (Muttergesellschaft)
 - - Knecht (Tochtergesellschaft)
- Meier Söhne (Tochtergesellschaft)
- Umbricht Holding AG (Muttergesellschaft)
 - - Umbricht (Tochtergesellschaft)
- [...]
- - Walo¹²⁴ (Tochtergesellschaft)
- Ziegler Holding AG (Muttergesellschaft)
 - - Ziegler (Tochtergesellschaft)

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

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

919. Da auch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) sowie kantonale Erlasse Bestimmungen über Submissionen enthalten, erscheint es als angebracht, deren Bezug zum KG zu prüfen.

920. Das BöB sieht in Art. 11 Bst. e vor, dass die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder Anbieter vom Verfahren ausschliessen kann, wenn diese Abreden

getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen. Die Kantone kennen vergleichbare Vorschriften (für den Kanton Aargau § 28 Abs. 1 Bst. e SubmD AG¹²⁵). Der Wortlaut dieser Bestimmung deckt sich weitgehend mit demjenigen von Art. 5 KG. Es stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des BöB (und damit der VöB) zum KG – mithin, ob ein und derselbe Sachverhalt (Submissionsabsprache) Gegenstand sowohl des submissionsrechtlichen (Art. 11 BöB bzw. § 28 Abs. 1 Bst. e SubmD AG) als auch des kartellrechtlichen (Art. 5 KG) Verfahrens sein kann. Diese Frage ist in Übereinstimmung mit dem Bundesverwaltungsgericht und der REKO/WEF zu bejahen.¹²⁶ Erfüllt ein Sachverhalt je einen der gesetzlichen Tatbestände des KG und des BöB bzw. der kantonalen Erlasse zum öffentlichen Beschaffungswesen, können beide Gesetze parallel zur Anwendung kommen. Zur Begründung kann Folgendes ausgeführt werden:¹²⁷

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

922. Der aus der Sicht des BöB eingeschränkte Rechtsgüterschutz (nämlich der Schutz des öffentlichen Ausschreibers) zeigt sich insbesondere darin, dass sich Art. 11 Bst. e BöB nur auf verdeckte (Preis-) Absprachen bezieht, das heisst auf Absprachen, die der Auftraggeberin nicht offengelegt werden. Das KG trifft derartige

¹²³ Die Untersuchungseröffnung gegen Gebrüder Meier wurde nicht publiziert, was allerdings unbeachtlich ist, da die Untersuchungseröffnung gegen die Erne publiziert wurde und Gebrüder Meier von derselben Muttergesellschaft beherrscht wird. Zudem kommt der Publikation ohnehin nur deklaratorische Wirkung zu (siehe dazu Hinweise in Fn 121).

¹²⁴ Die Publikation der Untersuchungseröffnung (siehe Fn 25 f.) richtet sich an die Zweigniederlassung Aarau, was allerdings unbeachtlich ist, da eine Untersuchungseröffnung jeweils auch die affilierten Gesellschaften umfasst. Im Übrigen kommt der Publikation nur deklaratorische Wirkung zu (siehe dazu Hinweise in Fn 121).

¹²⁵ Aargauisches Submissionsdekret vom 26.11.1996 (SubmD; SAR 150.910).

¹²⁶ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 378 E. 4 m.w.H. auf die gleichlautende, gemäss BVGer einhellige Lehre, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*; Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2005/1, 190 ff. E. 5.1 f., *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/WEKO*.

¹²⁷ Siehe zum Ganzen auch die ständige Rechtsprechung der WEKO: RPW 2009/3, 203 f. Rz 42 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2008/1, 94 f. Rz 73 ff., *Strassenbeläge Tessin*; ferner RPW 2009/4, 341 f. Rz 19 ff., *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*; siehe auch RPW 2006/2, 407 IV. 7, *Wettbewerb und Vergaberecht – Wettbewerbspolitisch Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes*.

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.

923. Schliesslich unterscheiden sich die beiden Verfahren auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolge. Während die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens¹²⁸ der zuständigen Behörde nur (aber immerhin) erlauben, einen allenfalls erfolgten Zuschlag zu widerrufen, die Teilnehmer der Submissionsabsprache aus dem Verfahren auszuschliessen und/oder aus dem Verzeichnis der qualifizierten Anbieter zu streichen, kann die WEKO seit 1. April 2004 gemäss Art. 49a KG auch direkte Sanktionen verhängen.

924. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Beurteilung von Vergangenheitssachverhalten denn auch die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden im Bereich der öffentlichen Beschaffungen bestätigt.¹²⁹

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

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

B.4 Vorbemerkungen zur Beweiswürdigung und zum Beweismass

927. Im Kartellverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG sowie sinngemäss Art. 40 BZP¹³⁰). Die Wettbewerbsbehörden würdigen dementsprechend die Beweise nach bester Überzeugung und ziehen ebenso die Schlüsse daraus, ohne dabei an starre Beweisregeln gebunden zu sein,¹³¹ was – selbstverständlich – die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien einschliesst¹³².

928. Hinsichtlich des Beweismasses, welches im ordentlichen¹³³ Kartellverfahren erfüllt sein muss, gilt zusammenfassend Folgendes:

929. Grundsätzlich ist in ordentlichen Verwaltungsverfahren ein Beweis erbracht, wenn die Behörde von der Verwirklichung des rechtserheblichen Umstands überzeugt ist,¹³⁴ wobei hierfür eine absolute Gewissheit nicht erforderlich ist¹³⁵, was weitestgehend mit dem sog. Regelbeweismass im Zivilrecht und dem vollen Beweis im Strafrecht übereinstimmen dürfte.

930. Hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist dieses Beweismass jedoch herabgesetzt und es muss nur, aber immerhin, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit gegeben sein.¹³⁶ Gemäss REKO/WEF erscheint das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit namentlich „(...) im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang als besonders angezeigt, zumal ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind“¹³⁷. Insbesondere für den Nachweis aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen genügt gemäss REKO/WEF das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit und der volle Beweis muss nicht erbracht werden.¹³⁸ Dabei ist allerdings zu beachten, dass eine sachlich begründete Vermutung einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise – wie sie aus Sicht der RE-

KO/WEF aufgrund diverser, an dieser Stelle nicht im Einzelnen zu wiederholender Indizien bezüglich vierer Konkurrenzunternehmen bei einer Submission bestand – noch keine überwiegende Wahrscheinlichkeit begründet.¹³⁹

931. Umstritten ist nun, ob das vorerwähnte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit in Kartellverfahren auch dann zur Anwendung gelangt, wenn es – wie vorliegend – um sanktionsbedrohte Tatbestände geht oder ob diesfalls höhere Anforderungen an das Beweismass zu stellen sind.¹⁴⁰ Die REKO/WEF liess diese Frage offen.¹⁴¹

932. Die Anforderungen an den strikten Beweis können richtigerweise nicht immer erfüllt werden. Dies gilt insbesondere hinsichtlich solcher Umstände, deren Erstellung mittels Vollbeweis aufgrund der Natur der Sache, wie dies namentlich bei rein ökonomischen Tatbestandselementen regelmässig der Fall ist, nicht möglich oder nicht zumutbar ist.¹⁴²

¹²⁸ Siehe Art. 11 Bst. e i.V.m. Art. 10 BöB; für den Kanton Aargau vgl. § 28 Bst. e SubmD.

¹²⁹ Urteil des BGer 2A.59/2005 vom 22.08.2005, RPW 2005/3, 582 E. 3.3, *Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG, REKO*.

¹³⁰ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Zivilprozess (BZP; SR 273).

¹³¹ Statt anderer BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 99; STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 39 KG N 62.

¹³² Siehe nur etwa MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.

¹³³ Anderes gilt für Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

¹³⁴ Siehe etwa Urteil des BGer 2A.407/2002 vom 29.11.2002, E. 3 betreffend Gleichstellung.

¹³⁵ Vgl. etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5 betreffend Steuerrecht; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*. Siehe zum Ganzen auch AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 132), 118 m.w.H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxis-Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 214 m.w.H.

¹³⁶ Statt anderer KRAUSKOPF/EMMENEGGER (Fn 135), Art. 12 VwVG N 216.

¹³⁷ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 559 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*. In dem Sinn wohl auch Paul Richli, in: SIWR V/2, Kartellrecht, von Büren/David (Hrsg.), 2000, 454.

¹³⁸ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/1, 195 E. 8.1, *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/WEKO*. Diese Ausführungen der REKO/WEF ebenfalls dahingehend verstehend und ihnen – wenn auch unter ausdrücklichem Hinweis auf die im beurteilten Fall nicht bestehende Sanktionsdrohung – zustimmend AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 132), 119.

¹³⁹ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/1, 196 E. 9, *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/WEKO*. Siehe auch den Folgeentscheid der WEKO RPW 2009/4, 343 Rz 33 ff., *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

¹⁴⁰ Diesfalls für ein höheres Beweismass plädierend etwa AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 132), 119; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 131), Art. 30 KG N 101 f. m.w.H.

¹⁴¹ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 560 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*.

¹⁴² An dieser Stelle sei beispielhaft auf die ständige zivilrechtliche Praxis hingewiesen, wonach trotz dem im Zivilrecht grundsätzlich geltenden Regelbeweismass die natürliche sowie die hypothetische Kausalität bloss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden müssen (exemplarisch BGE 132 III 715 E. 3.2 m.w.H.).

933. Diverse Parteien fordern als Beweismass im vorliegenden Fall den strikten Beweis (Erne; Cellere; Granel-la; Hüppi; Implenja; Walo). Je einschneidender die Folgen eines Verfahrens sich für die betroffenen Unternehmen erweisen könnten, desto höher müssten die Anforderungen an das Beweismass sein. Im vorliegenden Fall gehe es um sanktionsbedrohte Tatbestände des Kartellgesetzes. In Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Beweismass im Strafrecht sei zu fordern, dass ein voller (d.h. strikter) Beweis erbracht werde. Eine bloss überwiegende Wahrscheinlichkeit oder gar ein Glaubhaftmachen genüge nicht.

934. Im vorliegenden Fall wendet die WEKO das Beweismass des Vollbeweises an. Der Vollbeweis (strikter oder strenger Beweis) gilt als erbracht, wenn die WEKO vom Vorhandensein einer Tatsache dergestalt überzeugt ist, dass keine zu unterdrückenden Zweifel bestehen, dass sich der Sachverhalt so zugetragen hat.¹⁴³ In den vorgängig aufgeführten Fällen (siehe unter A.6) bestehen keine solche Zweifel in Bezug auf das Bestehen der dargelegten Abreden. Wo solche Zweifel bestanden, wurde zugunsten der Parteien entschieden.

B.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede

935. 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.5.1 Wettbewerbsabrede

936. 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,¹⁴⁴ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.¹⁴⁵

937. Die Parteien sind als Unternehmen auf der gleichen Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten hinsichtlich der in der Tiefbaubranche von öffentlichen Stellen ausgeschrieben beziehungsweise privat vergebenen Aufträge.¹⁴⁶

938. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.¹⁴⁷

B.5.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

939. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

Vereinbarungen:

940. Als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten auch nicht erzwingbare Vereinbarungen. Darunter sind Übereinkünfte von Unternehmen zu verstehen, die zwar auf einem Konsens beruhen, rechtlich aber nicht durchsetzbar sein sollen.¹⁴⁸

941. Bei Vereinbarungen liegen regelmässig keine direkten Beweise wie schriftliche Übereinkünfte oder protokollierte Beschlüsse vor.¹⁴⁹ In den meisten der aufgeführten Fälle (siehe A.6 Spezifische Projekte) liegen allerdings direkte Beweise vor, da jeweils mindestens ein Unternehmen selbst zugibt, mit anderen Unternehmen Vereinbarungen getroffen zu haben, also einen Konsens darüber erreicht zu haben, dass ein Unternehmen zugunsten eines anderen eine Stützofferte einreichen soll. Mit diesem Eingeständnis ist die Absprachebeziehung gegenüber den an der offengelegten Vereinbarung beteiligten Unternehmen verbunden.

942. Bei Birchmeier wurde zudem eine Liste (Birchmeier-Liste)¹⁵⁰ beschlagnahmt, mit welcher sie über die von ihr geschützten Projekte Buch geführt hatte. Diese chronologische Liste enthält für jedes Projekt jeweils eine Zeile mit dem Namen des Geschützten, einer Eingabesumme von Birchmeier und einer Bezeichnung des Projektes. Aufgrund der hohen Genauigkeit und Verlässlichkeit handelt es sich um ein Dokument von grosser Bedeutung für das Verfahren. Die Liste ist zudem während der Dauer der Absprachetätigkeit entstanden und vermag somit die auf Erinnerungen basierenden Aussagen massgeblich zu stützen. Schliesslich wurden vereinzelte handschriftliche Notizen eingereicht oder gefunden, die eine Vereinbarung direkt belegen.¹⁵¹

943. In den von den Bonusmeldungen abgedeckten Fällen liegen somit direkte Beweise über Vereinbarungen und somit über Absprachen vor. Die Aussagen aus den Bonusmeldungen sind glaubwürdig. Sie können

¹⁴³ Vgl. analog BGE 127 I 38 E. 2a: „Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime [in dubio pro reo], dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat.“

¹⁴⁴ Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

¹⁴⁵ So PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 4 Abs. 1 KG N 25; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 144), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

¹⁴⁶ Einige Untersuchungsadressatinnen gehören zum selben Unternehmen. Koordination ausschliesslich zwischen solchen Untersuchungsadressatinnen werden nicht als Absprache betrachtet.

¹⁴⁷ RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁴⁸ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 144), Art. 4 Abs. 1 N 9, m.w.H.

¹⁴⁹ Als direkter Beweis gilt ein unmittelbar auf eine beweisbedürftige Tatsache (hier die Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG) gerichteter Beweis (AMSTUTZ/KELLER/REINERT [Fn 132], 116 a contrario); siehe auch BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 144), Art. 4 Abs. 1 N 97.

¹⁵⁰ Siehe dazu Ausführungen in Rz 70.

¹⁵¹ Siehe z.B. Fall 95, act. [...].

sehr häufig mit gefundenen oder eingereichten Dokumenten (z.B. Faxschreiben¹⁵²; E-Mails¹⁵³; Agendaeinträge¹⁵⁴; Handnotizen¹⁵⁵) untermauert werden. Es liegen keine Indizien vor, wonach die Bonusmeldungen darauf abzielen, Konkurrenten zu Unrecht zu bezichtigen, um vom Bonusprogramm profitieren zu können. Vielmehr ist aufgrund der geäußerten Befürchtung von wirtschaftlichen Repressalien und Anfeindungen davon auszugehen, dass bei der Bezichtigung von Konkurrenten Zurückhaltung geübt wurde.

944. Die Glaubwürdigkeit der genannten Aussagen wird durch vereinzelte Abweichungen zu den aus der Erinnerung der kooperierenden Unternehmen stammenden Angaben und beschlagnahmten oder später eingereichten Dokumenten nicht in Frage gestellt. Auch aus der Tatsache, dass Unternehmen, die der Einreichung einer Stützofferte bezichtigt wurden, gar nicht offeriert haben, kann grundsätzlich nichts anderes abgeleitet werden, da sich die Absprachebeteiligung auch darin äussern kann, dass auf die Einreichung einer Offerte verzichtet wird.

945. Die Wettbewerbsbehörden erachten die Aussagen der selbstanzeigenden Parteien deshalb als glaubwürdig und stützen sich grundsätzlich auf diese ab.

946. Verschiedene Parteien bringen vor, es lägen keine genügenden Beweise einer Vereinbarung vor (Granella). Die Beschuldigung einer Selbstanzeigerin stelle keinen Beweis für das Vorliegen eines gegenseitigen Konsenses zwischen der Selbstanzeigerin und einer anderen Partei dar. Es handle sich lediglich um eine einseitige Beschuldigung und nicht um einen gegenseitigen Konsens (siehe dazu auch die Vorbringen von Cellere).

947. Als Beweismittel zur Ermittlung des Sachverhalts gemäss Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG gelten unter anderen Auskünfte von Parteien.¹⁵⁶ Bei der Beschuldigung durch eine Selbstanzeigerin handelt es sich um die Auskunft einer Partei über das Zustandekommen einer Vereinbarung. Diese Beschuldigung kann bestritten werden, was aber nichts daran ändert, dass ein Beweis über eine direkt zu beweisende Tatsache (d.h. die Vereinbarung) vorliegt. Eine andere Frage ist, ob dieser Aussage der Selbstanzeigerin Glauben zu schenken ist. Dabei handelt es sich aber um eine Frage zum Beweismass und zur Beweiswürdigung. Die Selbstanzeigerinnen werden von der WEKO im vorliegenden Fall als glaubwürdig erachtet. Für die Beweiswürdigung im konkreten Fall wird auf die einzelnen Projekte verwiesen.

Abgestimmte Verhaltensweisen:

948. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten auch abgestimmte Verhaltensweisen als Wettbewerbsabreden. Eine solche Verhaltensweise bedingt ein Mindestmass an Koordination zwischen den Unternehmen. Davon ist auszugehen, wenn die Wettbewerbsteilnehmer ihre Zusammenarbeit bewusst an die Stelle des mit Risiko verbundenen Wettbewerbs setzen.¹⁵⁷ Ein derartiges wettbewerbsersetzendes Verhalten kann grundsätzlich in jeder transparenzfördernden Massnahme der Unternehmen erblickt werden.¹⁵⁸ In der Literatur wurde diese Auffassung als zu weitgehend kritisiert: Massgebendes Kriterium müsse sein, „ob mit dem Informationsaustausch eine abgestimmte Verhaltensweise administriert“ werde, die es den beteiligten Unternehmen erlaube, „ihr Verhalten z.B.

in preislicher Hinsicht zu koordinieren.“¹⁵⁹ Mit Blick auf das Recht der EU ist grundsätzlich der Austausch von Informationen, die üblicherweise als Geschäftsgeheimnisse gelten, als problematisch zu bewerten. Neben dem Informationsaustausch über Preise sind auch der Austausch über die Kapazitätsauslastung¹⁶⁰ und die direkte Information über Offertabsichten, auf welche die Kapazitätsauslastung indirekt hindeutet, höchst problematisch.

949. Da im vorliegenden Fall Preise sowie Preisbestandteile, Offertabsichten und Kapazitätsauslastungen ausgetauscht wurden, kann offen bleiben, inwiefern die oben genannte Auffassung des Sekretariats über die transparenzfördernden Massnahmen (siehe vorangehende Rz) als zu weitgehend zu betrachten ist.

950. In vielen der untersuchten Fälle (siehe unter A.6. Spezifische Projekte) liegen zusätzlich zu den Eingeständnissen gewisser Abspracheteilnehmer und schriftlicher Beweise für Vereinbarungen weitere Beweismittel vor, die einen Informationsaustausch (insbesondere über Preise) zwischen den Abspracheteilnehmern belegen. In einigen wenigen Fällen liegen ausschliesslich derartige Beweismittel vor.

951. Diese Aktenstücke untermauern das Vorliegen von Vereinbarungen und können auch als Belege für abgestimmte Verhaltensweisen herangezogen werden. In den Fällen, in welchen ein Informationsaustausch über Offertpreise stattfand, ist dann mindestens auf ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zu schliessen, wenn das Unternehmen, das für sich einen Schutz organisiert, den Unternehmen, welche es um die Einreichung einer Stützofferte bittet, den Preis seiner eigenen Offerte übermittelt und die angefragten Unternehmen in der Folge zu einem höheren Preis offerieren.¹⁶¹

952. Für das Unternehmen, das geschützt werden will, ist das Bewusste und Gewollte auf den ersten Blick erkennbar: Der Versand einer Offerte an einen Konkurrenten ist nur mit der Hoffnung zu erklären, dass diese nicht zum Zwecke der Unterbietung, sondern zur Einreichung

¹⁵² Siehe z.B. Fall 37, act. [...].

¹⁵³ Siehe z.B. Fall 33, act. [...].

¹⁵⁴ Siehe z.B. Fall 12, act. [...].

¹⁵⁵ Siehe z.B. Fall 14, act. [...].

¹⁵⁶ Vgl. JÜRIG BORER/JUHANI KOSTKA, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 32 KG N 64.

¹⁵⁷ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 144), Art. 4 Abs. 1 N 101, m.w.H. insbesondere auf die Rechtsprechung des EuGH, an der sich die Praxis der Wettbewerbsbehörden und der schweizerischen Lehre orientieren.

¹⁵⁸ RPW 2004/3, 736 Rz 34, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*.

¹⁵⁹ MANI REINERT, in: Handbuch für die Anwaltspraxis, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), 2005, § 4 Preisgestaltung, Rz 4.15, m.w.H. auf das Recht der EU.

¹⁶⁰ REINERT (Fn 159), 4.15, wo die genannten Kriterien aus dem Recht der EU auch für das Schweizerische Kartellrecht übernommen werden, wobei bei der Anwendung dieser Kriterien in der Praxis den wirtschaftlichen Umständen gebührende Beachtung zu schenken sei; aus dem EU-Recht siehe z.B. MARCEL HAAG, in: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), 2003, III.3.2 Kooperationsabsprachen, N 66.

¹⁶¹ Siehe z.B. Fall 34.

einer Stützofferte verwendet werden wird. Für das informierte Unternehmen wird dies erst auf den zweiten Blick ersichtlich: Ein solches Unternehmen könnte versucht sein, einzuwenden, dass keine Abstimmung vorliege, da bloss ein einseitiger Informationsfluss stattgefunden habe. Sofern dieses Unternehmen allerdings die eingegangenen Informationen in dem Sinne akzeptierte, dass es sie weiter verwendete und in der Folge zu einem darauf abgestimmten höheren Preis offerierte, ist auf die Gegenseitigkeit des Informationsflusses und damit auf ein abgestimmtes Verhalten zu schliessen.¹⁶² Die Häufigkeit und Regelmässigkeit des Informationsaustausches spricht im Übrigen ohnehin dagegen, dass die ausgetauschten Informationen gegen den Willen der Empfänger geflossen sind und die von der Untersuchung betroffenen Unternehmen den Austausch von Informationen insbesondere über Offertpreise nicht gewünscht hätten: Es wäre ihnen einfach gewesen, den Informationsfluss für künftige Projekte mit der Androhung einer Anzeige an den Bauherrn zu unterbinden.

953. Gewisse Verfügungsadressatinnen¹⁶³ wie [...] und [...] geben zwar zu, dass ihnen vor der Eingabefrist Offerten oder Preisinformationen von anderen Verfügungsadressatinnen zugestellt worden sind. Daraus könne allerdings nicht geschlossen werden, dass sie diese Informationen auch verwendet hätten. Die WEKO erachtet diese Hinweise als Schutzbehauptungen. Es erscheint als unglaubwürdig, dass die zugestellten Informationen gegen den Willen der Empfänger zugesandt worden sind. [...] versucht die Nicht-Verwendung der eingegangenen Informationen in einem Fall [...] damit zu belegen, dass sie [...] vor Eingabefrist eingegangen seien und dass [...] die Daten bloss versehentlich zugestellt habe. Auch diese Hinweise ändern allerdings nichts daran, dass eine Verwendung möglich war und dass in der Folge ein höheres Angebot von [...] eingereicht wurde. Bei [...], [...] und [...] wurden zudem mehr als einmal Preisinformationen gefunden, die ihnen vor der Eingabefrist von Konkurrenten zugestellt worden sind. Dass diese Verfügungsadressatinnen sich nie gegen die Zustellung solcher Informationen gewehrt haben, lässt darauf schliessen, dass sie an einer Weiterverwendung dieser Daten durchaus interessiert waren. Den Ausführungen von [...] und [...] zu diesem Punkt wird deshalb nicht gefolgt.

954. Granello bringt vor, dass keine abgestimmten Verhaltensweisen vorlägen. Das Sekretariat stelle bloss fest, dass es im vorliegenden Fall zu einem Austausch von Informationen gekommen sei, die üblicherweise als Geschäftsgeheimnisse gelten würden. Es werde nicht gesagt, ob damit im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine abgestimmte Verhaltensweise erfüllt werden. Dazu ist Folgendes zu sagen: Von einer abgestimmten Verhaltensweise ist auszugehen, wenn eine Verhaltensabstimmung stattfindet, für welche der Austausch der genannten Informationen kausal war.¹⁶⁴ Dass eine solche Verhaltensweise in gewissen Fällen als gegeben betrachtet werden kann, wurde oben ausgeführt. Von einer abgestimmten Verhaltensweise wird jedoch nur in wenigen Fällen ausgegangen (Fälle 35, 54, 55 und 109). In der Regel liegen Vereinbarungen vor, welche sich nicht dadurch entkräften lassen, dass lediglich Informationen ausgetauscht worden seien. Der Informa-

tionsaustausch war in der Regel derart, dass dahinter eine zumindest implizite Vereinbarung gestanden haben muss, die Informationen auch entsprechend zu verwenden. Andernfalls wäre der Informationsaustausch umgehend eingestellt worden. Wo unter den vorgängig aufgezählten Fällen nicht von einer Vereinbarung ausgegangen wird, finden sich eingehendere Ausführungen zum Vorliegen der abgestimmten Verhaltensweise (Fälle 35, 54, 55 und 109).

Zwischenfazit

955. Gestützt auf das Gesagte ergibt sich, dass es in den unter A.6 Spezifische Projekte aufgeführten Fällen zu Vereinbarungen kam (Ausnahmefälle sind explizit vermerkt).

956. Die dargelegten Absprachen deuten aufgrund ihrer Anzahl und Regelmässigkeit auf ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken hin, hinter welchem die Absicht zumindest einer Kerngruppe stand, sich bei jeder sich bietenden Gelegenheit über Tiefbauprojekte im Kanton Aargau abzusprechen. Es liegen somit Hinweise für eine implizite Rahmenvereinbarung bzw. auf eine abgestimmte Verhaltensweise vor, hinter welcher die Absicht stand, sämtliche Tiefbauprojekte zuzuteilen, sobald sich aufgrund der Projektkonstellation (z.B. Anzahl Submissionsteilnehmer, Teilnahme von Unternehmen ausserhalb der Kerngruppe) und der Auftragslage der Abspracheteilnehmer eine Absprachegelegenheit bot. Die oben aufgeführten abgesprochenen Projekte scheinen sich somit in eine Rahmenabsprache einzugliedern, welche über die Absprache einzelner Projekte hinausgeht und mit welcher wenn immer möglich die Tiefbauprojekte unter den Mitgliedern der Kerngruppe zugeteilt werden sollten. Die einzelnen Absprachen können also im Kontext aller weiteren abgesprochenen Projekte betrachtet werden. Schutzzahlungen, mit welchen die Absprache eines konkreten Projektes als in sich geschlossene Absprache betrachtet werden kann, scheinen in der Praxis denn auch selten vorzukommen. Die vorliegende Untersuchung ergab viel mehr, dass eine Stützofferte für ein erstes Projekt die Zuteilung bzw. den Schutz für das stützende Unternehmen in einem zweiten Projekt implizierte, welches wiederum die Absprache eines dritten Projektes zur Folge hatte.¹⁶⁵ Ein weiterer Vorteil für die stützenden Unternehmen lag darin, dass sie bei fehlendem Interesse oder fehlenden Kapazitäten keine zeit- und kostenintensiven Kalkulationen anstellen mussten, um dennoch eine Offerte einreichen zu können und so beim Auftraggeber präsent und für allfällige künftige Aufträge im Rennen zu bleiben.¹⁶⁶

¹⁶² Siehe dazu aus der Literatur zur Rechtsprechung des EuGH: DIRK SCHRÖDER, Informationsaustausch zwischen Unternehmen, Wirtschaft und Wettbewerb vom 7.8.2009, Heft 07, 718, 720f.

¹⁶³ Z.B. [...] bei Fall [...].

¹⁶⁴ Vgl. BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 144), Art. 4 Abs. 1 N 102 f.

¹⁶⁵ Vgl. z.B. Fall 18 und 74, act. [...] der Tabelle; siehe auch Fall 39, act. [...] der Tabelle; in der Regel dürfte die Gegenleistung jedoch in der abstrakten Aussicht bestanden haben, in Zukunft bei noch nicht bestimmten Projekten auch von einem Schutz profitieren zu können.

¹⁶⁶ Vgl. Fall 3, act. [...] sowie act. [...] der Tabelle; siehe z.B. auch Fall 31, Fall 40, Fall 65 oder Fall 85.

957. Damit jedes Unternehmen der Anzahl ihrer Stützofferten entsprechend zum Zuge kam, führte dies zu einer Kette von Absprachen. Die vorliegende Auswertung ergab, dass ein Unternehmen *mehrere* Stützofferten einreichen musste, um einen Schutz zu erhalten.¹⁶⁷

958. Neben diesen Ergebnissen aus der Untersuchung muss allerdings auch darauf hingewiesen werden, dass es neben den ca. 300 Projekten, für welche zumindest Hinweise auf eine Absprachetätigkeit vorliegen, auch zu vielen nicht abgesprochenen Vergaben gekommen ist.¹⁶⁸

959. Es scheint somit eine Rahmenabsprache bestanden zu haben, wonach die zur Kerngruppe gehörenden Unternehmen die Projekte bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen untereinander aufgeteilt haben. Die Bestimmung dieser Voraussetzungen sowie deren Gewichtung sind mit einigen Unsicherheiten behaftet. Eine explizite Vereinbarung mit festgelegtem Rotationssystem wie im Fall Strassenbeläge Tessin¹⁶⁹ konnte im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen werden. Es hing vielmehr in erheblichem Ausmass von den Umständen des einzelnen Projektes ab, ob die Rahmenabsprache zur Anwendung kam.

960. Aus den genannten Gründen folgt die Untersuchung der Vorgehensweise im Fall Elektroinstallationsbetriebe Bern.¹⁷⁰ Die beschriebene Absprachetätigkeit wird deshalb gestützt auf die einzelnen Projekte analysiert.

961. Das zu beweisende bewusste und gewollte Zusammenwirken bezieht sich somit auf die einzelnen Projekte. Die Gegenleistung für die Unternehmen, die sich mit Stützofferten an den Absprachen beteiligten, lag bis auf wenige Ausnahmen nicht in der Zusage, ein bestimmtes Projekt zu erhalten, sondern im Versprechen, in der Zukunft für noch zu bestimmende Projekte auf Stützofferten des geschützten Unternehmens zählen zu dürfen. Somit konnten die am vorliegenden Verfahren beteiligten Unternehmen auch ohne explizite schriftliche Regelung ihres Verhältnisses von einer weitgehenden Berücksichtigung ihrer Interessen und der Einhaltung der projektbezogenen Vereinbarungen ausgehen. Die Unternehmen durften aufgrund des häufigen Informationsaustausches und der immer wieder erfolgreichen Schutzvergabe darauf vertrauen, dass dies eine Koordinierung der Eingabepreise respektive einen Verzicht auf Konkurrenzangebote zur Folge haben würde.¹⁷¹

962. Die Häufigkeit der aufgedeckten Absprachetätigkeit wird bei der Sanktionsberechnung berücksichtigt. So kann der Tatsache Rechnung getragen werden, dass es sich nicht um isolierte Einzelabsprachen gehandelt hat.

963. Mehrere Parteien bringen vor, es hätte keine Rahmenvereinbarung vorgelegen (Walo; Birchmeier, Granel-la). Das Vorliegen einer Rahmenvereinbarung wird generell, aber auch in Bezug auf eine Kerngruppe bestritten, zumal die Mitglieder der Kerngruppe gar nicht genannt würden. Das Sekretariat habe bereits im Antrag festgehalten, dass eine explizite Vereinbarung mit festgelegtem Rotationssystem wie im Fall Strassenbeläge Tessin nicht nachgewiesen werden könne.

964. Daran ändert aber nichts, dass es im vorliegenden Fall zu unzähligen Abreden gekommen ist, die an unzähligen Sitzungen und telefonischen Besprechungen

zustande kamen. Gemäss Aussage Birchmeier haben 95 % dieser Abreden funktioniert. Es sei ab und zu vorgekommen, dass zum Beispiel fünf Unternehmen zusammengesessen seien und vereinbart hätten, dass ein Schutz organisiert werden würde. Dann sei man nach Hause gegangen und in der Folge hätte trotzdem ein Unternehmen tiefer offeriert. Allerdings hätten sich die Abredepartner normalerweise an die Abrede gehalten: *„Aber im Regelfall ging das, weil wenn man sich nicht daran gehalten hätte, hätte das nicht mehr funktioniert. Dann würde ja keiner mehr an den Tisch kommen. Wenn man zwei drei Mal nicht das erhält, was man versprochen bekam. Dann geht man ja nicht mehr hin.“* Diese Aussage deckt sich letztlich mit der Häufigkeit der im vorliegenden Entscheid aufgeführten Abreden. Es konnte nur deshalb so oft zu erfolgreichen Abreden kommen, weil sich die Abredepartner an ihre Vereinbarungen gehalten haben. Damit liegt zwar keine Rahmenvereinbarung im Stil eines strikten Rotationskartells vor. Aber es liegt eine Rahmenvereinbarung darüber vor, dass sich die Abredepartner im Falle einer Einigung über die Zuteilung eines Zuschlags bezüglich eines konkreten Projekts an ihre Vorgaben (d.h. höher zu offerieren als der Geschützte) hielten. Nur unter dem Dach einer solchen Vereinbarung ist die hohe Zahl an aufgedeckten Abreden überhaupt denkbar. Dieses Dach stellt das verbindende Element zwischen den einzelnen abgesprochenen Projekten dar. Die Rahmenvereinbarung bezieht sich aber nicht auf sämtliche Tiefbauprojekte im Kanton Aargau, sondern a priori nur auf solche, in welchen die Organisation aufgrund der Grösse bzw. der zu erwartenden Konkurrenz möglich war und unter diesen nur auf diese Projekte, für welche ein Unternehmen die Initiative für die Organisation eines Schutzes ergriff. Aus diesem Grund wird für die Analyse der Absprachetätigkeit im vorliegenden Fall auf das einzelne Projekt abgestellt. Dies ändert aber nichts daran, dass unter den öfters an Abreden teilnehmenden Untersuchungsadressatinnen Einigkeit darüber herrschen musste, dass die Zusagen (d.h. Stützofferten) auch eingehalten wurden. Andernfalls wäre es undenkbar, dass diese Untersuchungsadressatinnen mehrmals in die Vereinbarungen über die Steuerung des Zuschlags einbezogen worden wären.

B.5.1.2 Wettbewerbsbeschränkung

965. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

¹⁶⁷ Siehe Tabelle 2: Erfolgreiche Schutznahmen und Stützofferten 1.1.2006-7.6.2009.

¹⁶⁸ Siehe dazu auch die Aussage von Birchmeier, wonach immer nur ein kleiner Teil des gesamten Volumens der Tiefbauaufträge abgesprochen worden sei.

¹⁶⁹ RPW 2008/1, 95 f. Rz 82, *Strassenbeläge Tessin*.

¹⁷⁰ RPW 2009/3, 204 Rz 51 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁷¹ Zum Teil wird dieser Schluss durch zusätzliche handschriftliche Notizen oder E-Mails gestützt. So fügte [D] im Fall 8 einer E-Mail an [K] an *„Vielen Dank für deine Unterstützung“*. Im Fall 95 sandte [D] eine Offerte an [L] und schrieb dazu: *„Sali [...] Vielen Dank für deine Mithilfe Gruss [...]“*.

966. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.¹⁷² Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter beziehen (z.B. Preis).¹⁷³

Bezwecken

967. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen *„die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“*.¹⁷⁴ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.¹⁷⁵

968. In den vorne aufgeführten Fällen (siehe unter A.6) wurden Abreden über den Preis (allenfalls auch über allfällige Rabatte) der Offerten und die Zuschlagserteilung an ein zum Voraus bestimmtes Unternehmen getroffen, indem die geplanten Offertpreise ausgetauscht wurden. Mit dieser Manipulation wurde der Wettbewerbsparameter „Preis“ ausgeschaltet, sodass die Offertpreise nicht mehr das Resultat eines frei spielenden Wettbewerbs sein sollten. Somit wurde eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt.

969. Im Übrigen deckt sich die Ausschaltung des Preiswettbewerbs mit der Absicht der Abspracheteilnehmer: Ihr angebliches Ziel, bei den jeweiligen Projekten einen aus ihrer Sicht fairen Preis beziehungsweise eine aus ihrer Sicht vernünftige Aufteilung des Auftragsvolumens zu erreichen zeigt auch, dass die Verhaltensweisen einen Einfluss auf die Preise und die Vergabeentscheide zugunsten von der Parteien bezweckt haben.

970. Granello bringt vor, sie habe keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken können, da sie sich gar nicht an Submissionsabsprachen beteiligt habe. Diese Aussage wurde in den spezifischen Fällen widerlegt.

Bewirken

971. Das beschriebene Vorgehen ermöglichte es den Parteien, ihre Angebote abzustimmen und das Verhalten der Wettbewerber zu antizipieren.¹⁷⁶ Die dem Bauherren zum Entscheid vorgelegten Offerten waren aufgrund der Abstimmung nicht das Ergebnis funktionierender Wettbewerbs und führten in der Regel zur Vergabe des Auftrags an das von den Parteien zuvor bestimmte Unternehmen und zum zuvor bestimmten Preis, womit die Abrede auch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkte.¹⁷⁷

972. Dagegen wendet eine Partei ein, die Absprachen hätten keine überhöhten Preise zur Folge gehabt, da die schützenden Unternehmen davon ausgehen mussten, dass zu hohe Preise den geschützten Konkurrenten Gewinne zuspähen würden, die sie in zukünftigen, nicht abgesprochenen Submissionen zur Preisdrückung gegen sie verwenden würden.

973. Soweit mit dieser Argumentation gemeint sein sollte, dass die Absprachen zu denselben Preisen geführt hätten, wie sie ohne Absprachen zustande gekommen wären,¹⁷⁸ muss sie als äusserst gewagt zurückgewiesen werden. Eine derartige Betrachtungsweise mag dem Eindruck der Baugeschäfte entsprechen, widerspricht

aber nicht nur den Grundsätzen des Wettbewerbs im Allgemeinen, sondern auch der Grundidee des Vergaberechts.¹⁷⁹ Aus der Tatsache, dass es schwierig ist, die exakte Überhöhung der manipulierten Preise nachzuweisen, darf im Übrigen nicht abgeleitet werden, dass es zu keiner Überhöhung kommt. Bereits leicht überhöhte Preise bewirken eine Wettbewerbsbeschränkung. Zudem ist nicht auszuschliessen, dass auch gleiche Preise zu einer Wettbewerbsbeschränkung bezüglich anderer Wettbewerbsparameter führen (z.B. die Bauzeit). Schliesslich geht die vorgebrachte Entlastungsargumentation davon aus, dass die Unternehmen nur *einem* Konkurrenten einen überhöhten Verdienst zugestehen, der im Preiskampf bei späteren Projekten gegen sie eingesetzt werden könnte. Dazu dürfte es jedoch ohnehin nicht kommen, da jedes Unternehmen, das einem geschützten Konkurrenten einen überhöhten Preis zugesteht, bei eigenem Schutz ebenfalls einen überhöhten Preis verlangt und somit in zukünftigen Preiskämpfen über die gleichen Ressourcen verfügt.

974. Somit steht fest, dass die Absprachen in der vorliegenden Untersuchung eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt haben. Daran ändert nichts, dass der genaue Einfluss auf die Preise von abgesprochenen Submissionen im Vergleich zu nicht abgesprochenen schwierig zu beziffern ist. Dies liegt daran, dass jedes Bauprojekt eine gewisse Einzigartigkeit aufweist, weshalb sich ein manipuliertes Projekt nur schwer mit einem anderen, nicht abgesprochenen Projekt vergleichen lässt. Dennoch liegen in der vorliegenden Untersuchung Beispiele vor, die die Berechnungen über Preisunterschiede ermöglichen.¹⁸⁰

975. Wenn es auch im Einzelnen nicht möglich ist, die Überhöhung von abgesprochenen Preisen nachzuweisen, steht fest, dass durch die Absprachen Wettbewerbsbeschränkungen bewirkt wurden. Dies zeigt sich

¹⁷² BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 144), Art. 4 Abs. 1 N 42 und 51.

¹⁷³ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 144), Art. 4 Abs. 1 N 63.

¹⁷⁴ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 144), Art. 4 Abs. 1 N 69.

¹⁷⁵ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 144), Art. 4 Abs. 1 N 71.

¹⁷⁶ In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass bereits die wechselseitige Kenntnisnahme über die Submissionsteilnahme das Verhalten der Abspreche im Wettbewerb ändere und damit zu einem angepassten und abgestimmten Bietverhalten führe. Der gegenseitige Kontakt vermindere den Geheimwettbewerb auf Bieterseite, weil er Rückschlüsse auf das Preisverhalten der anderen erlaube. Das Marktangebot könne sich so nicht mehr bilden und der Sinn einer Submission werde *ad absurdum* geführt (BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabsprache, 1999, 90 Rz 346).

¹⁷⁷ Siehe dazu auch MARTIN BEYELER, in: Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zufferey/Stöckli (Hrsg.), 2008 Rz 126 mit einem Hinweis auf VBP 64.29, E. 3: *„Die Rekurskommission führte aus, dass jedwede Absprache zwischen den Submittenten den Wettbewerb um den Beschaffungsauftrag beeinträchtigt, was vorab dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz widerspreche“*.

¹⁷⁸ Dies behauptet auch Birchmeier (act. [...]).

¹⁷⁹ Siehe dazu die Ausführungen in Rz 1053.

¹⁸⁰ Siehe Fälle 33 und 109.

exemplarisch an Fall 30, in welchem ein Unternehmen davon ausging, dass es aufgrund einer Geschäftsbeziehung zum zuständigen Architekturbüro die Submission ohnehin gewinnen würde. Da es befürchtete, dass die allenfalls eingehenden tieferen Angebote verwendet werden könnten, um ihren Preis zu drücken, bat es ihre Mitbewerber um Scheinofferten. Damit wurde das geschützte Unternehmen vor unangenehmen Preisverhandlungen bewahrt. Dieser Vorteil (d.h. das Wegfallen der Preisverhandlung) schaltet einen wichtigen Wettbewerbsmechanismus aus und dürfte in aller Regel einen direkten Einfluss auf den Preis haben.

976. Granella bringt vor, die vom Sekretariat genannten Fälle, in welchen dieses davon ausgehe, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt worden sei, seien für Granella nicht relevant, insbesondere weil ihre Beteiligung an Submissionsabsprachen nicht rechtsgenügend habe nachgewiesen werden können. Dieser Auffassung von Granella kann nicht gefolgt werden, da der Nachweis wie unter den spezifischen Fällen ausgeführt einer Submissionbeteiligung von Granella sehr wohl erbracht worden ist.

Fazit

977. Das über Jahre praktizierte Verhalten der Parteien bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen in Form von Submissionsabreden. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 1 KG sind somit erfüllt.

B.5.2 Marktabgrenzung

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

B.5.2.1 Allgemeines

979. In sinngemässer Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU¹⁸¹ umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

980. 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 Bst. b VKU analog).

B.5.2.2 Sachlich relevanter Markt

981. Als substituierbar gelten Angebote, auf welche die Marktgegenseite ausweichen kann, weil sie *„bezüglich ihrer Eigenschaften, ihres Verwendungszweckes und ihres Preises als gleichartig und damit als funktionell austauschbar angesehen werden.“*¹⁸²

982. Der Ausschreiber respektive potentielle Auftraggeber fragt eine seinen Wünschen entsprechende und mittels der Ausschreibungsunterlagen konkretisierte Dienstleistung im Bereich Tiefbau nach, womit er Art und Umfang der Nachfrage bestimmt.¹⁸³ Darauf reagieren die an der Ausschreibung interessierten Unternehmen und reichen eine Offerte ein, welche den gewünschten Bedingungen des Bauherrn entspricht. Somit bilden die

eingereichten Offerten die für den Bauherrn austauschbaren Dienstleistungen unter welchen er das für ihn passende Angebot aussuchen wird. Er bildet die Marktgegenseite der offerierenden Unternehmen.

983. Bauwerke sind grundsätzlich Einzelanfertigungen.¹⁸⁴ Dies gilt insbesondere für Hochbauarbeiten, aber auch für Tiefbauarbeiten, da sich diese durch die lokale Topographie, die Grössenordnung, den Ausbaustandard, die damit verbundenen Aushub- und Rohrverlegungsarbeiten etc. unterscheiden. Die Submissionsgüter im Tiefbau sind demnach singuläre Güter, sodass ihr Wert nicht allgemein bekannt ist.¹⁸⁵ Ein Ausschreiber verhält sich deshalb anders als ein Konsument, der sich in einem bereits bestehenden Markt informiert und sich dann entscheidet. Vielmehr schafft der Ausschreiber mit der Submission einen besonderen Submissionsmarkt, auf dem die offerierenden Anbieter miteinander im Wettbewerb stehen.¹⁸⁶

984. Diese Betrachtungsweise wird gestützt durch den Aufwand, den die Berechnung einer Offerte gemäss den Angaben der Parteien verursacht.¹⁸⁷ Eine seriöse Offerte setzt eine eingehende Analyse der verlangten Dienstleistung und der eigenen Kapazitäten voraus. Nur wer diesen Aufwand betreibt und dem Bauherrn eine Offerte einreicht, stellt ihm damit ein allenfalls mit anderen Offerten substituierbares Angebot zur Verfügung. Wer diesen Aufwand nicht betreibt, fällt als Konkurrent der offerierenden Unternehmen ausser Betracht. Das betreffende Unternehmen kann unter diesen Umständen höchstens noch als potentieller Konkurrent eine disziplinierende Wirkung auf die Submissionsteilnehmer ausüben.¹⁸⁸

985. Für die Tiefbauunternehmen besteht ihre Konkurrenz also für jedes ausgeschriebene Projekt aus denjenigen Konkurrenten, die für das ausgeschriebene Projekt eine Offerte einreichen bzw. an ihm Interesse zeigen. Als Konkurrent kommt nur ein Unternehmen in Frage, von welchem ein offerierendes Unternehmen weiss oder annehmen muss, dass es über die Fähigkeiten und die Kapazitäten verfügt, das ausgeschriebene Projekt auszuführen. Dabei lässt sich der Kreis der Interessenten eines bestimmten Projekts auf einfache Weise eruieren: Der SBV stellt hierzu eine Internet-Plattform zur Verfügung, auf welcher sich die interessierten Unternehmen eines Projektes eintragen und so ihr Interesse bekunden können. Diese Plattform wurde von den Parteien in der Untersuchungsperiode rege benutzt und lieferte ihnen für jedes Projekt ein vollständiges Bild der bestehenden Konkurrenzsituation.

¹⁸¹ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 (VKU); SR 251.4.

¹⁸² PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 N 106.

¹⁸³ RPW 2009/3, 206 Rz 66, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁸⁴ CHRIST (Fn 176), 7 Rz 11.

¹⁸⁵ Vgl. CHRIST (Fn 176), 14 Rz 40.

¹⁸⁶ CHRIST (Fn 176), 15 Rz 43, S. 96 ff. Rz 298 ff.

¹⁸⁷ Act. [...] (Fall 3).

¹⁸⁸ Siehe dazu nachfolgend unter Rz 1009.

986. Demnach ergibt sich, dass in der vorliegenden Untersuchung jeder oben aufgeführte Fall als eigener sachlich relevanter Markt betrachtet werden kann.¹⁸⁹

B.5.2.3 Räumlich relevanter Markt

987. Abzugrenzen ist das Gebiet, in welchem die Bauherren die Baudienstleistungen nachfragen. Die Grösse dieses Gebietes hängt demnach vom konkreten Projekt ab.

988. In Bezug auf die unter A.6 genannten Projekte ist das massgebliche Gebiet auf den Raum des Kantons Aargau zu begrenzen. Wie in der Baubranche allgemein, so ist auch im Tiefbau von einem gewissen Distanzschutz aufgrund hoher Transportkosten auszugehen.¹⁹⁰ Die zunehmende Distanz einer Unternehmung vom Ausführungsort führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags.¹⁹¹ Hinzu kommt die generelle Tendenz der Auftraggeber, ihnen bekannte, demnach meist ortsansässige respektive ortskundige und damit in der Regel regional tätige Unternehmen zu favorisieren.¹⁹²

989. Bei den analysierten Projekten im Raum des Kantons Aargau kamen auch tatsächlich keine auswärtigen/ausserkantonalen oder gar ausländischen Unternehmen zum Zug. Dies gilt zumindest für die von der Untersuchung betroffenen Projekte, die den Betrag von CHF 2 Millionen nicht überschreiten. Bei grösseren bzw. teureren Projekten könnte sich der Kreis der Konkurrenten auch auf ausserkantonale oder gar ausländische Unternehmen erweitern.

990. 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 festlegt¹⁹³ und begrenzt¹⁹⁴.

991. Zusammenfassend ist der räumliche Markt demnach vorliegend minimal auf das jeweils konkret Projekt, maximal auf den Raum des Kantons Aargau zu begrenzen.

992. Granella kritisiert in ihrer Stellungnahme, dass die örtliche Marktabgrenzung zu ungenau vorgenommen worden sei. Die vorliegend zu beurteilenden Submissionsprojekte seien alle kantonal ausgerichtet gewesen und auch von im (gesamten) Kanton Aargau tätigen Unternehmen bearbeitet worden. Somit sei klar, dass der räumlich relevante Markt das ganze Gebiet des Kantons Aargau beinhalte und sich nicht auf die einzelnen Projekte begrenzen lasse. Damit spricht sich Granella implizit auch gegen eine sachliche Marktabgrenzung aus, die auf das einzelne Projekt abstellt (explizit nimmt Granella zur sachlichen Marktabgrenzung nicht Stellung). Festzuhalten bleibt, dass die räumliche Marktabgrenzung in der vorliegenden Untersuchung vom konkreten Projekt abhängt. Die Marktgegenseite der an einer Submission teilnehmenden Wettbewerber ist der Bauherr, der die Submission durchführt. Der räumliche Markt wird deshalb in der vorliegenden Untersuchung durch den Ort gebildet, an welchem sich der Bauherr des jeweiligen Projektes befindet.

B.5.3 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

993. 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.

994. Als typische Beispiele von Submissionsabsprachen werden in der Literatur die Preisabrede und die Steuerung des Zuschlags genannt. Die Steuerung des Zuschlags stellt eine besondere Form der Marktaufteilung dar. Bei Absprachen, in welchen ein Unternehmen geschützt wird, indem die anderen Abspracheteilnehmer zu einem höheren Preis offerieren oder Abstand von einem Angebot nehmen, liegt gleichzeitig eine Preisabsprache (gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) und eine Steuerung des Zuschlags (gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) vor.¹⁹⁵ Die Projekte der vorliegenden Untersuchungen stellen derartige Abreden dar.

B.5.3.1 Vorliegen horizontaler Preisabreden sowie Aufteilung nach Geschäftspartnern

995. Bei Submissionen stellt der Preis den wichtigsten Wettbewerbsparameter dar. Er ist meist das entscheidende Kriterium für die Vergabe.¹⁹⁶ 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.

996. 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 entscheidend.¹⁹⁷

¹⁸⁹ So auch RPW 2009/3, 206 Rz 66 ff. m.H. in Fn 72 auf ein entsprechendes Vorgehen in Frankreich, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2002/1, 141 Rz 25, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

¹⁹⁰ RPW 2009/3, 206 Rz 70 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁹¹ Vgl. dazu CHRIST (Fn 176), S. 79.

¹⁹² RPW 2009/3, 206 Rz 70 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁹³ Vgl. die detaillierte Regelung in BöB, VöB sowie im kantonalen Recht (Fn 2); siehe zudem BEYELER (Fn 177), Rz 180: „Die Ausschreibung schliesst all jene Wirtschaftsteilnehmer von der Verfahrensteilnahme aus, welche die gesuchte Leistung überhaupt nicht zu erbringen vermögen, und sie spurt in einem gewissen Ausmass auch schon vor, welche Bieter mehr und welche weniger Chancen auf den Zuschlag haben werden.“ Gemäss CHRIST (Fn 176) 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.

¹⁹⁴ RPW 2009/3, 207 Rz 71 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁹⁵ Siehe zum Ganzen: CHRIST (Fn 176), Rz 106 ff.

¹⁹⁶ Siehe zur Bedeutung des Preises im Vergaberecht BEYELER (Fn 177), Rz 155 ff.

¹⁹⁷ RPW 2009/3, 207 Rz 75 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

997. Auch die Aufteilung nach Geschäftspartnern bzw. Märkten fällt unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG.

998. Die vorne aufgeführten Projekte (siehe unter A.6) dokumentieren Absprachen über Submissionspreise (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) und durch die Zuschlagssteuerung auch über die Aufteilung von Märkten (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG). Es ist somit zu vermuten, dass der wirksame Wettbewerb in den untersuchten Submissionsprojekten beseitigt war.

999. Erne und Neue Bau bringen vor, in gewissen Fällen könne von vornherein nicht davon ausgegangen werden, dass mit dem (bestrittenen) Austausch von Preisen der Zuschlag gesteuert werden sollte, sondern wenn überhaupt nur die Höhe des Preises. Dies sei dann der Fall, wenn das angeblich geschützte Unternehmen bereits über eine Zusicherung des Auftraggebers verfüge, den Auftrag ausführen zu können. In einem solchen Fall könnten die Offerten der übrigen Submittenten nur noch dazu verwendet werden, den Preis zu drücken, nicht aber um das Projekt an einen dieser Submittenten zu vergeben. Dazu ist zunächst zu sagen, dass es für den Bestand der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs unerheblich ist, ob sich die Vermutung auf eine Preisabsprache oder auf eine Aufteilung nach Geschäftspartnern bzw. Märkten stützt. Zudem steht die Zusicherung des Bauherren unter dem Vorbehalt eines kompetitiven Preises. Offeriert das Unternehmen, das zwar über einen Anspruch auf die Durchführung der Arbeiten verfügt, zu einem viel zu hohen Preis, werden ihm die Arbeiten nicht zugesprochen. Es hat dann die Wahl, sein Angebot zu senken oder auf die Arbeiten zu verzichten. Insofern geht es auch bei einer Abrede zwischen einem Unternehmen, das über eine Zusicherung für die Vergabe eines Projekts verfügt, und den übrigen Submittenten über die Steuerung des Zuschlags.

1000. Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass es für eine Submissionsabsprache über Preise nicht nötig ist, eine Vereinbarung über den konkreten Preis zu treffen und hierfür detaillierte Preisinformationen auszutauschen (z.B. ganze Offerten zustellen). Für eine Submissionsabsprache über Preise genügt es, wenn vereinbart wird, ein anderes Unternehmen zu schützen, indem lediglich eine Offerte eingereicht wird, die preislich nicht an die Grenzen des Möglichen geht. Eine solche Vereinbarung ermöglicht es dem geschützten Unternehmen einen höheren Preis zu generieren, als wenn es nicht zu einer Absprache gekommen wäre. Auch in diesem Fall liegt damit sowohl eine Preisabrede wie auch eine Absprache über Märkte gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG vor.

B.5.3.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

1001. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer – aktueller und potentieller – Aussen-¹⁹⁸ oder Innenwettbewerb¹⁹⁹ besteht.

B.5.3.2.1 Aussenwettbewerb

1002. Für die Prüfung der Intensität allfällig bestehenden Aussenwettbewerbs kann vorab auf die Marktabgrenzung unter B.5.2 verwiesen werden. Es gilt im Folgen-

den 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.

1003. Der Kreis der möglichen Submittenten lässt sich im offenen Verfahren²⁰⁰ in einfacher Weise aus der online zugänglichen Liste des SBV erstellen.²⁰¹ Aufgrund der Aufforderung gemäss Wettbewerbsreglement SBV²⁰² tragen sich die Unternehmen, die an einer Submission interessiert sind, auf der Internet-Plattform des SBV ein. Im Einladungsverfahren²⁰³ begrenzt der potentielle Auftraggeber den Markt selbst mit Zustellung der Offertanfrage. 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.

1004. Diese Sicht drängt sich insbesondere bei Einladungsverfahren auf. Bei diesen kann sich der Kreis der Anbieter nicht mehr erhöhen.²⁰⁴ Die Untersuchung hat gezeigt, dass sich der Kreis der Anbieter auch bei offenen Verfahren üblicherweise nicht verändert. Die Auswertung der sichergestellten Akten und der Eingaben der Parteien hat ergeben, dass sich die Unternehmen, welche in den Offertöffungsprotokollen genannt sind, in der Regel mit jenen decken, die auf der vor Eingabefrist ausgedruckten SBV-Liste aufgeführt sind. Dies gilt zumindest für die Untersuchungsadressatinnen. Zur Vervollständigung dieses Bildes bzw. zur Absicherung konnten die Submittenten gar bei der Konkurrenz nachfragen, ob sie für ein bestimmtes Projekt auch eine Eingabeplane (Anhörung von Birchmeier).

1005. Somit limitiert sich der Kreis der in Frage kommenden Konkurrenten auch bei offenen Verfahren und reduziert sich auf jene Unternehmen, die ihr Interesse am konkreten Projekt durch ihren Eintrag auf der SBV-Internet-Plattform bekundet haben.

¹⁹⁸ Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen.

¹⁹⁹ Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen.

²⁰⁰ Art. 14 BöB (Fn 2); im offenen Verfahren kann jedes interessierte Unternehmen, das an der Auftragserteilung interessiert ist, ohne Weiteres ein Angebot einreichen (CHRIST [Fn 176], 8 Rz 16).

²⁰¹ Siehe dazu Ausführungen unter Rz 8.

²⁰² Art. 6.1 Wettbewerbsreglement SBV (Fn 5).

²⁰³ Art. 35 VöB (Fn 2); im Einladungsverfahren lädt der Ausschreiber nur von ihm bestimmte, ausgewählte Anbieter zur Offertstellung ein (CHRIST [Fn 176], 8 Rz 18).

²⁰⁴ Dies ist nur in Ausnahmefällen möglich (z.B. bei Verfahrensabbruch).

1006. Der aktuelle Aussenwettbewerb entsteht somit durch die Unternehmen, die sich zwar an der Submission, nicht aber an der Absprache beteiligt haben. Inwiefern dieser als ausreichend betrachtet werden kann, hängt vom einzelnen Projekt ab.

1007. Der Aussenwettbewerb gilt als genügend, wenn die Angebote der nicht an einer Absprache beteiligten Konkurrenten für den Ausschreiber eine tatsächliche Wahlmöglichkeit darstellen.²⁰⁵ Dies bedingt, dass die nicht an einer Absprache beteiligten Unternehmen Angebote einreichen, die preislich mit den abgesprochenen Angeboten konkurrieren können. Preislich weit über den abgesprochenen Angeboten liegende Offerten stellen keine tatsächliche Wahlmöglichkeiten für den Ausschreiber dar. Solche Angebote kommen denn auch von vornherein nicht in Frage, um einen genügenden Aussenwettbewerb zu begründen. Unter den vorgängig aufgeführten Fällen (siehe unter A.6) sind nur solche zu finden, in welchen die preislichen Unterschiede zwischen den nicht abgesprochenen Angeboten und den abgesprochenen Angeboten als zu hoch betrachtet werden müssen, um als Beleg für genügenden aktuellen Aussenwettbewerb zu gelten.

1008. Die aufgelisteten abgesprochenen Projekte (siehe A.6 Spezifische Projekte) stellen zudem normalerweise Submissionen mit wenigen Teilnehmern dar (in der Regel nicht mehr als sechs), in welchen alle oder fast alle Submittenten an der Absprache beteiligt waren. Der Aussenwettbewerb war deshalb in fast allen Projekten gering bis inexistent. Birchmeier bestätigte, dass es mehrere bis viele Aussenwettbewerber benötigt, um eine Absprache gar nicht erst zu ermöglichen: *„Ein Unternehmen, das Schutz wollte, musste zuerst die involvierten Wettbewerber an einen Tisch bringen, was in vielen Fällen nicht möglich war oder von den Betroffenen von vornherein abgeblockt wurde. Absprachen konnten in der Regel nur im kleinen Rahmen (d.h. zwischen drei bis sechs Unternehmen)“* durchgeführt werden.

1009. Da sich die Submission durch die Geschlossenheit des Marktes auszeichnet, wird der potentielle Aussenwettbewerb durch die Unternehmen gebildet, die dennoch in den geschlossenen Kreis der Submittenten eindringen könnten. Im offenen Verfahren können dies Unternehmen grundsätzlich bis zur Eingabe der Offerten tun. Fälle, in welchen Tiefbauunternehmen ohne vorgängige Bekundung ihres Interesses und in letzter Minute in den Kreis der Submittenten eingetreten sind, sind in der vorliegenden Untersuchung nicht aufgetaucht. Die Häufigkeit der erfolgreichen Absprachen deutet zudem darauf hin, dass das Risiko eines Eintretens von nicht auf der SBV-Liste verzeichneten Konkurrenten gering ist. Das Vorhandensein der potentiellen Konkurrenz dürfte demnach kaum eine disziplinierende Wirkung auf die Preisgestaltung der sich absprechenden Unternehmen ausüben. Davon ist zumindest in den hier betroffenen Submissionsmärkten auszugehen (bis zu einer Höhe von ca. zwei Millionen CHF). In den Einladungsverfahren können Unternehmen ohnehin nur in den Kreis der Submittenten gelangen, wenn der Bauherr das Submissionsverfahren abbricht und neu eröffnet. Dazu dürfte es aber nur bei einer leicht erkennbaren Absprache oder bei offensichtlich überhöhten Preisen kommen. Beide Fälle sind aber schwierig aufzudecken. Insbeson-

dere überhöhte Preise sind aufgrund der Einzigartigkeit jedes Projekts nicht ohne weiteres zu erkennen. Potentielle Konkurrenten bleiben deshalb in der Regel von den Submissionen fern (aus potentiellen Konkurrenten werden in der Regel keine aktuellen Konkurrenten) und üben daher kaum eine disziplinierende Wirkung auf die Submittenten aus. Ein Bauherr müsste zur Ermittlung eines weiteren Vergleichspreises ein unbeteiligtes Unternehmen für eine unabhängige Kostenberechnung beauftragen, was gemäss Parteiangaben sehr aufwändig und folglich kostspielig ist.²⁰⁶

1010. Der potentielle Wettbewerb dürfte immerhin dazu führen, dass die an einer Submission bzw. an einer Absprache beteiligten Unternehmen in der Regel nicht massiv überhöhte Preise verlangen können: Einerseits, weil sich die Unternehmen sonst für zukünftige Projekte (im Einladungsverfahren) schlechtere Chancen ausrechnen. Andererseits weil sich so die Gefahr eines Verfahrensabbruchs erhöht. Überhöhte Preise an sich kann der potentielle Wettbewerb aber nicht verhindern, weil hierfür die Vergleichbarkeit zwischen verschiedenen Projekten fehlt.

1011. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass auf den relevanten Märkten der aufgeführten Projekte weder genügend aktueller noch potentieller Wettbewerb herrscht. Der theoretisch bestehende potentielle Wettbewerb in offenen Verfahren sowie der potentielle Wettbewerb, der aufgrund zukünftiger Projekte spielen könnte, übt kaum eine disziplinierende Wirkung aus. Die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG wird demnach auf diesem Weg nicht umgestossen.

1012. Granella weist einerseits darauf hin, dass es nicht zutrefte, dass bei den untersuchten Submissionsprojekten fast alle Submittenten an den angeblichen Absprachen beteiligt gewesen seien. Andererseits bringt sie vor, dass das Sekretariat selbst sage, dass es neben den angeblich abgesprochenen Projekten auch zu vielen nicht abgesprochenen Projekten gekommen sei. Diese Tatsache zeige bereits, dass im Kanton Aargau offensichtlich ein erheblicher Wettbewerb herrsche. Daraus lasse sich im Übrigen auch schliessen, dass im Kanton Aargau neben einem aktuellen Wettbewerb gleichermassen eine tatsächliche Wirkung der potentiellen Konkurrenz vorhanden sei. Schliesslich erklärt Granella, dass die angeblichen Submissionsabsprachen keine erheblichen Auswirkungen auf die Offertpreise gezeigt hätten. Das Sekretariat habe jedenfalls im Antrag nicht empirisch nachgewiesen, dass die Submissionsabsprachen zu erhöhten Preisen geführt hätten. Zusammenfassend sind mehrere Parteien der Auffassung, dass in den vorgängig aufgeführten Fällen ein Aussenwettbewerb geherrscht habe, der es nicht zulasse von einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auszugehen.

²⁰⁵ Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 182), Art. 5 N 462, m.w.H.

²⁰⁶ Vgl. z.B. act. [...].

1013. Walo macht geltend, es liege keine Wettbewerbsbeschränkung vor, und a minore ad maius auch keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung oder gar eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass eine erhebliche Absprache vorliege, wenn die Hälfte der an einer Submissionsabsprache beteiligten Unternehmen an einer Absprache beteiligt gewesen seien. Vielmehr könne ein einziges Unternehmen, das nicht an der Absprache beteiligt sei, genügen, um eine allfällige Absprache wirkungslos zu machen. Anders als bei normalen Märkten vereinige der Gewinner eines Zuschlags bei Submissionen immer 100 % des relevanten Marktes auf sich. Aufgrund dieser „The-winner-takes-all“-Eigenschaft eines Submissionsmarktes sei es unrichtig anzunehmen, dass z.B. der letzte und zweitletzte Submittent von fünf Submittenten mit dem Gewinner in Konkurrenz stehe. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung liege immer nur dann vor, wenn eine Abrede zu einem anderen Resultat führe, als dies ohne Abrede der Fall gewesen wäre. Wenn eine Abrede durch einen Aussenseiter unterboten werde, führe dies dazu, dass die Abrede keine Auswirkungen gehabt habe. Ausserdem verweist Walo auf die Aussagen von Birchmeier, in welchen diese darauf hinweist, dass Absprachen praktisch nur zustande gekommen seien, wenn alle genug Arbeit hatten, was dazu geführt habe, dass die Preise mit oder ohne Absprachen höher gewesen seien, als in Phasen geringer Auslastung (für Aussagen Birchmeier siehe act. [...]). Walo folgert daraus, dass Abreden den Wettbewerb nicht beeinträchtigen.

1014. Hüppi ist der Auffassung, dass bei mehreren nicht abgesprochenen Offerten von einem starken Aussenwettbewerb auszugehen sei. Auch sei der Kreis der Offertsteller im Einladungsverfahren keineswegs so beschränkt wie im Antrag dargestellt, da sich ein Unternehmen um eine Einladung bei einer Beschaffungsstelle bewerben könne. Im Übrigen müsste für jedes Projekt abgeklärt werden, ob es sich um ein Einladungsverfahren oder ein offenes Verfahren gehandelt habe, da nur so eine jeweils adäquate Analyse des Konkurrenzdruckes gemacht werden könne.

1015. Birchmeier erklärt in ihrer Stellungnahme vom 9. September 2011, dass aus der von ihr zitierten Aussage nicht geschlossen werden könne, dass es mehrere bis viele Aussenwettbewerber benötige, um eine Absprache gar nicht erst zu ermöglichen. An der Anhörung vom 24. Oktober 2011 sagte Birchmeier aus, dass sich die abgesprochenen Preise auf einem sehr hohen Niveau bewegt hätten: *„Es war so, dass jeder im Regelfall das Objekt rechnete und man traf sich wieder, man brachte die Preise vor. Naturgemäss, derjenige der den Schutz wollte, der hatte ein bisschen einen höheren Preis und die anderen haben ihn da ganz klar runtergeholt. Das passiert eigentlich jedem, dass man den Preis runterholt und sagt damit kannst du gehen, das fällt dann auch nicht auf der Bauherrschaft. Der durfte gar nicht so hoch sein, sonst hätte die Bauherrschaft die Ausschreibung fallengelassen und nochmal ausgeschrieben. Also wurde der Preis heruntergeholt. Und die anderen wollten auch nicht, dass da jemand zu viel verdient dabei. Das wäre ja dann gleich wieder im nächsten Objekt im Kampf eingesetzt worden. Also macht man*

vernünftige Preise und halt nicht auf diesem ganz tiefen Niveau, wo wir sonst gehen.“ In ihrer Stellungnahme vom 8. November 2011 führte Birchmeier sodann aus, dass die Organisation eines Schutzes in den meisten Fällen (95 %) funktioniert habe.

1016. Erne bringt vor, die Ausführungen zum Aussenwettbewerb seien zu pauschal.

1017. Implemia weist einerseits darauf hin, dass eine Absprache noch lange keine Sicherheit dafür geboten habe, den Zuschlag zu erhalten. Es hätten immer auch die Angebote der nicht an den Absprachen beteiligten Unternehmen unterboten werden müssen. Die Offerten hätten deshalb angemessen und marktgerecht zu sein. Implemia bringt ferner vor, es habe durchaus potentieller Wettbewerb bestanden, da es vorgekommen sei, dass Unternehmen auch noch in den Kreis der Submittenten eingetreten seien, nachdem sich die absprechenden Unternehmen bereits auf ihre Eingaben geeinigt hätten (z.B. Fall [...]). Die Absprachetätigkeit hätte durch ihre Allokationsfunktion zudem auch einen positiven Effekt auf die wirtschaftliche Effizienz gehabt, was es den an Absprachen beteiligten Unternehmen erlaubt habe, vernünftige Preise zu offerieren. Schliesslich bringt Implemia vor, dass die Submissionsabsprachen keine bzw. höchstens unerheblichen Einfluss auf die Preise gehabt hätten. Implemia hätte nie eine Kartellrente abschöpfen können. Im Gegenteil: In gewissen Projekten habe Implemia sogar Verluste erlitten (Fall [...]).

1018. Zu den Stellungnahmen der Parteien ist Folgendes zu sagen: Aufgrund des Abspracheerfolgs kann in den vorgängig aufgeführten Fällen auf die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs geschlossen werden. Die vorliegende Untersuchung beschreibt circa 90 erfolgreiche Abreden über Preise bzw. die Aufteilung von Märkten gemäss Art. 5 Abs. 3 KG. Die Absprachetätigkeit war somit für die Untersuchungsadressatinnen planbar. Da es so häufig zu erfolgreichen Absprachen gekommen ist, kann im Falle einer erfolgreichen Abrede über Preise und die Zuteilung von Geschäftspartner davon ausgegangen werden, dass der Aussenwettbewerb offensichtlich zu gering war.²⁰⁷

1019. Kommt hinzu, dass die Absprachen in einem relativ kleinräumigen Gebiet stattfanden, in welchem sich die Bauunternehmen untereinander gut kennen (z.B. aus Begehungen, aus ARGEs, aufgrund der häufigen Konkurrenzsituation und zumindest in Bezug auf gewisse Untersuchungsadressatinnen auch aufgrund der häufigen Besprechungen über Absprachen). Gemäss Birchmeier hätten alle Bauunternehmungen im Kanton Aargau ein sehr gutes Einvernehmen gehabt. Die Strassenbau-Unternehmen im Kanton Aargau dürften ziemlich genau gewusst haben, welche Konkurrenten aufgrund ihrer jeweiligen Eigenheiten (Unternehmensgrösse, Lage

²⁰⁷ RPW 2009/3, 210 Rz 91, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

des Werkhofes, Lage von aktuellen Baustellen usw.) für ein konkretes Projekt eine ernsthafte Konkurrenz darstellen wird. Zudem besteht für jede Submission bereits aufgrund der Übersicht der SBV-Plattform ein gutes Bild über die möglichen Submissionsteilnehmer. Zur Vervollständigung dieses Bildes bzw. zur Absicherung konnten die Submittenten gar bei der Konkurrenz nachfragen, ob sie für ein bestimmtes Projekt auch eine Eingabe plane.

1020. Mit ihrer Kenntnis über die Teilnehmer an einer Submission und über die Eigenheiten der Konkurrenten können die Organisatoren eines Schutzes so abschätzen, welche Konkurrenten sie in Bezug auf ein bestimmtes Projekt für eine Absprache gewinnen müssen, damit ein erfolgreicher Schutz zustande kommt. Die Organisatoren eines Schutzes mussten also wissen, von welchen Konkurrenten kompetitive Offerten eingehen könnten, und von welchen Submittenten keine allzu tiefen Offerten zu erwarten sind. Anders ist gar nicht zu erklären, dass Abreden im Kanton Aargau so oft erfolgreich waren, auch wenn in einigen Fällen nicht sämtliche Submittenten an der Abrede beteiligt waren. Birchmeier führt denn auch aus, dass die Organisation eines Schutzes in den meisten Fällen funktioniert hat. Wenn nun aber eine Abrede zwischen den Unternehmen zustande kommt, die am ehesten in der Lage sind, kompetitive Preise zu offerieren, wird der Wettbewerb beseitigt, da von den übrigen Teilnehmern an der Submission offensichtlich kein genügender Aussenwettbewerb erzeugt wird. Der noch bestehende potentielle Aussenwettbewerb führt in diesem Fall lediglich dazu, dass die von den Abrededepartnern festgelegten Preise nicht beliebig hoch festgelegt werden können (zu diesem Phänomen siehe die Ausführungen zum potentiellen Wettbewerb).

1021. An dieser Analyse zum Aussenwettbewerb ändert auch nichts, dass die Abrededepartner den jeweils geschützten Submittenten selbst unter Preisdruck gesetzt haben wollen, um „vernünftige Preise“ zu erzeugen. Birchmeier brachte in aller Klarheit zum Ausdruck, dass die abgesprochenen Preise höher waren als bei nicht abgesprochenen Projekten: „Also man machte vernünftige Preise und halt nicht auf diesem ganz tiefen Niveau, wo wir sonst gehen.“ Einige Parteien bestreiten dies beharrlich und stellen sich auf den Standpunkt, die Submissionsabsprachen hätten keine überhöhten Preise zur Folge gehabt (siehe z.B. explizit Implenja; Walo; Granella). Diese Äusserungen lassen die Befürchtung aufkommen, dass gewisse Parteien Submissionsabsprachen noch immer als Kavaliersdelikt betrachten. Sie stellen damit das Submissionssystem als solches in Frage und scheinen davon auszugehen, dass Submittenten in der Lage seien, durch zwischen direkten Konkurrenten getroffenen Entscheidungen dasselbe Ergebnis herbeizuführen wie der Wettbewerb. Einer solchen Betrachtungsweise ist klar zu widersprechen. Auch wenn hinter Submissionsabsprachen nicht die Absicht stehen sollte, massiv überhöhte Preise, sondern lediglich „vernünftige“ Preise zu erzielen, kann eine Absprache den Wettbewerb nicht ersetzen. Submissionsabsprachen schalten den Wettbewerb vielmehr definitionsgemäss aus und stellen damit dessen gewünschte Effekte in Frage.

1022. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Argumentation von[...]. Sie ist einerseits der Ansicht,

dass Submissionsabsprachen (zumindest in gewissen Fällen) den wirksamen Wettbewerb in keiner Art und Weise beeinträchtigen: „Mit anderen Worten lässt sich festhalten, dass Abreden den Wettbewerb nicht beeinträchtigen. Denn wenn ein Unternehmen an einem Auftrag nicht interessiert ist (weil es schon genug) Arbeit hat und deshalb eine Stützofferte abgibt oder deshalb auf die Einreichung einer Offerte verzichtet, ergibt sich im Vergleich zum Zustand mit und ohne Abrede kein Unterschied.“ Dennoch hat [...] eine Weisung erlassen, die von jedem Profit-Zenter-Leiter unterschrieben werden müsse [...]: „Die Weisung verbietet Wettbewerbsabsprachen ausdrücklich und ausnahmslos.“ Die Weisung müsse auch eingehalten werden, wenn die Meinung herrschen sollte, dass dies einen Gewinnverlust für die Unternehmung zur Folge hätte. [...] verbietet ihren Mitarbeitern damit ein Verhalten, das ihrer Ansicht nach weder zu einer Beseitigung, noch zu einer erheblichen Beeinträchtigung noch überhaupt zu irgendeiner Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt. Ein solches Vorgehen erscheint als widersprüchlich. Vielmehr deutet die Weisung von [...] darauf hin, dass sie Submissionsabsprachen (inkl. Bid-suppressions) selbst als kartellrechtlich problematisch betrachtet. So sicher, dass Abreden den Wettbewerb nicht beeinträchtigen, ist sich [...] also doch nicht.

1023. Gewisse Parteien verlangen, dass die durch die Absprachen erfolgte Erhöhung der Preise empirisch nachgewiesen werde. Aufgrund der Einzigartigkeit jedes Submissionsprojektes und aufgrund der Tatsache, dass nicht eruiert werden kann, zu welchem Preis die Abrededepartner offeriert hätten, wenn sie sich nicht abgesprochen hätten, ist es nicht möglich, für jedes Projekt aufzuzeigen, um wie viel der Marktpreis durch die Absprache erhöht worden ist. Bei abgesprochenen Projekten gibt es gar keinen Marktpreis mehr, weshalb eine konkrete Berechnung eines Preisunterschieds (zwischen dem Zuschlagspreis unter Wettbewerbsbedingungen und dem Zuschlagspreis bei Vorliegen einer Abrede) unmöglich ist. Wären die Wettbewerbsbehörden gezwungen, für jedes Projekt die konkrete Preiserhöhung zu berechnen, die durch die Abrede entstanden ist, hätte dies nichts anderes zur Folge als die grundsätzliche Zulässigkeitserklärung von Abreden über einzelne Submissionsprojekte. Damit würde die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG ausgehebelt.

1024. Zu den Hinweisen von Granella, wonach sich der genügende Aussenwettbewerb daraus ergebe, dass es neben den angeblich abgesprochenen Projekten auch zu vielen nicht abgesprochenen Projekten gekommen sei und dass dies auf einen erheblichen Wettbewerb im Kanton Aargau hinweise, ist Folgendes zu sagen: Die Analyse der Wettbewerbssituation wurde in der vorliegenden Untersuchung unter dem Blickwinkel eines Marktes vorgenommen, der sich auf das einzelne Projekt beschränkt. Die Wettbewerbssituation im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau wird in den Ausführungen zum potentiellen Wettbewerb berücksichtigt. Der potentielle Aussenwettbewerb kann aber nicht als ausreichend bezeichnet werden, sonst wäre es den Abredeteilnehmern nicht möglich gewesen, höhere Preise als unter

Wettbewerbsbedingungen zu erzielen und den Zuschlag zu manipulieren.

1025. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass es für die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs keine Rolle spielt, ob ein geschütztes Unternehmen mit dem Zuschlag in einem konkreten Projekt einen Verlust erlitten hat. Entscheidend ist, dass der Zuschlagspreis eines abgesprochenen Projekts nicht das Resultat des Wettbewerbs ist und damit höher ausfällt, also unter Wettbewerbsbedingungen. Dies bedeutet nichts anderes, als dass ein allfälliger Verlust unter Wettbewerbsbedingungen noch höher ausgefallen wäre, sodass die Kartellrente in diesem Fall in der Reduktion des Verlustes besteht.

1026. Zusammenfassend ergibt sich: In Bezug auf die in der vorliegenden Untersuchung dargestellten Abreden über Preise und Märkte gemäss Art. 5 Abs. 3 KG kann deshalb die Vermutung des wirksamen Wettbewerbs nicht durch den Nachweis von genügenden Aussenwettbewerb beseitigt werden.

B.5.3.2.2 Innen- und Restwettbewerb

1027. Zu prüfen bleibt, ob die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs und damit der Unzulässigkeit der Abrede mittels verbleibendem Innenwettbewerb widerlegt werden kann.

1028. Die Untersuchung hat gezeigt, dass sich die Parteien in der weit überwiegenden Zahl der Fälle an die Preisabreden hielten und absprachegemäss das Unternehmen schützten, welches in der Folge den Auftrag erhielt. Ausnahmen werden in den spezifischen Projekten gesondert abgehandelt.

1029. Eine Beseitigung des Preiswettbewerbs wiegt zudem aufgrund der Bedeutung des Wettbewerbsparameters „Preis“ schwer, und die daran anknüpfende Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung ist nicht durch Wettbewerb bezüglich jedweder Parameter aufzuwiegen.²⁰⁸ Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang festgehalten (allerdings lediglich in Bezug auf Dienstleistungsmärkte), 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 fortbesteht.²⁰⁹

1030. In der Tiefbaubranche ist der Preis der entscheidende Wettbewerbsparameter. Daneben könnten allenfalls die Bauzeit oder die Referenzen in Betracht fallen. Die Bauzeit wird aber maximal mit 30 % gewichtet.²¹⁰ Auch der Ruf eines seriösen Unternehmens sowie die Kundenbetreuung erscheinen nicht als Wettbewerbsparameter, die die zentrale Funktion des Preises derart schmälern könnten, dass von einem wirksamen Restwettbewerb auszugehen ist.

1031. Wären für die Auftragsvergabe andere Parameter (ebenso) zentral gewesen wie der Preis, hätte es auch zu Absprachen über diese anderen Parameter kommen müssen, da die Parteien ja beabsichtigten, die Auftragsvergabe zu steuern. Derartige Absprachen hat die vorliegende Untersuchung aber nicht zu Tage gefördert. Folglich kann aus der Tatsache, dass die Preisabreden meist erfolgreich zum Auftragserhalt durch die vorbe-

stimmte Partei führten, gefolgert werden, dass in dieser Branche andere Wettbewerbsparameter, welche mangelnden Preiswettbewerb aufzuwiegen vermögen, nicht spielen. Unter den aufgeführten ungefähr 100 Projekten befinden sich im Übrigen lediglich zwei, bei welchen nicht das tiefste Angebot den Zuschlag erhalten hat.²¹¹ Es sind somit keine Parameter ersichtlich, welche wirksamen (Rest-/Teil-)Wettbewerb fortbestehen lassen würden.

1032. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass zumindest im öffentlichen Beschaffungswesen die relevanten Wettbewerbsparameter und deren Gewichtung vorgängig allen Marktteilnehmern bekannt gegeben werden. Fehlen zusätzliche Angaben ist beispielsweise im Kanton Aargau einzig der Preis massgeblich.²¹² Da die absprechenden Unternehmen ihre jeweilige Punktzahl für die (allenfalls) verschiedenen Wettbewerbsparameter in etwa erraten können, ist es ihnen auch ein leichtes, diese Punktzahlen in ihre Abrede einzubeziehen und falls nötig mit grösseren Preisunterschieden zu kompensieren.

1033. Granella bringt in ihrer Stellungnahme vor, dass neben dem Preiswettbewerb auch ein Wettbewerb in Bezug auf andere Parameter möglich sei (z.B. Qualität, Innovation, Bauzeit, Image eines Bauunternehmens, Termin, Garantie- und Unterhaltsleistungen, Betriebs- und Unterhaltskosten, technischer Wert, Zweckmässigkeit, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, Kundendienst etc.). Der Preis sei im Submissionswesen ein wichtiger, aber nicht der einzige wichtige Wettbewerbsparameter. In der vorliegenden Untersuchung behaupte das Sekretariat, dass es zu einer Koordinierung des Offertpreises und Steuerung des Zuschlags gekommen sei. Soweit ersichtlich weise das Sekretariat aber keinen Kollusion in Bezug auf die vorliegend ebenfalls wichtigen anderen Wettbewerbsparameter nach. Es sei deshalb davon auszugehen, dass in Bezug auf diese Wettbewerbsparameter stets ein wirksamer Wettbewerb zwischen den Verfahrensbeteiligten Unternehmen geherrscht habe. Auch Käppeli bringt vor, dass namentlich im Fall [...] der Preis nur zu 70 % für den Zuschlag massgeblich gewesen sei. Daneben seien Qualität mit 20 % und Termin mit 10 % ausschlaggebend gewesen.

1034. Zum Innenwettbewerb ist zunächst zu sagen, dass Birchmeier bestätigt hat, dass die Abredepartner sich in der Regel an die Abrede hielten. [Birchmeier AG] sagte zunächst aus, dass es zwar Fälle gegeben habe, bei welchen sich ein Abredepartner nicht an die Abmachung gehalten habe: *„Es gab sogar Fälle, da hat man abgemacht, jawohl. Da sassan fünf Unternehmungen am Tisch, man hat abgemacht, jawohl, wir schützen. Alle haben genickt und da ging man nach Hause und da hat einer trotzdem unterfahren. Weil er irgendwie noch eine offene Rechnung hatte. Das waren halt so Spiele.“* Wie

²⁰⁸ RPW 2009/3, 210 Rz 95 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

²⁰⁹ BGE 129 II 18, 37 E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747 E. 8.3.4), *Buchpreisbindung*; in der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass der kompensierende Wettbewerbsparameter mindestens so bedeutsam sein müsse, wie jener bezüglich dessen der Wettbewerb beseitigt ist (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 182), Art. 5 N 471).

²¹⁰ Act. [...].

²¹¹ Siehe Fall 1 (Bauzeit) und Fall 77 (gute Erfahrung in der Vergangenheit).

[Birchmeier AG] aber weiter erklärt haben sich die Abredepartner normalerweise an die Vereinbarungen gehalten: „Aber im Regelfall ging das ja, weil wenn man sich nicht daran gehalten hätte, hätt das nicht mehr funktioniert. Dann würde ja keiner mehr an den Tisch kommen. Wenn man zwei drei Mal nicht das erhält, was man versprochen bekam. Dann geht man ja gar nicht mehr hin.“ Von einem genügenden Innenwettbewerb kann also keine Rede sein. Dies gilt mit Sicherheit bei den in der vorliegenden Verfügung behandelten erfolgreichen Abreden.

1035. Zu den Ausführungen über den neben dem Preiswettbewerb bestehenden Wettbewerb über weitere Wettbewerbsparameter ist zu wiederholen, dass dieser als nicht ausreichend betrachtet werden kann. Das Ziel der Abredepartner bestand in der vorliegenden Untersuchung in der Steuerung des Zuschlags. Der Zuschlag lässt sich steuern, indem über diejenigen Wettbewerbsparameter eine Abrede zustande kommt, die entscheidend sind für die Vergabe. Sollten die oben aufgeführten Wettbewerbsparameter derart wichtig sein, wie dies die Parteien vorbringen, wären die ausschliesslich über den Preis gesteuerten Abreden nicht erfolgreich gewesen bzw. hätten die Abredepartner ihr Verhalten wohl angepasst und auch Abreden z.B. über die Bauzeit getätigt.

1036. Granella weist schliesslich darauf hin, dass die Beseitigungsvermutung von Art. 5 Abs. 3 KG auch durch das Vorliegen einer starken Marktgegenseite widerlegt werden könne (siehe auch die Hinweise von Implenia). Vorliegend bestehe die Marktgegenseite im Ausschreiber bzw. der öffentlichen Hand. Diese verfüge als einzige Nachfragerin über eine Monopolstellung und könne dadurch jederzeit genügend Wettbewerbsdruck auf die Submittenten ausüben. Damit sei die Vermutung widerlegt.

1037. Granella stützt ihre Aussage auf zwei kartellrechtliche Entscheide.²¹³ In diesen Fällen wurde festgehalten, dass die Stellung der Marktgegenseite nicht geeignet war, um die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen. Dies ergab sich unter anderem daraus, dass die Arbeiten nicht nur von einer Stelle, sondern von verschiedenen Auftraggebern der öffentlichen Hand (Kanton, Gemeinde) und auch von Privaten vergeben wurden.²¹⁴ Eine solche Konstellation liegt auch hier vor. Ohnehin ist darauf hinzuweisen, dass sich die Stärke der Marktgegenseite darin äussern sollte, dass der Wettbewerb unter den anbietenden Unternehmen gefördert und allfällige Kartelle destabilisiert werden. Gerade dies ist im vorliegenden Fall nicht eingetreten. Es kam zu unzähligen abgesprochenen Submissionen, in welchen die Zuschlagsempfänger Preise verlangen konnten, die über den sonst üblichen Preisen (d.h. aufgrund von Submissionen ohne Abrede) lagen.²¹⁵

1038. Neben der Abrede über Preise stellen die untersuchten Fälle gleichzeitig Abreden über Gebiete bzw. Geschäftspartner dar (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG).²¹⁶ Als Geschäftspartner gilt die Marktgegenseite der Abredeparteien.²¹⁷ Auch die Abreden über Gebiete bzw. Geschäftspartner sind derart, dass kein genügender Aussen- oder Innenwettbewerb zu erkennen ist.

1039. Fazit: Demnach steht fest, dass projektbezogen zahlreiche Preisabsprachen getroffen wurden und die jeweils daran anknüpfende Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG nicht umgestossen werden kann.

1040. Lässt sich die Vermutung nicht widerlegen, so erübrigt sich eine Prüfung der Erheblichkeit. Auch können die Abreden nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 KG).

B.5.3.2.3 Zwischenergebnis

1041. 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 Preisabsprachen sind gestützt auf Art. 5 Abs. 1 und 3 Bst. a und c KG unzulässig und gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar.

B.5.4 Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung

1042. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in gewissen Fällen umgestossen werden kann, wäre in allen Fällen von einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs auszugehen.

B.5.4.1 Qualitativ

1043. Für das Vorliegen des qualitativen Elementes der Erheblichkeit ist es ausreichend, dass der von der in Frage stehenden Abrede betroffene Wettbewerbsparameter auf dem fraglichen Markt eine gewisse Bedeutung aufweist. Die vorliegende Untersuchung betrifft Fälle von horizontalen Preisabreden und Abreden über Marktaufteilungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG.

1044. Dass insbesondere horizontale Preisabsprachen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, ist in der Lehre und Rechtsprechung unbestritten. Bezüglich der Frage der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung des Parameters Preis sowie der Abreden über Gebiete und Geschäftspartner ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber diesbezüglich eine Wertung vorgenommen hat und horizontale Preisabreden und Abreden über Aufteilung von Märkten vermuthungsweise den wirksamen Wettbewerb beseitigen.²¹⁸

²¹² § 18 Abs. 3 SubmD (vgl. Fn 2).

²¹³ RPW 2000/4, 629 Rz 84, *Markt für Strassenbeläge* sowie Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 388 E. 9.2.4, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

²¹⁴ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 388 E. 9.2.4.3, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

²¹⁵ Siehe dazu die Aussagen von Birchmeier (act. [...]) und Erne (act. [...]); Birchmeier bestätigte ausserdem, dass sich auch mit nicht abgesprochenen Preisen ein Gewinn erwirtschaften lässt: „Wir machen nach wie vor Gewinn und das ist einfach so, man muss sich gut organisieren, man muss halt hervorragende Leistung bringen, und dann verdient man auch noch etwas.“

²¹⁶ Siehe dazu Rz 994.

²¹⁷ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 182), Art. 5 N 433.

²¹⁸ Vgl. zum Ganzen RPW 2010/4, 751 Rz 315, *Baubeschläge für Fenster und Türen*.

1045. Überdies illustrieren sowohl die Praxis der WEKO wie auch der Europäischen Kommission, dass – im horizontalen Kontext – der Wettbewerbsparameter Preis als besonders wichtig erachtet wird.²¹⁹ Es stellt sich jedoch die Frage, welche Anforderungen an das qualitative Element der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu stellen sind, wenn die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann.

1046. Zu dieser Frage hat die WEKO ausgeführt, dass Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG grundsätzlich eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge haben, wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann. Damit hat die WEKO festgehalten, dass bei Umstossung der gesetzlichen Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Falle von sog. Hardcore-Kartellen die qualitativen Kriterien für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung grundsätzlich gegeben sind.²²⁰ Das qualitative Element der Wettbewerbsbeeinträchtigung kann somit als erfüllt betrachtet werden. Die vorgängig unter A.6 aufgeführten Fälle beschränken den Wettbewerb in qualitativer Hinsicht erheblich.

B.5.4.2 Quantitativ

1047. Für die Bestimmung der quantitativen Beeinträchtigung eines Marktes wurden in der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden keine bestimmten und einfach messbaren Grössen festgelegt. Insbesondere liegen keine Marktanteilsgrenzen vor, aus welchen generell eine quantitative Beeinträchtigung abgeleitet werden kann. Die quantitative Beeinträchtigung ist demnach einzelfallweise zu prüfen.

1048. Der vorliegende Fall zeichnet sich durch die bereits oben erwähnten Besonderheiten des Submissionmarktes aus.²²¹ Ein Submissionsmarkt wird durch den Bauherrn als Nachfrager und die für das konkrete Projekt offerierenden Unternehmen gebildet. In einem solchem Markt erscheint eine Prüfung der Beeinträchtigung unter dem Aspekt des Marktanteils wenig sachgerecht. Es erscheint viel mehr als angebracht, auf die Anzahl der Teilnehmer an der Submission bzw. an der Absprache abzustellen (was durchaus vergleichbare Effekte wie eine Marktanteilsberechnung haben kann).

1049. Zum Innenwettbewerb kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden.²²² Fast in allen Fällen haben sich sämtliche absprechenden Unternehmen an die Absprachen gehalten. Zudem besteht neben dem Wettbewerbsparameter „Preis“ kein anderer Faktor, der die Ausschaltung des Preiswettbewerbs kompensieren könnte.

1050. Zum Aussenwettbewerb kann gesagt werden, dass in Submissionsabsprachen bereits eine geringe Anzahl von Abspracheteilnehmern ausreicht, um den Wettbewerb spürbar zu beeinflussen.²²³ Von einer erheblichen Beeinträchtigung muss aber immer dann ausgegangen werden, wenn mindestens die Hälfte der an einer Submission teilnehmenden Unternehmen an der Absprache beteiligt sind.

1051. In den meisten untersuchten Fällen waren alle oder fast alle Teilnehmer der Submission an der Absprache beteiligt und hielten sich an diese. In einigen

wenigen Fällen konnte für einen oder zwei Teilnehmer der Submission nicht nachgewiesen werden, dass dieser bzw. diese wie die anderen an der Absprache beteiligt war bzw. waren.

1052. Aufgrund der Einmaligkeit jedes Bauprojektes ist es schwierig, Vergleiche zwischen verschiedenen Projekten herzustellen. Es ist deshalb nicht möglich, die gena

uen Auswirkungen der Absprachen auf die Offertpreise zu beziffern. Immerhin lässt sich aus den Fällen 33 und 109 herauslesen, dass die Auswirkungen beträchtlich sein können. In der Literatur werden Unterschiede von abgesprochenen Preisen zu Marktpreisen von ca. +10 % für offene Verfahren und von ca. +14 % für begrenzte Verfahren²²⁴ genannt.²²⁵

1053. Hinter der Durchführung einer Submission steht die Idee, Wettbewerb zwischen den offerierenden Unternehmen zu erzeugen. Wenn sich alle oder fast alle Teilnehmer der Submission untereinander absprechen, kann dieser Wettbewerb gar nie entstehen. In diesen Fällen kann deshalb grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wurde. Dies gilt selbst dann, wenn die Absprache nicht erfolgreich war, weil sich ein Teilnehmer der Absprache nicht daran gehalten und anstelle einer Stützofferte eine eigene „ernsthafte“ Offerte eingereicht hat. Da dieser Submittent die Preise der anderen Teilnehmer kannte, kann auch seine Offerte nicht als Resultat des wirksamen Wettbewerbs gelten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Offerte als Folge der Absprache knapp unter der Offerte des zu schützenden Submittenten platziert wird. Aus diesem Grund muss auch in diesem Fall von einer Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs ausgegangen werden.

1054. Walo bringt mit den bereits unter dem Titel der Wettbewerbsbeseitigung vorgebrachten Argumenten vor, der Wettbewerb sei nicht erheblich beeinträchtigt. Erne bringt vor, die Behörde müsse in jedem einzelnen Fall begründen, weshalb sie davon ausgehe, dass der Wettbewerb in quantitativer Hinsicht als erheblich beeinträchtigt gelte. Granella erklärt, es sei keine quantitative Erheblichkeit gegeben, weil sie sich gar nicht an Abreden beteiligt hätte. Ausserdem habe das Sekretariat selbst erklärt, dass im Kanton Aargau ein grosser Teil der Submissionen nicht Gegenstand von Absprachen gewesen sei. Hüppi stellt zu diversen Fällen fest, der Wettbewerb sei nicht erheblich beeinträchtigt (act. [...] zu Fall [...]). Diverse Parteien bringen zudem vor, dass der Wettbewerb bei nicht erfolgreichen Absprachen nicht erheblich beeinträchtigt sei (Implenia; Granella; Walo).

²¹⁹ RPW 2010/4, 751 Rz 315, *Baubeschläge für Fenster und Türen*.

²²⁰ Siehe dazu auch RPW 2010/4, 751 Rz 316, *Baubeschläge für Fenster und Türen*.

²²¹ Siehe unter B.5.2.

²²² Siehe unter Rz 1027 ff.

²²³ CHRIST (Fn 176), 96 Rz 367 mit einem Hinweis auf einen Entscheid des OLG Celle vom 2.8.1984, in welchem bereits die Absprache unter zwei von neun als spürbar eingestuft wurde (WuW Entscheidsammlung 4/1985, 342 f.).

²²⁴ „Begrenzte Verfahren“ ist ein Oberbegriff, unter welchen primär die Einladungsverfahren fallen (vgl. CHRIST [Fn 176], 8 Rz 18).

²²⁵ CHRIST (Fn 176), 219 f. Rz 859.

1055. Zunächst gilt es zu betonen, dass eine Abrede über den Preis und die Zuteilung von Kunden und Geschäftspartner als qualitativ schwerwiegend einzuordnen ist. In quantitativer Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass im Falle einer erfolgreichen Abrede über Preise und die Zuteilung von Geschäftspartner davon ausgegangen werden muss, dass der Aussenwettbewerb offensichtlich zu gering war.²²⁶ Es kann deshalb ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wurde.

1056. Zu den nicht erfolgreichen Abreden (d.h. kein Abrededpartner erhält den Zuschlag) bringen mehrere Parteien vor, diese hätten keine Auswirkungen auf den Wettbewerb. Walo stellt sich gar auf den Standpunkt, diese Sichtweise gehe klar auch aus dem „Erläuternden Bericht zur konferenziellen Vernehmlassung“²²⁷ auf S. 5 hervor, wo genau dieser Fall erwähnt werde. Hierzu ist Folgendes zu sagen: Hinter der Durchführung einer Submission steht wie erwähnt die Idee, Wettbewerb zwischen den offerierenden Unternehmen zu erzeugen. Jede zusätzliche Offerte erhöht den Wettbewerb. Aus diesem Grund werden selbst bei Einladungsverfahren in der Regel mindestens drei Unternehmen um eine Offerte angefragt. Auch wenn die Absprache nicht erfolgreich war, weil ein Aussenwettbewerber (ein Unternehmen, das an der Absprache nicht beteiligt war) den Zuschlag erhalten hat, kann eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegen. Dies gilt insbesondere bei den hier beurteilten Submissionen, bei welchen immer eine reduzierte Anzahl Submittenten teilnehmen. Es handelt sich insofern um relativ beschränkte Märkte, bei welchen bereits eine Abrede zwischen nur zwei Submittenten eine erhebliche Auswirkung auf den Wettbewerb haben kann. Der Zuschlagsempfänger hat in einem solchen Fall den Zuschlag unter „gefälschten“ Voraussetzungen gewonnen und somit mit einem nicht unter Wettbewerbsbedingungen entstandenen Preis. Die Absprache war nicht erfolgreich bezüglich die Steuerung des Zuschlags, nichtsdestotrotz hat sie Auswirkungen auf das Preisniveau. Nichts anderes ergibt sich aus dem von Walo zitierten Bericht. Darin wird lediglich darauf hingewiesen, sich absprechende Bauunternehmen könnten diesen Standpunkt vertreten. Es wird mit Nichten gesagt, dieser Standpunkt sei richtig. Weitere Ausführungen zur Frage, ob eine nicht erfolgreiche Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs geführt hat, finden sich bei den jeweiligen Fällen (siehe unter A.6).

1057. Somit ist auch das quantitative Element erfüllt und die unter A.6 aufgeführten Fälle von Submissionsabreden würden für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könnte, den Wettbewerb erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG beeinträchtigen.

B.5.4.3 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

1058. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produkti-

onsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und

- b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

1059. Anzuführen ist jedoch, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.²²⁸

1060. Granella macht Effizienzgründe geltend. Sie bringt vor, der mögliche Austausch von Informationen in Bezug auf Submissionsprojekte bewirke eine Senkung und Einsparung der Transaktionskosten. Auf diese Weise könnten u.a. die mit einer Eingabe verbundenen Kosten reduziert werden. Der Informationsaustausch ermögliche auch eine effiziente Nutzung und Gewinnung von Know-how z.B. durch enge Zusammenarbeit im Rahmen von ARGE. Mit anderen Worten seien die Submissionsabreden notwendig, um die Herstellungs- und Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen. Die vorliegenden Abreden wären somit nach Art. 5 Abs. 2 KG zulässig.

1061. Dem KG liegt die Idee zugrunde, dass der Wettbewerb zum effizientesten wirtschaftlichen Ergebnis führt. Dies ist nur in Ausnahmefällen anders, wobei die Hürden für eine Zulassung einer Wettbewerbsabrede unter dem Titel von Art. 5 Abs. 2 KG sehr hoch gelegt wurde.²²⁹ Diese Hürde kann nicht damit überwunden werden, indem kurzerhand Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG abgeschrieben und behauptet wird, diese Voraussetzungen seien erfüllt. Das vorliegende Verfahren behandelt Submissionsabreden (Abreden über Preise und die Aufteilung von Märkten), die gemeinhin zu den schädlichsten Formen von Wettbewerbsabreden zählen.²³⁰ Effizienzgründe, die im Falle einer bloss erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs eine Rechtfertigung zulassen würden, sind nicht ersichtlich. Die Behauptungen von Granella in diesem Zusammenhang belegen das Unverständnis und die Uneinsichtigkeit dieses Unternehmens in Bezug auf den Wettbewerb allgemein und den Sinn und Zweck von Submissionen. Es ist nicht nachvollziehbar, mit welcher Leichtigkeit Granella bei Submissionsabreden Effizienzgründe geltend macht, ohne sie nur ansatzweise zu belegen.

²²⁶ RPW 2009/3, 211 Rz 91, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

²²⁷ Erläuternder Bericht des EVD vom 23.9.2011, Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit: Anpassung von Artikel 5 Kartellgesetz gemäss Entscheid des Bundesrates vom 17.8.2011, S. 5, wo zu lesen ist: „Sogar konkurrierende Bauunternehmen, die in einem Eingabeverfahren ihre Offerten abgesprochen haben, könnten argumentieren, die Kartellabrede habe keine erhebliche Wirkung gehabt, da z.B. ein Dritter den Zuschlag erhalten habe.“

²²⁸ RPW 2005/2, 276 Rz 46, *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagszeugnisse in der Schweiz*.

²²⁹ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 182), Art. 5 N 264 und 361.

B.5.5 Ergebnis

1062. Die Wettbewerbsabreden der aufgeführten Fälle (siehe unter A.6) beseitigen den wirksamen Wettbewerb auf den jeweils aus Einzelprojekten bestehenden Märkten. Die Preisabsprachen sind gestützt auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG unzulässig und gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar.

1063. Wenn nicht von einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auszugehen wäre, würden die aufgedeckten Abreden den Wettbewerb doch erheblich beeinträchtigen und lassen sich nicht rechtfertigen. Die Preisabsprachen sind auch gemäss Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig und gemäss Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 Bst. a und c KG sanktionierbar.

C Sanktion und Sanktionsbemessung

C.1 Sanktionierung

C.1.1 Allgemeines

1064. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.²³¹ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.²³²

C.1.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

1065. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben.

C.1.2.1 Unternehmen

1066. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.²³³ Zur Qualifizierung der Parteien als Unternehmen siehe Rz 509 und 514 ff.

C.1.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

1067. 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 belastet.²³⁴

1068. Eine Sanktionierung der ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante – der Beteiligung an Abreden – ist an die folgenden zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG und zweitens die Unzulässigkeit dieser Abrede.²³⁵

1069. Wie in den genannten Fällen unter A.6 dargelegt, haben sich die Parteien Projekte zugewiesen sowie ihre

Eingaben koordiniert. Sämtliche Fälle erfüllen den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG. Die weitere Prüfung dieser Fälle hat ergeben, dass diese in den meisten Fällen zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen. In einigen wenigen Fällen konnte die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden. In diesen Fällen wurde der wirksame Wettbewerb allerdings erheblich beeinträchtigt. Folglich handelt es sich bei den genannten Abreden um unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG bzw. Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG²³⁶. Die beiden vorgenannten Voraussetzungen sind demnach erfüllt.

C.1.3 Vorwerfbarkeit

1070. Für die Verhängung einer Verwaltungssanktion ist typischerweise kein Verschulden und damit kein Nachweis eines im strafrechtlichen Sinne vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen vorausgesetzt.²³⁷ Getreu dem Wortlaut wird für eine Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG auch keine Vorwerfbarkeit verlangt. Dennoch prüfte die WEKO bis anhin in verschiedenen Fällen ein entsprechendes Erfordernis,²³⁸ weshalb praxisgemäss zumindest eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit vorliegen muss.

²³⁰ Siehe dazu die Hinweise der OECD über die Schädlichkeit von Submissionsabreden („Competition and Procurement, Key Findings, 2011, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/dataoecd/55/41/48315205.pdf>).

²³¹ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft 2001), BBI 2002, 2022 ff., insb. 2023, 2033 ff., 2041; PATRIK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Vorbem. zu Art. 50–57 N 1; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

²³² Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft 2001), BBI 2002, 2022 ff., 2034.

²³³ Statt vieler: JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 2011, Art. 49a N 6.

²³⁴ Vgl. auch PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz-Handkommentar, Art. 49a N 1.

²³⁵ RPW 2010/4, 756 Rz 366, *Baubeschläge für Fenster und Türen*; vgl. auch Roger Zäch, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34.

²³⁶ Die Frage, ob Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG auch dann sanktioniert werden können, wenn die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, ist gemäss Praxis der WEKO zu bejahen (Vgl. RPW 2010/1, 108 Rz 332 m.w.H., *Gaba*; RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*).

²³⁷ Botschaft 2001, 2034; vgl. etwa bereits die Entscheide der WEKO RPW 2001/1, 152 Rz 35, *Banque Nationale de Paris (BNP)/Paribas*; RPW 2000/2, 262 f. Rz 30, *Zusammenschluss Unternehmung X/C-AG und D-AG*, und RPW 1998/4, 617 f. Rz 21 ff., *Curti & Co. AG*; 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, 2001, 585 ff., 589; sowie PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: von Büren/David (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR)*, Bd. V/2, 520.

²³⁸ Vgl. RPW 2009/3, 212 Rz 105, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2006/4, 660 f. Rz 228 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

1071. Vorwerfbarkeit liegt bereits dann vor, wenn dem zu sanktionierenden Unternehmen eine Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn dem Unternehmen ein Organisationsverschulden zukommt. Ein Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG – hier i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG – erfüllt diese Voraussetzungen regelmässig.²³⁹ Der vorwerfbare objektive Sorgfaltsmangel kann bei der juristischen Person die nicht nachweisbaren subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen ersetzen und zu einer Sanktionierung des Unternehmens selbst führen.²⁴⁰ Da das Kartellgesetz für Unternehmen (als dessen Adressaten) allgemein als „bekannt“ vorausgesetzt werden darf²⁴¹, müssen diese grundsätzlich alles Mögliche und Notwendige vornehmen, um ein kartellrechtskonformes Verhalten sicherzustellen.²⁴² Es wurden bei mehreren Unternehmen Unterlagen gefunden, die den Zweck verfolgen, allfälligen Wettbewerbsverstössen vorzubeugen. Des Weiteren sind sämtliche Parteien Mitglieder des Schweizerischen Baumeisterverbandes, dessen Wettbewerbsbestimmungen in Art. 11 jegliche wettbewerbswidrigen Abreden untersagt. Zudem kann in Anwendung von Art. 10 SBV-Statuten 2003 ein SBV-Mitglied, das wettbewerbsrechtswidrige Abreden trifft, aus dem SBV ausgeschlossen werden. Selbst wenn ein Verschulden nicht notwendigerweise gegeben sein muss, kann davon ausgegangen werden, dass sich die Parteien ihres wettbewerbswidrigen Verhaltens vollkommen bewusst gewesen sein mussten.

1072. Walo erklärt, es sei unrichtig, dass ein vorwerfbarer objektiver Sorgfaltsmangel bei juristischen Personen die nicht nachweisbaren subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen ersetzen könne. Denselben Einwand bringt auch Granella vor. Käppeli weist darauf hin, dass für eine Sanktionierung eine objektive Sorgfaltsverletzung vorliegen müsse. Eine solche Sorgfaltsverletzung könne Käppeli jedoch nicht vorgehalten werden, da das ihr angelastete Verhalten auf einem Telefonanruf der Konkurrenz beruhe und sich der Eingang und Erhalt eines Telefonanrufs naturgemäss durch keine organisatorischen Vorkehrungen verhindern liessen.

1073. Die WEKO hat die Vorwerfbarkeit des Verhaltens bisher bei jeder Sanktionsentscheid gemäss Art. 49a Abs. 1 KG geprüft.²⁴³ Die diesbezügliche Praxis wurde vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt.²⁴⁴ Dem Unternehmen müsse zumindest ein fahrlässiges Handeln, mithin eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit angelastet werden können. Das Bundesverwaltungsgericht kommt sinngemäss zum Schluss, dass ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit vorliege, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag lege, obwohl es sich bewusst sei, dass es möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte. Dieses Bewusstsein ist im vorliegenden Fall in Bezug auf alle Untersuchungsadressatinnen gegeben (siehe dazu die Ausführungen oben). Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass insbesondere die Granella Holding AG, Würenlingen und die Walo Bertschinger Holding AG Zürich sowie die Walo Bertschinger AG, Zürich bereits in der Vergangenheit Adressaten einer Untersuchung über unzulässige Wettbewerbsabreden waren.²⁴⁵ Zum Einwand von Käppeli, wonach es gar nicht möglich sei, Telefonanrufe zu verhindern, ist zu

sagen, dass ihr nicht der Erhalt von Telefonanrufen, sondern das Verhalten während und nach diesen Anrufen vorgeworfen wird.

1074. [...] bringt weiter vor, es könne ihr kein objektiver Sorgfaltsmangel angelastet werden [...]. [...] habe 2004 ein Compliance-Programm eingeführt. Das Compliance Programm von [...] bestehe in einer Weisung, die durch Schulungen ergänzt worden sei. Die Weisung lautet wie folgt: „Verbot: Wettbewerbsabsprachen sind ausdrücklich verboten. Keine Ausnahme: Diese Weisung muss ausnahmslos eingehalten werden, auch wenn die Meinung herrschen sollte, dass dies ein Gewinnverlust für die Unternehmung zur Folge hätte. Das Verhalten anderer Marktteilnehmer ist dabei weder Masstab noch Freipass für Ausnahmen.“ Jeder Profit-Zenter-Leiter habe diese Weisung unterschreiben müssen (die Weisung sei erneut zu unterschreiben, wenn ein Profit-Zenter-Leiter das Ressort wechsele). An der Anhörung vom 17. Oktober 2011 machte [...] weitere Angaben zu diesem Compliance Programm [...]. Auf die Frage, wie die Einhaltung der genannten Weisung kontrolliert werde, sagte [...] aus, dass das Verhalten an internen Sitzungen kontrolliert werde. Zudem könne bei Besuchen des jeweiligen Vorgesetzten stichprobeweise kontrolliert werden, ob die Weisung eingehalten werde. Auf die Frage, was passiere, wenn die Weisung nicht eingehalten werde und welche Sanktionen vorgesehen seien, führte [...] aus, dass diese Weisung noch nie nicht eingehalten worden sei (in der ganzen Schweiz). [...] führte weiter aus: „Wir haben keinen Katalog, der irgendwelche Sanktionen vorsieht, sondern das müsste beurteilt werden.“ Auf die Rückfrage, wie die Stichproben aussehen würden, erklärte der Vertreter von [...]: „Bei meinen Besuchen der jeweiligen Profit-Zenter-Leiter bespreche ich die Offerten, die pendent sind, und schaue stichprobeweise einige Offerten durch. Dann sehe ich, wie sie kalkuliert sind – würde ich sehen, wenn allenfalls Ungeheimheiten auftauchen, wenn allenfalls solche Unterlagen auch der Konkurrenz da wären. Das würde mir dann auffallen und so mache ich diese Kontrolle.“ Sanktionen seien nicht vorgesehen, weil [...] der Überzeugung sei, dass ihre Mitarbeiter sich daran halten, wenn eine Weisung der Geschäftsleitung ergehe. Es sei nicht über Sanktionen nachgedacht worden.

²³⁹ Vgl. auch RPW 2007/2, 234 m.w.H. in Fn 63, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

²⁴⁰ In diesem Sinne BORER, (Fn 233) Art. 50 N 7 i.V.m. Art. 49a N 10 ff. m.w.H.

²⁴¹ Vgl. CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2008, 285; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz [PublG]; SR 170.512).

²⁴² RPW 2009/3, 212 Rz 106, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

²⁴³ Siehe dazu RPW 2011/1, 189 Rz 557, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

²⁴⁴ Urteil des BVer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

²⁴⁵ RPW 2000/4, 588, *Markt für Strassenbeläge*.

1075. Die WEKO anerkennt die Vorkehren, die [...] zur Verhinderung von Submissionsabsprachen getroffen hat. Diese sind allerdings zu rudimentär, als dass diese an der Vorwerfbarkeit des [...] vorgeworfenen Verhaltens etwas ändern könnten. Ein Compliance-Programm, das diesen Namen verdient, kann sich nicht darin erschöpfen, dass eine Weisung erlassen wird, die mit der oben beschriebenen Stichproben-Kontrolle überprüft und mit Schulungen ergänzt wird. Ein Unternehmen, das einen jährlichen Umsatz von über CHF 500 Millionen generiert, kann nicht für sich in Anspruch nehmen, es hätte sich ernsthaft und wirkungsvoll um die Verhinderung von Submissionsabsprachen bemüht, indem es die erwähnte Weisung erlassen habe, für deren Nicht-Beachtung nicht einmal Sanktionen vorgesehen sind.

1076. Erne bringt vor, es müsse bei der Vorwerfbarkeit anerkannt werden, dass sich das Unternehmen strikte gegen die Beteiligung an Wettbewerbsabreden ausgesprochen habe. Anlässlich von wöchentlichen Sitzungen habe die Geschäftsleitung die Kalkulatoren immer wieder ermahnt, nicht an allfälligen Absprachen teilzunehmen. Der CEO der Erne-Gruppe, habe immer ganz besonderen Wert darauf gelegt, die Kalkulatoren darüber aufzuklären, dass es nicht die Geschäftsstrategie der Erne-Gruppe sei, sich an Submissionsabsprachen zu beteiligen. Erne verfolge eine Wachstumsstrategie. Als stark wachsendes Unternehmen habe es keine Strategie sein können, sich an Submissionsabsprachen zu beteiligen. Der CEO der Erne-Gruppe sei gerne bereit, nähere Ausführungen zu den Bemühungen der Erne-Gruppe zur Verhinderung von Submissionsabsprachen zu machen. Von einem Unternehmen wie der Erne-Gruppe könne kein Compliance Programm erwartet werden, wie von einem börsenkotierten Grosskonzern. Entsprechend sei davon auszugehen, dass die Erne-Gruppe bezogen auf die Grösse des Unternehmens zweckmässige und auch wirksame Vorkehren zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen getroffen habe. Es könne der Erne-Gruppe nicht ohne Weiteres ein Organisationsverschulden zur Last gelegt werden. An der Anhörung vom 24. Oktober 2011 sagte Birchmeier über die Häufigkeit der Beteiligung von Erne und Gebr. Meier an Submissionsabsprachen: „Die waren selten dabei, weil seit längerer Zeit eigentlich in dieser Firma, in diesen Firmen, war durch das Compliance das sie hatten, mehr oder weniger klar, dass man sich nicht so beteiligen wollte an diesen Absprachen. Es war aber so, man hatte ja gute Beziehungen zu den einzelnen Kalkulatoren (...) Es war dann halt so, dass man versucht hat die richtige Person zu erwischen. Aber die Geschäftsleitung der Firma Erne war da schon ziemlich restriktiv und hat gesagt, dass nicht mehr abgesprochen wird. Dennoch konnte man über Umwege die richtigen Personen finden. Aber es war eine Ausnahme.“ Ebenfalls an der Anhörung vom 24. Oktober 2011 machte Erne nähere Angaben zu ihren Vorkehren gegen Submissionsabsprachen. Die Geschäftsleitung der Erne-Gruppe habe die Kalkulatoren regelmässig aufgefordert, nicht an Submissionsabsprachen teilzunehmen (siehe dazu auch die Ausführungen in der Eingabe vom 11. November 2011). Widerhandlungen wären sanktioniert worden. Man könne von einer Erne-Gruppe nicht ein Compliance-Programm erwarten, wie es beispielsweise eine Siemens implementiert habe. Es sei „davon auszugehen, dass diese wiederholte Auf-

forderung anlässlich von Sitzungen, face-to-face zwischen Chef und Kalkulatoren für ein Bauunternehmen, wie es in der Grösse von Erne eines ist, am effektivsten ist.“ Auf die Rückfrage, ob Erne eine interne Untersuchung durchgeführt habe, sagte der CEO von Erne: „Nein. (...) Weil ich überzeugt bin, dass wir nicht involviert sind.“ Er habe seinen Leuten x-mal erklärt, warum er nicht bei Submissionsabsprachen mitmachen wolle, weil die Innovationskraft leide, wenn man Preise habe, die schön seien. Auf den Hinweis, dass es nicht verständlich sei, wieso keine interne Untersuchung durchgeführt worden sei, sagte Erne, dass man ja jetzt die Fälle bearbeitet habe. Aber am Tag der Untersuchungseröffnung hätte Erne nichts gemacht. Erne sei überzeugt gewesen, dass sie das nicht betreffe. Auch nachher habe Erne nichts gemacht: „Erst als man wusste, um was es ging. Dann haben wir uns mal informiert. Das ist so. Wir sind überzeugt, dass wir nichts gemacht haben.“ Man habe die Mitarbeiter schon gefragt, ob sie etwas gemacht hätten. Und da sei die Antwort nein gewesen. Auf die Rückfrage, ob weitere Massnahmen ergriffen worden seien, sagte der CEO von Erne: „Wir vertrauen. Wir haben nichts solches gemacht. Wenn er sagt, er hat nichts gemacht, dann hat er nichts gemacht.“ Wenn ein Mitarbeiter sage, er habe sich nicht an Absprachen beteiligt, dann würden keine weiteren Massnahmen ergriffen, dann würde ihm vertraut. In Ihrer Eingabe vom 11. November 2011 wiederholten Erne und Gebr. Meier diese Ausführungen. Sämtliche befragten Mitarbeiter hätten angegeben, sich nicht an Absprachen beteiligt zu haben; dies betreffe auch den mehrfach in den Selbstanzeigen genannten ehemaligen Kalkulator von Erne, Herr [...]. Dieser sei aufgefordert worden, sich noch einmal verbindlich zu äussern und sei bei seiner Aussage geblieben.

1077. Zu den Bemühungen von Erne zur Verhinderung von Submissionsabsprachen ist Folgendes zu sagen: Die WEKO erachtet die Aussagen des CEO von Erne, wonach er selbst kein Interesse an Submissionsabsprachen hatte und dies seinen Kalkulatoren auch regelmässig mündlich mitgeteilt hat, als glaubwürdig. Diese Haltung war sogar der Konkurrentin Birchmeier bekannt, und habe dazu geführt, dass Erne selten an Submissionsabsprachen beteiligt gewesen sei. Die vorliegende Untersuchung hat aber bestätigt, dass Erne und Gebr. Meier an Submissionsabreden beteiligt waren. Die Compliance-Vorkehren haben also nur teilweise gewirkt. Bei näherer Betrachtung der Compliance-Bemühungen von Erne ist dies nicht erstaunlich. Das Compliance-Programm von Erne bestand einzig in mündlichen Aufforderungen, sich nicht an Abreden zu beteiligen und basierte ausschliesslich auf Vertrauen. Über vorgängig festgelegte und kommunizierte Sanktionen ist nichts bekannt. Eine definierte Vorgehensweise bei Verdachtsmomenten über Verstösse gegen die mündlichen Aufforderungen existiert nicht, ja Erne zeigte auf solche Verdachtsmomente überhaupt keine Reaktion. Erne gibt sich bis heute vollständig überzeugt davon, dass sich keiner ihrer Mitarbeiter je an Abreden beteiligt haben könnte. Sie hat zwar gewisse Mitarbeiter gefragt, ob etwas vorgefallen sei, da dies aber verneint worden sei, habe man es dabei bewenden lassen. In Anbetracht der Beweislage ist ein solches Vorgehen nicht nachvollziehbar. Ein Blick auf den Fall [...] vom [...] und das Fax-

Schreiben vom [...] (act. [...])²⁴⁶ illustriert dies. Vor diesem Hintergrund erstaunt auch die Aussage der Erne-Gruppe, sie habe sämtliche Unterlagen und Dokumente (E-Mails etc.) aus der untersuchten Periode aufgearbeitet und analysiert; dabei seien keinerlei Anhaltspunkte für eine Teilnahme an Submissionsabsprachen zum Vorschein gekommen. Insgesamt steht fest, dass die Bemühungen von Erne und Gebr. Meier zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen nicht ein Niveau erreichen, das die Vorwerfbarkeit der unzulässigen Abredetätigkeit in Frage stellen könnte.

1078. Tatsächlich liegt auch im vorliegenden Fall ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit seitens der an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen vor. Die Untersuchungsadressatinnen haben keine wirksamen Vorkehren getroffen, um die Einhaltung des Kartellgesetzes sicherzustellen. Vielmehr trafen die involvierten Unternehmen eine Vielzahl von Preisabreden, welche ein sogenanntes hartes Kartell darstellten und damit zu den schwerwiegendsten Kartellrechtsverstössen zählen. Der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG ist somit in jeglicher Hinsicht erfüllt und die an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen sind infolgedessen zu sanktionieren.

C.1.4 Sanktionsbemessung

C.1.4.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen

1079. 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. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 2 Abs. 1 SVKG).

1080. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sind in der SVKG aufgeführt (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen der WEKO, welches durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und Gleichbehandlung begrenzt wird.²⁴⁷ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.²⁴⁸

1081. Granella betrachtet die Sanktionsbemessung generell als willkürlich. Die Anforderungen an die Begründungspflicht sei verletzt worden und es sei keine ausreichende Berücksichtigung der tatsächlich unbewiesenen Beteiligung Granellas an den Submissionsabsprachen und der mildernden Umstände sowie der fehlenden Auswirkung der Submissionsabsprachen auf den Wettbewerb erfolgt. Hierzu ist zu sagen, dass die Bemessung der Sanktion aus verschiedenen Elementen besteht (Maximalsanktion, Basisbetrag etc.). Das Sekretariat hat jedes dieser Elemente im Antrag begründet. Inwiefern diese Begründung unzureichend sein soll, ist in der Folge für jedes Element einzeln zu prüfen.

C.1.4.2 Maximalsanktion

1082. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10 % des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz 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 VKU.²⁴⁹

1083. Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene²⁵⁰, 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:

²⁴⁶ Es handelt sich um ein Fax das [...] vor der Eingabefrist an Erne geschickt hat. Das Fax bestand aus der Offerte von [...] und enthält die folgenden handschriftlichen Zusätze: [...]. Erne offerierte in der Folge für [...].

²⁴⁷ Vgl. PETER REINERT, in: Handkommentar zum Kartellgesetz – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 49a N. 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

²⁴⁸ RPW 2010/4, 758 Rz 377, *Baubeschläge für Fenster und Türen*; vgl. entsprechende Aussage betreffend der EU: TAGMANN (Fn 241), 293.

²⁴⁹ RPW 2007/2, 235 Rz 321, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

²⁵⁰ RPW 2009/3, 121 Rz 106 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Unternehmen	
Aktiengesellschaft Cellere	[...]
Daedalus Holding AG	[...]
ERNE Holding AG	[...]
[EFAG]	[...]
Gewerbezentrum Unterfeld AG	[...]
Granella Holding AG	[...]
Hubschmid Beteiligungs AG	[...]
Hüppi	[...]
Implenia AG	[...]
Knecht Brugg Holding AG	[...]
Bauunternehmung G. Schmid AG	[...]
KUPERA Holding AG	[...]
Treier	[...]
Umbricht Holding AG	[...]
Neue Bau AG Baden	[...]
[Walo]	[...]
Ziegler Holding AG	[...]

Tabelle 3: Konzernumsätze der Parteien von 2007 bis 2009 in CHF.²⁵¹

1084. Die mögliche Maximalsanktion je Unternehmen ist folgender Übersicht zu entnehmen:

Unternehmen	
Aktiengesellschaft Cellere	[...]
Daedalus Holding AG	[...]
ERNE Holding AG	[...]
[EFAG]	[...]
Gewerbezentrum Unterfeld AG	[...]
Granella Holding AG	[...]
Hubschmid Beteiligungs AG	[...]
Hüppi	[...]
Implenia AG	[...]
Knecht Brugg Holding AG	[...]
Bauunternehmung G. Schmid AG	[...]
KUPERA Holding AG	[...]
Treier	[...]
Umbricht Holding AG	[...]
Neue Bau AG Baden	[...]
[Walo]	[...]
Ziegler Holding AG	[...]

Tabelle 4: Maximalsanktion pro Unternehmen in CHF.

C.1.4.3 Konkrete Sanktionsberechnung

1085. Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen.

1086. 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

²⁵¹ Einige Unternehmen haben ihre Umsätze auf Konzernebene nicht angegeben. Da die ausgesprochenen Sanktionen allerdings ohnehin nicht die Maximalsanktionen erreichen, konnte auf diese Zahlen verzichtet werden.

den Rechnung getragen werden kann (vgl. Art. 3–6 SVKG).²⁵²

C.1.4.3.1 Basisbetrag

1087. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

1088. Knecht und Walo (Anhörung) bringen vor, im Umsatz, welcher für die Berechnung des Basisbetrags herangezogen werde, dürfe die MWST nicht enthalten sein. Diesem Vorbringen ist zu folgen. Für die Berechnung des Umsatzes nach Art. 3 SVKG sind gemäss Erläuterungen zur SVKG die Regeln von Art. 9 KG sinngemäss anwendbar. Art. 9 KG wird durch Art. 4 VKU konkretisiert, in welchem explizit bestimmt wird, dass vom Umsatz die MWST abzuziehen ist. Die in der vorliegenden Verfügung genannten Zahlen sind demzufolge für die Sanktionsberechnung MWST bereinigt (vgl. Tabelle 6).²⁵³

Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf den relevanten Märkten)

1089. Um der Besonderheit des Falles Rechnung zu tragen, wird als relevanter Umsatz nicht der jeweilige Gesamtumsatz der einzelnen Unternehmen im Strassen- und Tiefbaumarkt im Kanton Aargau als Grundlage für die Sanktionsbemessung genommen, wie es z.B. beim Vorliegen eines Rotationskartells möglich wäre. Als Basisbetrag werden in casu lediglich die Umsätze im relevanten Zeitraum berücksichtigt, welche mit den bewiesenen abgesprochenen Projekten erzielt worden sind, d.h. die Summe sämtlicher erfolgreichen Schutznahmen.

1090. Die Unternehmen, welche im relevanten Zeitraum keine abgesprochenen Zuschläge erhielten, haben dabei keinen Umsatz erzielt, auf dessen Grundlage der Basisbetrag festgelegt werden kann. Walo bringt vor, dass gemäss Art. 3 SVKG der tatsächlich erzielte Umsatz massgebend sei. Walo habe bei keinem der vom Sekretariat definierten Märkten einen Umsatz erzielt. Somit bedeute der vom Sekretariat verwendete Ansatz, dass auf einen hypothetischen Umsatz abgestellt werde. Art. 3 SVKG lasse hypothetische Umsätze nicht zu. Der Basisbetrag müsse deshalb auf CHF 0 gesetzt werden. Wenn dennoch auf einen hypothetischen Umsatz abgestellt werde, dürfe nicht die Eingabesumme von Walo als hypothetischer Umsatz betrachtet werden, sondern die Eingabesumme des Unternehmens, welches den Zuschlag erhalten habe.

1091. Zu den Ausführungen von Walo ist zu sagen, dass es zwar zutrifft, dass Walo in keinem der Projekte, an welchem sie als Absprechepartner teilgenommen hat, einen Umsatz generiert hat. Es steht jedoch fest, dass Walo sich als Abredepartner von geschützten Unternehmen in [3-10] Fällen durch die Einreichung einer Stützofferte an erfolgreichen Schutznahmen beteiligt hat. Unter diesen Fällen befinden sich auch Projekte in Millionenhöhe. Damit hat sie dazu beigetragen, in diesen Fällen den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen bzw. mindestens erheblich zu beeinträchtigen. Sie war also an unzulässigen Abreden beteiligt. Ein solches Verhal-

ten vollständig unsanktioniert zu lassen, ist auch im Hinblick auf die mit der Sanktionierung beabsichtigte abschreckende Wirkung stossend.²⁵⁴

1092. Zudem kann Walo nicht behaupten, sie wäre nur darauf aus gewesen, von Zeit zu Zeit eine Offerte eines Konkurrenten zu erhalten, um auf schnelle und günstige Weise eine Offerte erstellen zu können, damit sie an einer Submission teilnehmen und so in der Erinnerung des Bauherrn bleiben könne. Von einer rein passiven Rolle von Walo kann nicht die Rede sein. Es steht fest, dass Walo zumindest in einem Fall eine Schutznahme organisiert hat (Fall [...]). Diese war zwar nicht erfolgreich, was aber nichts an der klaren Absicht Walos ändert, eine unzulässige Abrede zu organisieren und damit eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs herbeizuführen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass bereits dem Informationstransfer, der „lediglich“ dazu dient unter erleichterten Bedingungen (d.h. ohne erheblichen eigenen Berechnungsaufwand) eine Offerte einreichen zu können, ein ökonomischer Wert zukommt. Wie sich gezeigt hat, besteht für Bauunternehmen ein Anreiz, bei den Auftraggebern in Erinnerung zu bleiben und deshalb auch dann Offerten einzureichen, wenn gar kein ernsthaftes Interesse am Auftrag besteht.²⁵⁵ Steht hierfür die Offerte eines Konkurrenten zur Verfügung, kann der Aufwand für die Erstellung der Offerte minimiert werden. In diesem Sinne wird bereits mit der Einreichung einer Stützofferte ein – wenn auch schwierig bestimmbarer – Wert für das Unternehmen generiert.

1093. Immerhin ist der Ansicht von Walo insofern zu folgen, als die Bestimmung eines hypothetischen Umsatzes aufgrund der aufgedeckten Stützofferten zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann. Die Bestimmung eines hypothetischen Umsatzes aufgrund der Höhe der Stützofferten erscheint deshalb nicht als passendes Instrument, um der oben genannten Beteiligung an unzulässigen Abreden zu begegnen. Es drängt sich aber dennoch auf, den Eigenheiten des Submissionsmarktes Rechnung zu tragen und die Beteiligung von Walo an Submissionsabreden zu berücksichtigen und eine Sanktion auszusprechen. Aufgrund der Anzahl Beteiligungen sowie der Höhe der Offertsummen und in Anbetracht der Grösse von Walo erachtet die WEKO eine Sanktion von CHF 50'000.- als angemessen.

1094. Auch Käppeli bringt vor, dass die Berücksichtigung von Stützofferten zur Berechnung des Basisbetrags unzulässig sei. Gestützt auf die vorgängigen Ausführungen ist auch bei Käppeli darauf zu verzichten,

²⁵² RPW 2006/4, 661 Rz 237, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

²⁵³ RPW 2006/4, 663 Rz 249 (Fn 280), *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

²⁵⁴ Vgl. RPW 2011/1, 196 Rz 606 m.w.H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; vgl. auch die parlamentarische Debatte, in welcher zum Ausdruck kommt, dass der Gesetzgeber mit der Einführung von Art. 49a KG eine abschreckende Wirkung erzielen wollte (AB 2002 N. 1449 ff. sowie AB 2003 S 336 ff.).

²⁵⁵ Siehe z.B. die Aussagen von [...] zu Fall 63.

aufgrund der Summen der Stützofferten einen Basisbetrag festzulegen. Auch Käppeli hat sich jedoch unzulässig verhalten (siehe Fälle [...] und [...]), weshalb sie mit einer Sanktion zu belasten ist. Aufgrund der Anzahl Beteiligungen sowie der Höhe der Offertsummen und in Anbetracht der Grösse von Käppeli ist eine Sanktion von CHF 5'000.- angemessen.

1095. Sustra waren im Antrag eine Schutznahme (Fall [...]) und die Einreichung einer Stützofferte (Fall [...]) vorgeworfen worden. Die Schutznahme konnte Sustra nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden. Der Vorwurf der Abredeteilung in Fall [...] durch die Einreichung einer Stützofferte hat sich allerdings bestätigt. Gestützt auf die vorgängigen Ausführungen ist deshalb auch bei Sustra darauf zu verzichten, aufgrund der Summe der Stützofferte einen Basisbetrag festzulegen.

Sustra hat sich dennoch unzulässig verhalten, weshalb sie ebenfalls mit einer Sanktion zu belasten ist. Aufgrund der Anzahl Beteiligungen sowie der Höhe der Offertsummen und in Anbetracht der Grösse von Sustra ist eine Sanktion von CHF 5'000.- angemessen.

1096. Hüppi bestreitet jegliche Beteiligung an Abreden. Die vorliegende Untersuchung brachte keine Erkenntnisse hervor, aufgrund derer die Beteiligung von Hüppi an unzulässigen Absprachen rechtsgenügend bewiesen werden könnte. Das Verfahren gegen Hüppi ist deshalb einzustellen.

1097. Die kumulierten Umsätze (erfolgreiche Schutznahmen), welche die Parteien in den relevanten Märkten in den letzten drei Jahren in der Schweiz erzielt haben, belaufen sich auf:

Unternehmen	Kumulierte Umsätze inkl. MWST in Mio CHF	Anzahl Schutznahmen	Fallnummer	Bemerkung
Birchmeier	[4-5]	[10-20]	[...]	[...]
Cellere	[1-2]	[1-10]	[...]	[...]
Erne	[3-4]	[1-10]	[...] ²⁵⁶	[...]
[EFAG]	[1-2]	[1-10]	[...]	[...]
Gebr. Meier	[0-1]	[1-10]	[...]	[...]
G. Schmid	[0-1]	[1-10]	[...]	[...]
Granella	[3-4]	[1-10]	[...]	[...]
Graf	[0-1]	[1-10]	[...]	[...]
Implenia	[3-4]	[1-10]	[...]	[...]
Käppeli	-	-	[...]	[...]
Knecht	[4-5]	[10-20]	[...]	[...]
Meier Söhne	[4-5]	[10-20]	[...]	[...]
Neue Bau	[0-1]	[1-10]	[...]	[...]
Sustra	-	-	[...]	[...]
Treier	[0-1]	[1-10]	[...]	[...]
Umbricht	[7-8]	[10-20]	[...]	[...]

²⁵⁶ [...].

Walo	-	-	[...]	[...]
Ziegler	[0-1]	[1-10]	[...]	[...]

Tabelle 5: Umsätze der Parteien auf den relevanten Märkten in CHF von 8.6.2006 bis 7.6.2009.

* ARGE-Beteiligung nicht bekannt.²⁵⁷

Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

1098. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen. Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Untersuchungsadressatinnen haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer der Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist. Dabei stehen objektive²⁵⁸ Faktoren im Vordergrund.

1099. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, stellen – als sogenannte harte Kartelle – grundsätzlich schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 % und 10 %, einzuordnen.²⁵⁹ Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.²⁶⁰

1100. Die im Antrag vorgesehene Höhe des Basisbetrags von 10 % wurde von verschiedenen Parteien kritisiert (insbesondere von Walo, Granella, Umbricht, Neue Bau, Implenja). Es wurde geltend gemacht, dieses Vorgehen widerspreche dem Vorgehen im Fall *Elektroinstallateure Bern*.²⁶¹ Es sei ausserdem nur ein kleiner Teil aller Submissionen von Abreden betroffen. Zudem seien die Auswirkungen gering gewesen. Knecht / Meier Söhne / G. Schmid erachten einen Basisbetrag von 5 % als angemessen.

1101. Im Fall *Elektroinstallationsbetriebe Bern*²⁶² wurde für den Basisbetrag von einem Prozentsatz von 7 % ausgegangen. Dabei handelte sich um den ersten Fall von Submissionsabreden, der direkt sanktioniert wurde. In casu erachtet die WEKO einen Prozentsatz von 7 % des mit den erfolgreichen Schutznahmen erzielten Umsatzes als Basisbetrag als angemessen. Dies aus folgenden Gründen:

1102. Die vorliegende Verfügung ahndet einen schwerwiegenden Kartellrechtsverstoss. In den letzten Jahren hat die WEKO zudem wiederholt auf die Unzulässigkeit von Submissionsabsprachen und die damit verbundene Schädlichkeit für die schweizerische Wirtschaft hingewiesen. Seit der Einführung der direkten Sanktion im Jahre 2004 fand eine Sensibilisierung in der gesamten Baubranche statt, im Besonderen auch beim Schweize-

rischen Baumeisterverband SBV. In dessen Statuten wird nun ausdrücklich vorgesehen, dass Mitglieder bei Verstössen gegen das Kartellrecht aus dem Verband ausgeschlossen werden.

1103. An dieser Stelle sei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die WEKO aufgrund der Signalwirkung des hier vorliegenden Falles in Zukunft bei Submissionsabreden den Sanktionsrahmen voll ausschöpfen wird und Basisbeträge von 10 % des Umsatzes auf den relevanten Märkten in Betracht ziehen wird.

1104. Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass nicht argumentiert werden kann, die Auswirkungen der Abreden seien gering gewesen. Birchmeier und Erne haben bestätigt, dass die Abreden zu erhöhten Preisen geführt haben (siehe dazu die weiteren Ausführungen in den Erwägungen zur Beseitigung und erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs in Rz 1018).

1105. Im hier zu beurteilenden Fall ergeben sich folgende Basisbeträge pro Partei:

²⁵⁷ Die WEKO geht in diesen Fällen von einer gleichmässigen Verteilung der Anteile zwischen den ARGE-Partnern aus. Dieser Annahme haben die Parteien in den Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats nicht widersprochen.

²⁵⁸ D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, siehe RPW 2010/4, 760 Rz 386 m.w.H., *Baubeschläge für Fenster und Türen*; siehe auch Tagmann (Fn 231), 230.

²⁵⁹ Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (RPW 2009/3, 214 Rz 121, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*).

²⁶⁰ Vgl. Erläuterungen SVKG ad Art. 3, abrufbar unter: <<http://www.WEKO.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>> (7.6.2011), ad Art. 3 (nachfolgend: Erläuterungen SVKG).

²⁶¹ [Erne] (act. [...]), Walo (act. [...]), Granella (act. [...]), Knecht-Gruppe (act. [...]), Cellere (act. [...]), Hüppi (act. [...]), Implenja ([...]).

²⁶² RPW 2009/3, 216 Rz 132, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Unternehmen	[in Tausend]
Birchmeier	[300-400]
Cellere	[100-200]
Erne	[200-300]
[EFAG]	[100-200]
Gebr. Meier	[0-100]
Graf	[0-100]
Granella	[200-300]
G. Schmid	[0-100]
Implenia	[200-300]
Käppeli	[0-100]
Knecht	[200-300] ²⁶³
Meier Söhne	[200-300] ²⁶⁴
Neue Bau	[0-100]
Sustra	[0-100]
Treier	[0-100]
Umbricht	[500-600]
Walo	[0-100]
Ziegler	[0-100]

Tabelle 6: Basisbeträge der Parteien in CHF exkl. MWST.

C.1.4.3.2 Dauer

1106. Grundsätzlich gab es für fast sämtliche beteiligten Unternehmen Schutznahmen und Stützofferten im Zeitraum Januar 2006 bis Juni 2009. Eine Submissionsabsprache ist definitionsgemäss zeitlich limitiert. Aus diesem Grund ist ein spezifischer Zuschlag gestützt auf die Dauer des Wettbewerbsverstosses für das jeweilige Unternehmen sehr schwierig zu bestimmen. Da die Anzahl der Absprachen je nach Unternehmen pro Jahr sehr unterschiedlich ist, wäre eine Berücksichtigung der Dauer nicht ohne Weiteres zu begründen. Es liegen zudem auch keine Hinweise auf vorgängig vereinbarte Treffen der verschiedenen Unternehmen vor (z.B. jeden Montag oder monatlich), aus welchen auf die Dauer der Teilnahme an diesen institutionalisierten Treffen geschlossen werden könnte.²⁶⁵ Die Besonderheit des Submissionsmarktes legt es nahe, sich anstatt auf die Dauer auf die Häufigkeit der getroffenen Wettbewerbsabreden zu stützen. Aufgrund dieser Tatsache verzichtet die WEKO in casu auf einen Zuschlag gestützt auf die Dauer. Die Häufigkeit der Beteiligung an unzulässigen Absprachen im untersuchten Zeitraum wird unter dem Punkt „Beteiligung an Absprachen“ (Vgl. Rz 1108 ff.) berücksichtigt.

C.1.4.3.3 Erschwerende und mildernde Umstände

1107. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen. Grundsätzlich können diejenigen Aspekte, welche im Rahmen der Kooperation und damit über den Bonus abgegolten werden, nicht erneut als mildernde Umstände Berücksichtigung finden.²⁶⁶

(i) Erschwerende Umstände

Beteiligung an Absprachen

1108. Nicht jedes Abspracheverhalten generiert einen direkten Umsatz für den Abspracheteilnehmer. Als häufigster Fall kann dabei auf die Einreichung einer Stützofferte verwiesen werden. Weiter fallen darunter auch einige nicht erfolgreiche Schutznahmen und Stützofferten.²⁶⁷

1109. Zusätzlich werden unter diesem Titel auch die Schutznahmen genannt, die zwar einen Umsatz generiert haben, aber nicht als Grundlage für den Basisbetrag berücksichtigt wurden, weil sie vor dem 8. Juni 2006 stattfanden.

²⁶³ Basisbetrag (inkl. neu gemeldete Fälle). Siehe für den Basisbetrag (exkl. neu gemeldete Fälle) Rz 1172.

²⁶⁴ Basisbetrag (inkl. neu gemeldete Fälle). Siehe für den Basisbetrag (exkl. neu gemeldete Fälle) Rz 1175.

²⁶⁵ Im Gegensatz dazu der Fall der Elektroinstallateure in Bern (RPW 2009/3, 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*), in welchem sich die Abspracheteilnehmer im untersuchten Zeitraum regelmässig am Stamm E7 trafen und somit eine Dauer des Wettbewerbsverstosses eindeutig bestimmt werden konnte. In diesem Fall wurde der Basisbetrag lediglich aufgrund der Dauer erhöht, die Häufigkeit wurde dagegen nicht berücksichtigt.

²⁶⁶ RPW 2009/3, 216 Rz 132, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

²⁶⁷ Unter den oben aufgeführten Fällen befinden sich auch ein paar wenige nicht-erfolgreiche Absprachen. Darunter sind Absprachen zu verstehen, bei welchen nicht das geschützte Unternehmen, sondern ein Drittes den Zuschlag erhalten hat. Trotz den Absprachen hat das geschützte Unternehmen dabei keinen Umsatz erzielt. Deshalb werden die Offertsummen der nicht erfolgreichen Absprachen nicht zum Basisbetrag gerechnet. In der nachfolgenden Tabelle sind deshalb auch die nicht erfolgreichen Schutznahmen und Stützofferten aufgeführt.

1110. Bei Stützofferten bietet ein Unternehmen einem anderen Unternehmen „Unterstützung“ an, indem es eine höhere Offerte einreicht und so dem geschützten Unternehmen den Zuschlag ermöglicht. Damit hat es sich an einer Submissionsabsprache beteiligt, was gegen das Kartellrecht verstösst. Eine Submissionsabsprache ist nur möglich, wenn nicht am Auftrag interessierte Unternehmen zugunsten des interessierten Unternehmens Scheinofferten einreichen. Es stellt sich somit die Frage, wie das zwar unzulässige aber nicht umsatzgenerierende Verhalten derjenigen Unternehmen zu sanktionieren ist, die „lediglich“ eine Stützofferte eingereicht haben. Da der Basisbetrag auf den generierten Umsatz auf dem relevanten Markt abstellt, kann der Betrag einer Stützofferte nicht zum Basisbetrag gerechnet werden. Von jeglicher Sanktion für das unzulässige Verhalten abzusehen, erscheint in Anbetracht der entscheidenden Rolle, die ein stützendes Unternehmen bei der Submissionsabsprache spielt, ebenfalls als nicht gerechtfertigt. Die Einreichung von Stützofferten von jeglicher Sanktion zu befreien, erscheint nicht nur als falsches Signal an die Marktteilnehmer, sondern auch als stossende Tolerierung eines wettbewerbsvortäuschenden und volkswirtschaftlich schädlichen Verhaltens.

1111. Aus diesem Grund berücksichtigt die WEKO die Einreichung von Stützofferten unter dem Titel der erschwerenden Umstände (Art. 5 SVKG). Sie berücksichtigt die Anzahl der Abspracheteilnahmen.

1112. Die Sanktion eines Unternehmens, das häufig Stützofferten eingereicht hat, ist um einen höheren Prozentsatz zu erhöhen, als die Sanktion eines Unternehmens mit vereinzelt Stützofferten. Damit ist aber noch nicht gesagt, um welchen Prozentsatz die Sanktion zu erhöhen ist.

1113. Um der grossen Anzahl von Absprachen Rechnung zu tragen, die zudem nicht im Basisbetrag berücksichtigt sind, soll die Sanktion dergestalt erhöht werden, dass dadurch eine abschreckende Wirkung für die Zukunft erreicht wird. Dies betrifft im Besonderen die sechs Unternehmen, die sich neben den Schutznahmen noch an über zwanzig weiteren Absprachen beteiligten. Auch wenn man nicht von einem eigentlichen Rotationskartell sprechen kann, spricht eine solch hohe Anzahl von Absprachen mit dem entsprechend hohen Umsatzvolumen für ein gewisses System. Aus diesem Grund wird die Sanktion bei den betroffenen Unternehmen der ersten Gruppe (innerer Kreis) bedeutend mehr erhöht als die der anderen Gruppen. Der Basisbetrag für die erste Gruppe wird um 200 % erhöht. Es wird damit dem Umstand Rechnung getragen, dass bei Submissionen eine Absprache nicht in jedem Fall zwingend einen direkten Umsatz generiert.²⁶⁸

1114. Umbricht, Neue Bau, [EFAG], Ziegler, Sustra, Treier, Birchmeier, Cellere und Graf bringen nichts gegen diese Berücksichtigung der erschwerenden Umstände nach Abstufung aufgrund der Anzahl Stützofferten vor. Umbricht, [EFAG] und Ziegler anerkennen die Vorgehensweise sogar, indem sie eine Reduktion ihrer Sanktion nur deshalb verlangen, weil ihnen weniger als die im Antrag gegen sie aufgeführten Fälle nachgewiesen werden konnten.

1115. Käppeli bringt lediglich vor, ihr dürften die Anzahl Stützofferten nicht angelastet werden, weil diese schon für die Berechnung des Basisbetrags berücksichtigt worden seien. Ähnlich argumentiert Walo. Sie brachte an der Anhörung zusätzlich vor, aufgrund der tiefen Absprachedichte sei eine Sanktionserhöhung für Walo nicht gerechtfertigt.

1116. Knecht, Meier Söhne und G. Schmid bringen vor, es sei nur ein geringer Anteil aller Submissionen von Absprachen betroffen gewesen. Eine Erhöhung von 200 % sei deshalb nicht gerechtfertigt. Erachte man die Berücksichtigung der Häufigkeit von Abredeteilungen als Korrektiv zur fehlenden Dauer, käme dies einer Dauer von 20 Jahren gleich.

1117. Erne und Gebr. Meier kritisieren die Abstufung im Antrag²⁶⁹ als zu wenig feingliedrig.

1118. Implemia bringt vor, es liege keiner der in Art. 5 Abs. 1 und 2 SVKG explizit vorgesehenen erschwerenden Umstände vor. Es werde mit dem vorgesehenen Vorgehen ein eigener Erhöhungsgrund geschaffen. Dies verletze das Legalitätsprinzip. Zwar sei die Aufzählung in Art. 5 SVKG gemäss Wortlaut nicht abschliessend. Dies sei jedoch unzulässig. Es bestehe die Gefahr, dass die Behörde mit einer Auslegung und Anwendung von erschwerenden Umständen die Beschränkung des Basisbetrags in Art. 3 SVKG komplett aushebeln könne.

1119. Granella betrachtet dieses Vorgehen, wie bereits erwähnt, als willkürlich. Sie macht geltend, die geplante Berücksichtigung der erschwerenden Umstände finde keine Stütze im Gesetz. Zudem habe sich Granella gar nicht an Submissionsabsprachen beteiligt. Schliesslich sei die vorgenommene Einteilung in Kategorien völlig willkürlich.

1120. Die WEKO hält an der Argumentation gemäss Antrag fest. Einerseits kann nicht gesagt werden, es seien keine erschwerenden Umstände zu berücksichtigen, weil nur ein kleiner Teil des Marktes von Absprachen betroffen gewesen sei. Es wird vorliegend nicht der gesamte Markt betrachtet, sondern die hohe Anzahl der einzelnen Projekte und das damit verbundene repetitive Verhalten. Ein Submissionenmarkt weist Eigenheiten auf, die durch die Möglichkeit, andere als die in der SVKG vorgesehenen erschwerenden Umstände zu berücksichtigen, aufgefangen werden können. Die Einreichung einer Stützofferte generiert keinen Umsatz, stellt aber die notwendige Voraussetzung für die Organisation eines Schutzes dar: Ohne Stützofferten gibt es auch keine

²⁶⁸ Beispielsweise kommt bei einer Gruppe von fünf Unternehmen auf fünf Absprachen lediglich eine Schutznahme, die dann auch Umsatz generiert.

²⁶⁹ Abstufung gemäss Antrag (wobei im Antrag auch die Summen der Stützofferten berücksichtigt worden sind): bei mehr als 25 Stützofferten: plus 200 %; zwischen 10 und 24 Stützofferten: 100 %; weniger als 10 Stützofferten: zwischen 25 und 50 %.

Schutznahmen. Wer immer und immer wieder Stützofferten einreicht, ermöglicht die Organisation von Schutznahmen. Ein solches Verhalten muss deshalb als erschwerender Umstand berücksichtigt werden können. Im Unterschied zum vorliegenden Fall sicherten im Entscheid Elektroinstallationsbetriebe Bern sämtliche Parteien unmittelbar nach Untersuchungseröffnung ihre volle Kooperation zu und haben diese auch umgesetzt. Zudem kam es mit allen Parteien zu einer einvernehmlichen Regelung. Auf eine eingehende Abklärung des Sachverhalts wurde deshalb verzichtet.²⁷⁰ Kommt hinzu, dass die WEKO bereits im Jahr 2007 die Unzulässigkeit von Submissionsabsprachen festgestellt hat, und zwar in einem Fall, der ebenfalls den Strassen- und Tiefbau betraf.²⁷¹ Dies hätte zu einer schweizweiten Signalwirkung in der Branche führen müssen.

1121. Die Hinweise von Walo und Käppeli, ihre Stützofferten seien sowohl für den Basisbetrag wie auch für die erschwerenden Umstände berücksichtigt worden, erübrigen sich, da deren Sanktion neu festgelegt wurde (siehe dazu unter Rz 1090 ff.).

1122. Die konkrete Abstufung nach Anzahl Stützofferten und Unterteilung in verschiedene Kategorien kann nicht nach einer einfachen rechnerischen Methode bestimmt

werden, weshalb einer derartigen Vorgehensweise immer vorgeworfen werden kann, sie sei willkürlich. Es geht aber darum, die besonders schwerwiegenden Verhaltensweisen, von den weniger schwerwiegenden abzugrenzen und hierfür müssen verschiedene Kategorien geschaffen werden. Die WEKO hält demnach an der Berücksichtigung der Abgabe von Stützofferten, abgestuft nach verschiedenen Kategorien fest. Entscheidend ist das Kriterium des repetitiven Elements, weshalb einerseits auf die Berücksichtigung des Umsatzes der Stützofferten verzichtet wird. Ebenso kann aber erst ab einer gewissen Anzahl von Stützofferten von einer Wiederholung gesprochen werden. Die WEKO erachtet deshalb das folgende Vorgehen für angebracht:

1123. Die nachfolgende Tabelle gibt eine Übersicht über die Anzahl von Absprachen, in welche die Parteien neben einer erfolgreichen Schutznahme in den letzten drei Jahren (Grundlage für den Basisbetrag) involviert waren: a) Stützofferten²⁷²; b) nicht erfolgreiche Schutznahmen; c) nicht erfolgreiche Stützofferten; d) Schutznahmen vor dem 8. Juni 2006. Dabei stützt sich die Erschwerung der Umstände primär auf die Stützofferten, da diese aufgrund der Anzahl den Hauptteil der aufgezählten Absprachen bilden.

Unternehmen	Anzahl Beteiligungen	Fallnummern
Meier Söhne	[21-35]	a) [...] ²⁷³ b) [...] c) [...] d) [...]
Birchmeier	[21-35]	a) [...] ²⁷⁴ b) [...] c) [...] d) [...]
Umbricht	[21-35]	a) [...] ²⁷⁵ b) [...] c) [...] d) [...]
Knecht	[21-35]	a) [...] ²⁷⁶ b) [...] c) [...] d) [...]
Granella	[21-35]	a) [...] b) [...] c) [...] d) [...]
Implenia	[21-35]	a) [...] ²⁷⁷ b) [...] c) [...] d) [...]
Erne	[11-20]	a) [...] b) [...] c) [...] d) [...]

²⁷⁰ RPW 2009/3, 196 Rz 2, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

²⁷¹ RPW 2008/1, 85, *Strassenbeläge Tessin*.

²⁷² Unter einer erfolgreichen Stützofferte wird eine Offerte verstanden, die zugunsten eines Unternehmens eingereicht wurde, das in der Folge auch den Zuschlag erhielt. Nicht erfolgreich war eine Stützofferte demnach dann, wenn ein anderes als das geschützte Unternehmen den Auftrag erhalten hat.

²⁷³ [...].

²⁷⁴ [...].

²⁷⁵ [...].

²⁷⁶ [...].

²⁷⁷ [...].

Gebr. Meier	[11-20]	a) [...] b) [...] c) [...] d) [...]
Ziegler	[3-10]	a) [...] b) [...] c) [...] d) [...]
Cellere	[3-10]	a) [...] b) [...] c) [...] d) [...]
G. Schmid	[3-10]	a) [...] ²⁷⁸ b) [...] c) [...] d) [...]
[EFAG]	[3-10]	a) [...] b) [...] c) [...] d) [...]
Neue Bau	[3-10]	a) [...] b) [...] c) [...] d) [...]
Walo	[3-10]	a) [...] b) [...] c) [...] d) [...]
Graf	[3-10]	a) [...] b) [...] c) [...] d) [...]
Sustra	[1-2]	a) [...] b) [...] c) [...] d) [...]
Käppeli	[1-2]	a) [...] b) [...] c) [...] d) [...]
Treier	[1-2]	a) [...] b) [...] c) [...] d) [...]

Tabelle 7: Übersicht über die Beteiligung an Absprachen (ohne erfolgreiche Schutznahmen).

1124. Für die Festlegung der prozentualen Erhöhung des Basisbetrags wird die Anzahl der verschiedenen Beteiligungen an Absprachen gemäss Tabelle 7 berücksichtigt.

1125. Sodann werden von der WEKO als erschwerende Umstände vier Kategorien festgelegt:

1126. Birchmeier, Granella, Umbricht, Knecht, Meier Söhne und Implenia erhalten einen Zuschlag von 200 % aufgrund einer besonders hohen Anzahl von Absprachebeteiligungen (mehr als 20 Absprachebeteiligungen). Diese Unternehmen beteiligten sich sehr oft an Absprachen und begingen dadurch wiederholt gravierende Wettbewerbsverstösse.

1127. Erne und Gebr. Meier erhalten einen Zuschlag von 100 % aufgrund einer hohen Anzahl von Absprachebeteiligungen (zwischen 11 und 20 Absprachebeteiligungen). Diese Unternehmen beteiligten sich oft an

Absprachen und begingen dadurch wiederholt gravierende Wettbewerbsverstösse.

1128. Cellere, Ziegler, G. Schmid, [EFAG], Walo und Neue Bau erhalten einen Zuschlag von 50 % aufgrund von mehreren Absprachebeteiligungen (zwischen 3 und 10 Absprachebeteiligungen). Diese Unternehmen beteiligten sich mehrmals an Absprachen und begingen dadurch ebenfalls gravierende Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht.

1129. Treier, Sustra und Käppeli erhalten keinen Zuschlag, da sie sich nur vereinzelt an Absprachen beteiligten (weniger als drei Beteiligungen).

Eingabeverzicht (Bid-suppression)

1130. In der Praxis kann es vorkommen, dass ein Sub-

²⁷⁸ [...].

missionsteilnehmer nicht durch eine preislich erhöhte Offerte geschützt wird, sondern dadurch, dass ein Konkurrenzunternehmen ein anderes schützt, indem es auf die Einreichung einer Offerte verzichtet.²⁷⁹

1131. So finden sich diverse Ausdrücke von Submissionsübersichten der Internetmeldestelle des SBV, auf welchen Unternehmen ihre Absicht bekunden, an einer bestimmten Submission teilzunehmen. Auf einigen Protokolleröffnungen der entsprechenden Submissionen lässt sich später aber feststellen, dass gewisse Unternehmen entgegen ihrer ursprünglichen Absicht keine Eingabe eingereicht haben, was auf eine abgesprochene Bid-suppression hindeuten könnte.

1132. Die vorhandenen Beweismittel lassen es in der Regel jedoch nicht zu, ein derartiges Verhalten rechtsgenügend zu beweisen, auch wenn feststeht, dass zwischen den an einer Absprache beteiligten Unternehmen und dem Unternehmen, das später auf eine Eingabe verzichtet hat, Kontakte stattgefunden haben. Denn aus der Tatsache, dass keine Eingabe erfolgt ist, lässt sich kein direkter Rückschluss auf den Inhalt eines Kontaktes ziehen. Anders sieht es in den Fällen aus, in denen dem Sekretariat der Inhalt des Kontaktes bekannt ist. Hier kann davon ausgegangen werden, dass der Kontakt Auswirkungen auf die Bid-suppression hatte, selbst wenn der Kontakt nicht der ausschliessliche Grund für den Eingabeverzicht darstellte.

1133. Die WEKO berücksichtigt folglich die Bid-suppressions lediglich dann, wenn der Inhalt des Kontaktes bekannt ist oder wenn der Eingabeverzicht vom entsprechenden Unternehmen zugegeben wurde.

Gewinn

1134. 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 erschwerender Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen.²⁸⁰ Dies setzt natürlich voraus, dass eine Gewinnberechnung oder eine entsprechende Schätzung im Einzelfall überhaupt möglich ist, was in der Praxis regelmässig nicht oder aber nur schwer der Fall sein dürfte. Damit der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnenswert erscheint, ist der Sanktionsbetrag soweit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft.²⁸¹

1135. Im vorliegenden Fall kann der Gewinn, der aufgrund der unzulässigen Absprachen erzielt wurde, nicht bestimmt werden.

Führende Rolle

1136. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass eines oder mehrere Unternehmen eine führende Rolle bei den Absprachen eingenommen hat bzw. haben. Das bedeutet, dass kein Unternehmen vermehrt die Initiative ergriffen hat oder die Organisation und Umsetzung übernahm. Die Unternehmen haben lediglich die Absprachen organisiert, bei welchen sie geschützt wurden. Folglich gibt es keine Erhöhung des Basisbetrages aufgrund einer führenden Rolle.

(ii) Mildernde Umstände

1137. Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet, wird der Sanktionsbetrag vermindert (Art. 6 Abs. 1 SVKG). Bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird der Betrag u.a. dann vermindert, wenn das Unternehmen dabei ausschliesslich eine passive Rolle gespielt hat (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG). Der Minderungsbetrag muss analog zur Festsetzung der erschwerenden Umstände ausgehend von dem um den Dauerzuschlag erhöhten Basisbetrag berechnet werden.

1138. Der Umstand, dass ein Unternehmen die verfahrensauslösende Bonusmeldung eingereicht hat, ist im Zusammenhang mit der Gewährung eines allfälligen Sanktionserlasses relevant und kann nicht im Rahmen der mildernden Umstände zusätzlich berücksichtigt werden. Auch den nach Verfahrenseröffnung eingegangenen Bonusmeldungen resp. der daraus folgenden Kooperation mit der Behörde wird ausschliesslich im Rahmen der Sanktionsreduktion im Sinne von Art. 12 f. SVKG Rechnung getragen und nicht zusätzlich im Rahmen von Art. 6 SVKG.²⁸²

1139. Gemäss den Erläuterungen zur Sanktionsverordnung kann in denjenigen Fällen, in welchen gar kein Gewinn erzielt wurde, eine Sanktionsminderung vorgenommen werden.²⁸³

1140. Der Umstand, dass die Unternehmen an unzulässigen Absprachen beteiligt waren, jedoch bei der Einreichung von Stützofferten keinen Umsatz erzielten, wird in casu nicht als mildernder Faktor berücksichtigt, da diese Umsätze auch nicht im Basisbetrag berücksichtigt wurden.

1141. Granella wendet ein, es müssten zu ihren Gunsten als mildernde Umstände berücksichtigt werden, dass sie sich nicht an Submissionsabsprachen beteiligt habe und dass sie, sogar wenn ihr einzelne Abreden nachgewiesen werden könnten, eine rein passive Rolle eingenommen habe. Knecht/Meier Söhne/G. Schmid verlangen, die besondere Situation der KMU sowie die marktbeherrschende Stellung der öffentlichen Hand müssten als mildernde Umstände berücksichtigt werden. [...] bringt vor, es müsse ihr Compliance-Programm als mildernder Umstand berücksichtigt werden. Erne und Gebr. Meier machen geltend, es müsse ihnen als mildernder Umstand angerechnet werden, dass sie sich immer gegen Submissionsabreden gewehrt hätten. Sie seien deswegen in der Branche mit Nachteilen konfrontiert gewesen. Zudem sei die Rentabilität der von angebliehen Schutzmassnahmen betroffenen Fällen gering gewesen.

²⁷⁹ Siehe dazu Rz 7.

²⁸⁰ Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (Fn 260), ad Art. 2 Abs. 1 und Art. 5.

²⁸¹ Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 260), ad Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 sowie REINERT (Fn 247), Art. 49a N 16; siehe auch RPW 2006/4, 665 Rz 264, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

²⁸² Erläuterungen SVKG (Fn 260), ad Art. 6; vgl. auch RPW 2009/3, 217 Rz 141 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

²⁸³ Erläuterungen SVKG (Fn 260) ad Art. 2 Abs. 1; vgl. auch RPW 2009/3, 196 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ebenso TAGMANN (Fn 241), 274, Fn 1290.

Käppeli bringt vor, sie sei – sollte wider Erwarten von Verstössen ausgegangen werden – stets passiv gewesen, was als mildernder Umstand zu berücksichtigen sei. Implemia argumentiert schliesslich, es sei nicht richtig, den Umstand, dass mit der Einreichung von Stützofferten kein Umsatz erzielt worden sei, nicht als mildernden Umstand zu berücksichtigen.

1142. Unter Art. 6 Abs. 2 SVKG sind die sogenannten „besonderen mildernden Umstände“ aufgeführt.²⁸⁴ Darunter fällt der Umstand, dass ein Unternehmen eine rein passive Rolle gespielt hat. Der Umstand, dass ein Unternehmen lediglich von anderen kontaktiert worden ist, erfüllt die Anforderungen an die „passive Rolle“ gemäss Art. 12 Abs. 2 Bst. a SVKG jedoch nicht. Denn in der Bereitschaft, sich auf Anfrage oder aufgrund eines Informationsaustausches ohne Weiteres an einer Abrede zu beteiligen, liegt auch ein aktives Element. Um von einer rein passiven Rolle ausgehen zu können, müssen vielmehr zusätzliche Tatsachen vorliegen, wie beispielsweise die Androhung von Retorsionsmassnahmen.²⁸⁵ Hinweise auf solche zusätzlichen Tatsachen liegen nicht vor.

1143. Art. 6 Abs. 1 SVKG regelt die sogenannten „allgemeinen mildernden Umstände“. Dieser Absatz ist nicht abschliessend, sodass sich neben dem genannten mildernden Umstand weitere Umstände sanktionsmildernd auswirken können.²⁸⁶ Als Beispiel wird in der Literatur etwa das Bestehen eines Compliance-Programms genannt.²⁸⁷ Die von [...] und Erne/Gebr. Meier geschilderten Bemühungen zur Verhinderung von Submissionsabreden genügen den Anforderungen allerdings

nicht, die an ein sanktionsmilderndes Compliance-Programm gestellt werden dürfen (siehe hierzu die Ausführungen in Rz 1065 und 1067). Gegen den Hinweis von Implemia, wonach die Tatsache, dass bei den Stützofferten kein Gewinn erzielt worden sei, als mildernder Umstand berücksichtigt werden müsse, ist zu sagen, dass die Einreichung von Stützofferten als erschwerende Umstände betrachtet werden. Sie werden dadurch in ihrer Gesamtheit berücksichtigt und können nicht gleichzeitig zu einem mildernden Umstand führen. Auch in den weiteren vorgebrachten Umständen, die aus Sicht der Parteien zu einer Sanktionsreduktion führen sollten, können keine mildernde Umstände erblickt werden.

C.1.4.3.4 Zwischenergebnis

1144. Zusammenfassend berechnet die WEKO die Sanktionen demnach wie folgt: Zunächst wird für die Berechnung des Basisbetrags die Mehrwertsteuer abgezogen, dann ein Prozentsatz von 7 % herangezogen. Dazu wird – abgestuft nach der Anzahl Beteiligungen an unzulässigen Abreden – erschwerenden Umständen Rechnung getragen. Für die Dauer gibt es im vorliegenden Fall keine Zuschläge. Mildernde Umstände sind keine ersichtlich. Für Käppeli, Sustra und Walo hat die WEKO pauschale Sanktionsbeträge festgelegt (Rz 1090 ff.).

1145. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden Faktoren legt die WEKO folgende Verwaltungssanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG fest:

	[in Tausend]
Birchmeier	[900-1'000]
Cellere	[100-200]
Erne	[400-500]
[EFAG]	[100-200]
Gebr. Meier	[0-100]
Graf	[0-100]
Granella	[600-700]
G. Schmid	[0-100]
Implemia	[600-700]
Käppeli	[0-100]
Knecht	[700-800] ²⁸⁸
Meier Söhne	[700-800] ²⁸⁹
Neue Bau	[0-100]
Sustra	[0-100]
Treier	[0-100]
Umbricht	[1'500-1'600]
Walo	[0-100]
Ziegler	[0-100]

Tabelle 8: Höhe der Sanktion je Partei in CHF (vor Bonusprogramm).

²⁸⁴ Siehe dazu BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 119), Art. 49a N 89 ff.

²⁸⁵ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 119), Art. 49a N 89.

²⁸⁶ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 119), Art. 49a N 82.

²⁸⁷ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 119), Art. 49a N 88 und 114.

²⁸⁸ Basisbetrag inkl. neu gemeldete Fälle und erschwerende Umstände 200 %.

²⁸⁹ Basisbetrag inkl. neu gemeldete Fälle und erschwerende Umstände 200 %.

C.1.5 Bonusmeldungen – Vollständiger / teilweiser Erlass der Sanktion

1146. 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.

C.1.5.1 Allgemeines zur Sanktionsbefreiung

1147. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder

- Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a, Eröffnungskooperation)²⁹⁰ oder
- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein 100-prozentiger Sanktionserlass kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.²⁹¹

1148. Nach Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion nur, wenn das Unternehmen kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an der angezeigten Abrede gezwungen und nicht die anstiftende oder führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss eingenommen hat.

1149. Ferner setzt ein Erlass der Sanktion in beiden Fällen voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG).

1150. 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 un- aufgefordert 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 [...] einstellt.²⁹²

C.1.5.2 Subsumtion und Ergebnis

1151. Die vorliegende Untersuchung wurde aufgrund der Anzeige eines Dritten am 9. Juni 2009 mit Hausdurchsuchungen eröffnet.

a) Birchmeier

1152. Anlässlich der Hausdurchsuchung vom 9. Juni 2009 hat Birchmeier als erstes Unternehmen ihre Kooperation mit der Behörde erklärt und um 11.34 Uhr eine schriftliche Bestätigung per Fax eingereicht. Seither unterstützte Birchmeier das Sekretariat bei der Aufklärung des Sachverhalts. Birchmeier gab noch am Tag der Hausdurchsuchung Hintergrundinformationen über die Funktionsweise der von ihr mitgetragenen Absprachen zu Protokoll. Bei seiner Ankunft übergab [Birchmeier AG] dem Sekretariat zudem das Aktenstück EAG 003 aus seiner Aktentasche. Das genannte Aktenstück enthält Notizen über eine Absprachensitzung, welche am Morgen des [...] mit Knecht und Erne stattgefunden hatte. Sodann bezeichnete Birchmeier noch während der Hausdurchsuchung jüngere, grössere Projekte, die von Absprachen betroffen waren. Diese Informationen konnten an die mit den übrigen Hausdurchsuchungen betrauten Mitarbeiter des Sekretariats weitergeleitet werden, was eine gezieltere und effizientere Durchsuchung ermöglichte. Diese sofortige Kooperation war für die vorliegende Untersuchung von grossem Nutzen und trägt massgeblich dazu bei, dass die von Birchmeier (als erster) eingereichte Bonusmeldung als vollumfängliche Kooperation zu werten ist.

1153. Im Verlaufe des Verfahrens reichte Birchmeier verschiedene weitere relevante Dokumente ein, im Besonderen eine Tabelle, auf der sie [>10-20] Projekte auflistete, in welchen sie einen Schutz erhielt. Grundsätzlich hat Birchmeier sämtliche Schutznahmen, Stützofferten und Bid-suppressions eingestanden.

1154. Entgegen der Ansicht von Birchmeier wird jedoch der an der Hausdurchsuchung vom 9. Juni 2009 ausgehändigte rote Ordner (der die Birchmeier-Liste enthält) nicht als Bonusmeldung, sondern als beschlagnahmtes Dokument betrachtet. Denn der genannte Ordner befand sich im Büro von [Birchmeier AG] und wäre damit auch ohne seine Hilfe in die Hände des Sekretariats gelangt. Die Qualifikation eines Aktenstücks als beschlagnahmtes Dokument oder als Teil einer Bonusmeldung kann nicht davon abhängen, von welcher Person das fragliche Aktenstück aus einem Regal genommen wird. Entscheidend ist die Frage, ob das Aktenstück auch ohne Zutun eines Unternehmens, das eine Bonusmeldung eingereicht hat, zu den beschlagnahmten Akten gekommen wäre. Dies ist vorliegend zweifellos der Fall. Die Hilfe von [Birchmeier AG] besteht in diesem Fall lediglich darin, dass er das Sekretariat explizit auf den Ordner aufmerksam gemacht und dessen Wert angezeigt hat.

²⁹⁰ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 119), Art. 49a KG N 132.

²⁹¹ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 119), Art. 49a KG N 136; in diesem Sinne auch TAGMANN (Fn 241), 275; ZURKINDEN/TRÜEB, (Fn 234), Art. 49a N 8.

²⁹² Vgl. auch REINERT (Fn 281), Art. 49a N 20 und 22.

Darin ist eine Art der Kooperation zu erblicken, die die Auswertungsarbeit des Sekretariats erleichtert. Einen Einfluss auf die Qualifizierung eines Fundstückes als Teil einer Bonusmeldung kann eine solche Kooperation allerdings nicht haben. Es kann in einem solchen Fall auch nicht gesagt werden, die Übergabe sei freiwillig erfolgt, da sie der durch die Hausdurchsuchung ohnehin erzwungenen Aufnahme des Aktenstückes lediglich zuvorkam. Der erwähnte rote Ordner gehört somit zu den beschlagnahmten Akten.

1155. Birchmeier hatte zudem weder eine anstiftende noch eine führende Rolle bei den vorliegend untersuchten Wettbewerbsverstössen. Ausserdem hat Birchmeier ihre Beteiligung an Absprachen spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige eingestellt.

1156. Granella vertritt die Ansicht, dass Birchmeier eine führende Rolle in der Absprache inne habe, weil sie das einzige Unternehmen gewesen sei, welches eine Liste führt (Buchhalterin des Kartells). Umbricht und Neue Bau machen geltend, dass sich Birchmeier nach der Inanspruchnahme der Bonusregelung noch an Submissionsabsprachen beteiligen würde. Sie erwähnen, dass sie am 10. August 2010 um Schutz in Zusammenhang mit periodischen Wiederinstandstellungsarbeiten von Flurwegen in Koblenz und Erschliessungsarbeiten in Lengnau seitens Birchmeier angefragt worden seien. Es sei mitgeteilt worden, man habe bereits die anderen Mitbewerber unter Kontrolle. Als der Geschäftsführer der Neuen Bau gegenüber Birchmeier erklärte, dass sich Umbricht und ihre Tochterunternehmen - unter Hinweis auf die angehobene Untersuchung – weigern würden, an weiteren Absprachen teilzunehmen, sei gedroht worden, dass man die Neue Bau in Zukunft mit allen Mitteln bekämpfen werde.

1157. Die Aussage von Umbricht konnte nicht von anderen Unternehmen oder durch Dokumente bestätigt werden. Die Aussage beruht auf einer Telefonnotiz, welche circa ein Jahr nach dem Treffen erstellt worden ist. Weder Meier Söhne, noch Implenia, welche auch am Einladungsverfahren der Gemeinde Koblenz teilgenommen haben, konnten die Aussagen von Umbricht bestätigen. Zudem hat [Birchmeier AG], nebst der kategorischen Bestreitung der Vorwürfe, belegt, dass er am 10. August 2010 am Vormittag beim Zahnarzt war und daher nicht am besagten Gespräch teilgenommen haben konnte. Daher erachtet die WEKO es nicht als bewiesen, dass Birchmeier ihre Beteiligung an Absprachen nicht eingestellt hätte.

1158. Betreffend einer führenden Rolle von Birchmeier ist festzuhalten, dass die Birchmeier-Liste nur für den eigenen persönlichen Gebrauch von [Birchmeier AG] erstellt worden ist und den anderen Unternehmen grundsätzlich nicht bekannt war (vgl. Umbricht). Birchmeier war daher nicht das Unternehmen, welches Buch für das Kartell geführt hat.

1159. Aus diesen Gründen erfüllt Birchmeier die Bedingungen des vollständigen Erlasses von Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG und es wird auf eine Belastung verzichtet.

b) Knecht, Meier Söhne und G. Schmid

1160. Am nachfolgenden Tag (10. Juni 2009) haben Knecht und Meier Söhne per Fax ihre Bereitschaft zur Kooperation mitgeteilt und am selben Nachmittag eine mündliche Selbstanzeige zu Protokoll gegeben. In der Folge wurden zwischen dem 18. Juni 2009 und dem 14. Juli 2009 sechs Ergänzungen zur Bonusmeldung geliefert. Diese Bonuslieferungen beinhalten umfangreiche Informationen über mehr als 40 Projekte der Birchmeier-Liste. Obwohl die Identität der geschützten Unternehmung bei den meisten der abgesprochenen Projekte der Behörde bereits bekannt war, konnten die Informationen von Knecht und Meier Söhne wichtige Ergänzungen z.B. betreffend die weiteren Teilnehmer an der Absprache und die Vorgehensweise bei diesen Absprachen liefern. Für gewisse Fälle konnte Knecht sogar Indizien wie Kalendereinträge bzw. Beweismittel wie Handnotizen, welche anlässlich von Absprachesitzungen gemacht worden sind oder erhaltene Offerten von Konkurrenten per E-Mail vorlegen. Die Kooperation war sowohl bezüglich der Quantität und der Qualität der eingereichten Informationen hervorragend. Die Informationen wurden auch zügig und unaufgefordert vorgelegt. Knecht und Meier Söhne haben grundsätzlich alle Schutznahmen eingestanden.

1161. Vorliegend trugen Knecht und Meier Söhne durch ihre Meldung und die sechs weiteren Ergänzungen in wesentlichem Umfang zur Ermittlung des Sachverhaltes und zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Angesichts dessen ist die Wichtigkeit ihres Beitrags zum Verfahrenserfolg als massgebend einzustufen.²⁹³ Knecht und Meier Söhne haben schliesslich ihre Beteiligung am Wettbewerbsverstoss nach Verfahrenseröffnung eingestellt. Daher gewährt die WEKO Knecht und Meier Söhne eine Reduktion ihrer Sanktion von 50 %.

1162. Die Untersuchung wurde im August 2010 auf G. Schmid ausgedehnt. Im Frühling 2010 wurde G. Schmid von der Knecht Holding übernommen.

1163. G. Schmid hat erst nach der Ausdehnung ihre Bereitschaft zur Kooperation mit dem Sekretariat kundgetan. Obwohl G. Schmid spätestens nach der Übernahme bekannt sein musste, dass das Sekretariat eine Untersuchung im Strassen- und Tiefbau durchführt, wurde bis zu diesem Zeitpunkt keine Selbstanzeige erstattet.

1164. Sämtliche von der Wettbewerbsbehörde aufgedeckten Schutznahmen und Stützofferten wurden von G. Schmid eingestanden. Dieser Umstand wurde durch die WEKO positiv gewertet.

1165. Aus diesen Gründen erachtet die WEKO eine Reduktion der Sanktion von 20 % als angemessen.

²⁹³ Vgl. Formular für die Meldung einer Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung (abrufbar unter: <www.WEKO.admin.ch/themen> (7.6.2011)), Buchstabe C: ebenso reduziert sich die Wichtigkeit von Angaben, die unaufgefordert eingereicht werden und eine Reduktion der Sanktion bewirken können, wenn diese Angaben schon von anderen Unternehmen gemacht wurden (Art. 12 Abs. 1 SVKG).

Knecht und Meier Söhne machen geltend, dass die Bonusregelung im Antrag des Sekretariats vom 7. Juni 2011 nicht korrekt angewendet wurde. Die vertretenen Unternehmen haben der WEKO als Erstanzeiger zahlreiche Fälle gemeldet, die der WEKO noch nicht bekannt waren. Sämtliche Fälle, welche sie der WEKO als Erstanzeiger zur Kenntnis gebracht hätten, dürften nicht für die Berechnung des Basisbetrags herangezogen werden (vollständiger Erlass) und auch nicht sanktionserhöhend im Rahmen der erschwerenden Umstände gewürdigt werden. Sonst würden die Unternehmen für ihre Kooperation nicht belohnt, sondern schwerer bestraft. Zudem hätten die Unternehmen Anrecht auf eine Reduktion von 80% auf die restlichen Fälle in Anwendung der Amnesty Plus von Art. 12 Abs. 3 SVKG, da sie gemäss Wortlaut dieses Artikel weitere Wettbewerbsverstösse angezeigt haben.

1166. Zur Berücksichtigung der Kooperation der Knecht und Meier Söhne hält die WEKO fest, dass die Sanktionsreduktion im Rahmen der Kooperation gemäss Art. 12 SVKG je nach Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg gewährt wird. Daher wird die Sanktionsreduktion nicht für jeden Markt einzeln geprüft, sondern für das ganze Verfahren. Andererseits würde es den Zweck der Bonusregelung gefährden, wenn ein Unternehmen für ihre Kooperation mit der Wettbewerbsbehörde bestraft wird. Es muss deshalb ein Vorgehen gefunden werden, das auf die Berücksichtigung der Kooperation von Unternehmen zugeschnitten ist, die sich an einzelnen Submissionsabsprachen beteiligt haben, und für diese die Attraktivität der Bonusregelung aufrechterhält: Auch Unternehmen, welche nicht Erstanzeiger des Verfahrens sind, sollen einen Anreiz haben, den Wettbewerbsbehörden bisher unbekannte Projekte zu melden, ohne dafür bestraft zu werden.

1167. Die Informationen, welche Knecht und Meier Söhne als erstes Unternehmen vorgelegt haben und die Höhe ihrer Sanktion erhöhen würden, werden deshalb nicht gegen diese Unternehmen verwendet. Zudem wird eine Reduktion von 50 % auf die restlichen bereits be-

kannten Fälle gewährt. Eine ähnliche Lösung ist in der EU-Leniency Mitteilung²⁹⁴ vorgesehen.

1168. Ziel muss sein, dass ein Unternehmen, das eine Bonusmeldung einreicht, nicht schlechter gestellt wird, als wenn es die gelieferten Informationen für sich behalten hätte. Ein solches Vorgehen darf aber nicht ohne Weiteres gewählt werden. Es sind drei Voraussetzungen zu erfüllen:

1169. Erstens muss ein Unternehmen als erstes Unternehmen, kurz nach Untersuchungseröffnung die entscheidenden Beweismittel vorlegen (zeitliche Voraussetzung). Zweitens müssen die Beweismittel entscheidend sein, vage Hinweise genügen in dieser Hinsicht nicht. Drittens muss das Unternehmen die schwerwiegendsten von ihm begangenen Kartellrechtsverstösse melden und in der Folge vollumfänglich mit der Wettbewerbsbehörde kooperieren. Ein Unternehmen, welches zwar entscheidende Beweismittel als erstes Unternehmen vorlegt, aber andere wichtige Wettbewerbsverstösse verheimlicht, kann für die neu angezeigten Elemente keinen vollständigen Erlass erhalten. Denn in einem solchen Fall läge keine vollumfängliche Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden vor.

1170. Wie das Sekretariat im Antrag festgehalten hat, ist die Kooperation von Knecht und Meier Söhne als hervorragend zu bewerten. Knecht und Meier Söhne haben schnell entscheidende Hinweise zu Submissionsprojekten geliefert, von denen die Wettbewerbsbehörden bis zur Meldung nicht wussten, dass diese von Abreden betroffen sind. Knecht und Meier Söhne haben vollumfänglich kooperiert. Hinweise, wonach sie gezielt von Submissionsabreden betroffenen Projekte verheimlicht hätten, liegen nicht vor. Knecht und Meier Söhne erfüllen demnach die Voraussetzungen, welche für eine weitgehende Nicht-Verwendung der von ihr neu gemeldeten Sachverhalte bzw. die entsprechenden Umsätze als notwendig betrachtet werden müssen.

1171. Die folgenden Tabellen zeigen auf, welche Fälle, Knecht und Meier Söhne, als Erstanzeiger der Wettbewerbsbehörde angemeldet haben.

	Anzahl Fälle	Fall Nr.	Kumulierter Umsatz (inkl. MWST) ²⁹⁵
Eigene Schutznahmen (Basisbetrag)	[0-10]	[...]	[...]
Eigene Beteiligungen (erschwerende Umstände)	[10-20]	[...]	

Tabelle 9: Knecht: Fälle als Erstanzeiger

²⁹⁴ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermässigung von Geldbussen in Kartellsachen vom 8.12.2006 (2006/C 298/11, Rn 26): „Übermittelt das Unternehmen, das den Antrag auf Ermässigung der Geldbuße stellt, als erstes zwingende Beweise im Sinne der Randnummer (25), die die Kommission zur Feststellung zusätzlicher, die Schwere oder Dauer der Zuwiderhandlung erhöhender Tatsachen heranzieht, wird die Kommission diese zusätzlichen Tatsachen bei der Festsetzung der Geldbuße für das Unternehmen, das diese Beweise vorlegte, nicht berücksichtigen.“

²⁹⁵ Siehe Detailberechnung im Anhang.

	Anzahl Fälle	Fall Nr.	Kumulierter Umsatz (inkl. MWST) ²⁹⁶
Eigene Schutznahmen (Basisbetrag)	[0-10]	[...]	[...]
Eigene Beteiligungen (erschwerende Umstände)	[20-30]	[...]	

Tabelle 10: Meier Söhne: Fälle als Erstanzeiger

1172. Von den [10-20] Schutznahmen zulasten der Firma Knecht, wurden [0-10] Schutznahmen dank der eigenen Kooperation aufgedeckt (Fälle [...]). Somit bleiben [0-10] Schutznahmen, welche für Knecht busenrelevant sind: Fälle [...] (vgl. Tabelle 11). Der kumulierte Umsatz dieser [0-10] Schutznahmen bildet nach Abzug der MWST und Anwendung eines Prozentsatzes von 7 % den Basisbetrag. Somit beträgt der Basisbetrag (exkl. neu gemeldete Fälle) von Knecht [...] CHF.

1173. Entgegen der Auffassung von Knecht wird der Fall [...] nicht gestrichen (siehe dazu die Ausführungen zu Fall 6). Zudem wird entgegen dem Antrag von Knecht für den Fall [...] kein vollständiger Erlass der Sanktion gewährt. Knecht macht geltend, dass sie als erstes Unternehmen Angaben zu Fall [...], die verwertbar waren, gemacht habe, um die Absprache beweisen zu können. Somit würden die Angaben von Knecht eine Feststellungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG darstellen, weshalb ihr die Sanktion für diesen Fall vollständig zu erlassen sei. Die Wettbewerbsbehörde verfügte aber bereits vor der Einreichung der Eingaben von Knecht über ein entscheidendes Beweismittel betreffend Projekt [...]. Nämlich wurde ein Offertdeckblatt mit dem Namen des Projekts und dem Betrag [105] Franken bei den elektronischen Daten von [...] gefunden (Bookmark). Selbst ohne die Erklärungen von Knecht und [...] hätte die Wettbewerbsbehörde problemlos erkennen können von welchem Unternehmen dieses Offertdeckblatt stammt. Der Betrag auf dem Deckblatt entspricht rappengenau dem offerierten Betrag von Knecht gemäss Fragebogen. Es liegt damit kein Zweifel vor, dass Knecht ihr ausgefülltes Offertdeckblatt an Granella betreffend dieses Projekt zugestellt hat. Aus diesem Grund wird der Fall [...] lediglich im Rahmen der Kooperation berücksichtigt (Teilreduktion).

1174. Von den [30-40] Beteiligungen (Stützofferten, nicht erfolgreiche Schutznahmen und Stützofferten, Schutznahmen vor dem 8. Juni 2006) zulasten Knecht wurden [10-20] Beteiligungen dank der eigenen Kooperation aufgedeckt (sog. neue Fälle als Erstanzeiger: [...]). Damit bleiben [11-19] Fälle welche strafverschärfend für Knecht zu berücksichtigen sind (vgl. Tabelle 11).

1175. Von den [10-20] Schutznahmen zulasten der Firma Meier Söhne wurden [0-10] Schutznahmen dank der eigenen Kooperation aufgedeckt (sog. neue Fälle als Erstanzeiger: Fälle [...]). Somit bleiben [0-10] Schutznahmen, welche für Meier Söhne busenrelevant sind (vgl. Tabelle 11). Der kumulierte Umsatz dieser [0-10] Schutznahmen bildet nach Abzug der MWST und An-

wendung eines Prozentsatzes von 7 % den Basisbetrag. Somit beträgt der Basisbetrag (exkl. neu gemeldete Fälle) von Meier Söhne CHF [...]. Bei den Fällen [...] lag der erzielte Umsatz unter dem offerierten Preis (vgl. act. [...]). Aus diesem Grund wurde der Umsatz korrigiert (siehe auch Detailberechnung im Anhang).

1176. Von den [30-40] Beteiligungen zulasten Meier Söhne wurden [20-30] Beteiligungen dank der eigenen Kooperation aufgedeckt (sog. neue Fälle als Erstanzeiger). Damit bleiben [0-10] Fälle, welche strafverschärfend zu berücksichtigen sind (vgl. Tabelle 11).

1177. Für die Firma Knecht beträgt der Zuschlag unter dem Titel der erschwerenden Umstände 100 % anstatt 200 %. Für die Firma Meier Söhne beträgt der Zuschlag unter dem Titel der erschwerenden Umstände 50 % anstatt 200 %.

²⁹⁶ Siehe Detailberechnung im Anhang.

²⁹⁷ Siehe Detailberechnung im Anhang.

	Anzahl Fälle	Fallnr.	Umsatz inkl. MWST ²⁹⁷ in CHF
Berücksichtigte Schutznahmen Knecht	[0-10]	[...]	[...]
Berücksichtigte Beteiligungen Knecht	[11-19]	[...]	Erschwerende Umstände: 100 % ²⁹⁸
Berücksichtigte Schutznahmen Meier Söhne	[0-10]	[...] ²⁹⁹	[...]
Berücksichtigte Beteiligungen Meier Söhne	[0-10]	[...]	Erschwerende Umstände: 50 %

Tabelle 11: Bussenrelevante Fälle für Knecht und Meier Söhne

1178. Wie erwähnt beantragt die Knecht-Gruppe nicht nur, dass die neu angezeigten Projekte für die Sanktionsberechnung unberücksichtigt bleiben, sondern zusätzlich die Anwendung der Regelung „Amnesty plus“ (Art. 12 Abs. 3 SVKG). Gestützt darauf fordert sie eine Reduktion der verbleibenden Sanktion um 80 %.

1179. Dazu ist zunächst zu sagen, dass die genannte Bestimmung bloss eine Reduktion von „bis zu 80 %“ der verbleibenden Sanktion vorsieht.³⁰⁰ „Amnesty Plus“ erhöht somit die Obergrenze der möglichen Sanktionsreduktion für Bonusmelder, die nicht als erste ihre Kooperation bekanntgegeben haben, von 50 % (Art. 12 Abs. 2 SVKG) auf maximal 80 %.³⁰¹ Im vorliegenden Fall ist einerseits darauf hinzuweisen, dass die Kooperation von Knecht und Meier Söhne inkl. der Meldung bisher nicht bekannter Fälle bereits in der Festlegung der Sanktionsreduktion von 50 % berücksichtigt wurde. Im Fall Elektroinstallateure Bern wurde den Bonusmelderinnen, welche ihre Bonusmeldung nicht als erste einreichten, gestützt auf eine ebenfalls sehr gute Kooperation eine Sanktionsreduktion von 40 % gewährt.³⁰² Zudem wurden die neu gemeldeten Fälle, wie bereits erwähnt, weder beim Basisbetrag dieses Unternehmens noch bei den erschwerenden Umständen berücksichtigt. Andererseits meldeten Knecht und Meier Söhne zwar weitere abgesprochenen Projekte. Diese sind aber nicht in einer Weise unabhängig von den bereits bekannten Fällen, dass von völlig neuen Wettbewerbsverstössen im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG gesprochen werden könnte. Die neu gemeldeten Projekte gliedern sich vielmehr in die oben erwähnte Absprachetätigkeit ein (siehe dazu unter Rz 956 ff.).

c) Implenja

1180. Implenja hat am 10. Juni 2009 ihre volle Kooperationsbereitschaft gemeldet und am 18. Juni 2009 schriftlich bestätigt. Implenja war bemüht, dem Sekretariat bei der Sachverhaltsermittlung behilflich zu sein.

1181. Die Meldung von 18. Juni 2009 und die Ergänzungen vom 21. August 2009, vom 27. Oktober 2010, vom 22. Dezember 2010 und vom 7. Februar 2011 haben Informationen geliefert über ein Dutzend abgesprochene Projekte. Die gesamte Kooperation von Implenja

besteht somit lediglich aus einer Meldung und vier Ergänzungen. Die drei letzten Ergänzungen trafen erst in einer besonders späten Phase des Verfahrens ein.

1182. Die in den ersten vier Eingaben genannten Projekte waren der Behörde grösstenteils bereits bekannt, da durch die Bonusmeldungen von Birchmeier und Knecht/Meier Söhne sowie durch die beschlagnahmten Akten bereits ausführliche Indizien bzw. Beweismittel vorlagen.

1183. In der letzten Ergänzung vom 7. Februar 2011 wurden 13 möglicherweise abgesprochene Projekte genannt, die dem Sekretariat bisher unbekannt waren. Es handelt sich jedoch um Bauvorhaben, die bereits drei Jahre und somit längere Zeit zurückliegen (2007). Vor allem liegen keine Dokumente vor, die den Verdacht für Absprachen belegen würden. Einzig auf Indizien, die zudem nur auf der Erinnerung an lange zurückliegende Ereignisse basieren, kann die WEKO ihre Beweisführung nicht stützen. Somit stellt die jüngste Eingabe von Implenja für die WEKO keine massgebliche Hilfe für den Fortlauf des Verfahrens dar.

1184. Das Sekretariat hat mit Schreiben vom 15. Oktober 2009 Implenja darauf hingewiesen, dass sie weitere Informationen vor der elektronischen Sichtung liefern kann, welche diese erleichtern könnte. Implenja hat jedoch daraufhin keinerlei Indizien geliefert und das Sekretariat während der Sichtung nicht unterstützt.

1185. Während der elektronischen Sichtung wurden E-Mails gefunden, welche bereits in der Meldung vom 18. Juni 2009 enthalten waren ([...]). Implenja war vorgängig bereits im Besitz einer Kopie der elektronischen Daten und musste somit erwarten, dass das Sekretariat ebenfalls auf diese Dokumente stossen würde.

²⁹⁸ Nur die Anzahl Beteiligungen zählt für die Erschwerenden Umstände.

²⁹⁹ [...].

³⁰⁰ So führte die Anwendung von Art. 12 Abs. 3 SVKG im Fall RPW 2010/4, 770 Rz 470, *Baubeschläge für Fenster- und Türelemente* zu einer Reduktion von 60 %.

³⁰¹ Siehe dazu DANIEL ZIMMERLI, *Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht*, 2007, 704; siehe auch BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 119), Art. 49a KG N 148 ff.

³⁰² RPW 2009/3, 219 f. Rz 159 und 165, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

1186. Der WEKO liegen Beweise vor, wonach Implenia nur einen Teil der von ihr organisierten Schutznahmen offengelegt hat.³⁰³ Dagegen wurden alle Stützofferten ausser Fall [...] eingestanden.

1187. Gemäss Art. 12 der Sanktionsverordnung wird eine allfällige Sanktionsreduktion an die Bedingung geknüpft, dass das betroffene Unternehmen unaufgefordert mitwirkt; dazu gehört u.E., dass in den ersten Monaten nach der Untersuchungseröffnung Hinweise und Beweismittel vorgelegt werden. Die erste bedeutende Ergänzung von Implenia traf erst mehr als ein Jahr nach der Untersuchungseröffnung ein und erst nachdem das Sekretariat ein Auskunftsbegehren zu mehr als 100 möglicherweise abgesprochenen Projekten an Implenia gestellt hatte. Die dritte und die vierte Ergänzung kamen erst, nachdem die Ermittlungshandlungen bereits abgeschlossen waren. Insgesamt war die Kooperation von Implenia nicht unaufgefordert und zeitlich unbefriedigend. Man könnte den Eindruck gewinnen, dass das Unternehmen die Beweismittel jeweils erst eingereicht hat, wenn dies aufgrund der Ermittlungen des Sekretariats unvermeidlich wurde.

1188. Der Beitrag von Implenia zum Auskunftsbegehren des Sekretariates war dagegen ausführlich und enthielt zahlreiche Protokolleröffnungen zu Projekten, die zu diesem Zeitpunkt abgeklärt wurden. Obwohl diese Dokumente keine eigentlichen Beweismittel darstellen, wurde dadurch die Sachverhaltsermittlung erleichtert, da sie nützliche Information zu den Mitbewerbern und ihren Offerten enthielten.

1189. Vorliegend trug Implenia durch ihre Meldung und die vier weiteren Ergänzungen nicht in wesentlichem Umfang zur Ermittlung des Sachverhaltes und zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Angesichts dessen ist die Wichtigkeit ihres Beitrags zum Verfahrenserfolg als eher gering einzustufen.

1190. In ihrer Stellungnahme gab Implenia an, dass sie wirkungsvoller kooperiert habe, als dies im Antrag gewürdigt wurde. Implenia hat im Rahmen ihrer Bonusmeldung lediglich zu 14 Fällen³⁰⁴ Informationen geliefert. Im Verhältnis zur Gesamtanzahl der untersuchten Fälle ist dies ein kleiner Anteil. Ausserdem wurden am 18. Juni 2009 sogar nur Informationen zu fünf Fällen geliefert. Alle anderen Informationen wurden erst am 27. Oktober 2010 oder später auf Verlangen des Sekretariates, folglich nicht unaufgefordert, zur Verfügung gestellt, so z.B. die entsprechenden Protokolleröffnungen zu den untersuchten Fällen. Zu drei von den fünf genannten Fällen hatte die Wettbewerbsbehörde bereits ausreichende Kenntnisse um eine Absprache zu belegen. Die von Implenia gelieferten Hinweise waren lediglich ergänzender Natur. Bezüglich Fall [...] gab Implenia zunächst an, dass sie dort nicht offeriert habe. In der Stellungnahme führte sie dann später aus, dass sie bei diesem Fall trotzdem eine Offerte eingereicht habe. Bei einem so bedeutenden Fall (Betrag über eine halbe Million) ist davon auszugehen, dass Implenia auch später noch über Unterlagen zu diesem Fall verfügt. Insbesondere auch, da sie das entsprechende Projekt erhalten hat. Ein Flüchtigkeitsfehler ist daher auszuschliessen. Die Wettbewerbsbehörde erachtet daher die Kooperation von Implenia als mangelhaft. Selbst der Auskunftsspflicht, als

Basis der Kooperation, wurde nicht vollständig nachgekommen. Die Berichtigung kam zu einem sehr späten Zeitpunkt, nämlich erst mit der Stellungnahme vom 9. September 2011. Die WEKO behält sich bei ähnlichen Verletzungen der Auskunftsspflicht im Rahmen der Kooperation in Zukunft ausdrücklich vor, den Kooperationsbonus zu reduzieren oder ganz darauf zu verzichten.

1191. Implenia fordert für die Fälle [...] und [...] einen vollständigen Erlass gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 SVKG, weil sie als Erstes der Wettbewerbsbehörde diese Fälle gemeldet hat. Wie schon bei Knecht erwähnt, wird gemäss der Sanktionsverordnung der Beitrag zum Verfahrenserfolg bezüglich des gesamten Verfahrens und nicht für jeden einzelnen Markt geprüft. In Bezug auf das ganze Verfahren können diese beiden Fälle nicht als entscheidend für den Verfahrenserfolg bezeichnet werden. Zudem kann nicht gesagt werden, dass Implenia vollumfänglich mit der Wettbewerbsbehörde kooperiert hat. Die Kooperation bezüglich dieser zwei neuen Fälle ist in den 10% Sanktionsreduktion bereits inbegriffen. Folglich gewährt die Wettbewerbsbehörde Implenia eine Sanktionsreduktion von 10%.

d) Umbricht und Neue Bau

1192. Umbricht entschied sich erst am Ende des Verfahrens mit dem Sekretariat zu kooperieren. Aus diesem Grund waren die Eingaben von Umbricht für das Sekretariat nur sehr beschränkt von Nutzen, da die Absprachen zu diesem Zeitpunkt bereits ausreichend bewiesen waren. Ausserdem wurden ausser dem Eingeständnis kaum Informationen geliefert. Um die Bereitschaft zur Kooperation in Form von Eingeständnissen trotzdem zu würdigen, beantragt das Sekretariat eine Sanktionsreduktion von 5 % für Umbricht.

1193. Umbricht fordert in ihrer Stellungnahme eine Sanktionsreduktion von mindestens 20 %. Als Grund für die späte Kooperation gab Umbricht anlässlich der Anhörung und auch in ihrer Stellungnahme an, dass sie sich zunächst der Tragweite der vorliegenden Untersuchung nicht bewusst war und deshalb auch erst zu einem fortgeschrittenen Zeitpunkt, also ca. 1,5 Jahre nach der Untersuchungseröffnung, einen Rechtsvertreter bezog. Für die Wettbewerbsbehörde ist es nicht nachvollziehbar, dass ein Unternehmen, gegen das eine Untersuchung eröffnet wurde und bei dem eine Hausdurchsuchung durchgeführt wurde, sich nicht früher von einem Rechtsvertreter zumindest beraten lässt. Nach dem Beizug eines Rechtsvertreters war die Kooperation von Umbricht zufriedenstellend, auch wenn sie keinerlei dokumentarischen Beweismittel oder neue Fälle geliefert hat. Zeitnah erstellte dokumentarische Beweismittel haben für die Wettbewerbsbehörde allgemein einen höheren Wert als reine Aussagen, auch wenn sie spät geliefert werden und die Absprache allenfalls bereits bewiesen ist. Die WEKO gewährt Umbricht eine Sanktionsreduktion von 5 %.

³⁰³ Implenia hat [...] von [...] Schutznahmen eingestanden: Fälle [...] Fälle [...] und [...] sind bestritten.

³⁰⁴ Fälle [...].

1194. In ihrer Stellungnahme hat Neue Bau [...] ihr zur Last gelegte Schutznahme eingestanden sowie [...] von [...] Stützofferten. Neue Bau hat sehr spät mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert und keinen entscheidenden Beitrag und keine entscheidende Beweismittel geliefert. In einem kleinen Ausmass hat aber das Verhalten von Neue Bau die Beweisführung dennoch unterstützt, weshalb ihr Beitrag dennoch berücksichtigt und mit einer Sanktionsreduktion von 5 % gewürdigt wird.

C.1.6 Ergebnis

1195. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden Faktoren lässt sich die Sanktionsberechnung für jede Untersuchungsadressatin wie folgt zusammenfassen:³⁰⁵

Tabelle 12: Zusammenfassung der Sanktionen aller Parteien in CHF

	Basisbeträge exkl. MWST [in Tausend]	Erschwerende Umstände in %.	Zwischenergebnis	Bonus in %	Sanktion
Birchmeier	[300-400]	200	[...]	100	-
Cellere	[100-200]	50	[...]	0	151'227
Erne	[200-300]	100	[...]	0	483'088
[EFAG]	[100-200]	50	[...]	0	152'734
Gebr. Meier	[0-100]	100	[...]	0	51'156
Graf	[0-100]	50	[...]	0	20'866
Granella	[200-300]	200	[...]	0	643'826
G. Schmid	[0-100]	50	[...]	20	11'642
Implenia	[200-300]	200	[...]	10	591'138
Käppeli	[0-100]	0	[...]	0	5'000
Knecht	[100-200] ³⁰⁶	100 ³⁰⁷	[...]	50	109'686
Meier Söhne	[200-300] ³⁰⁸	50 ³⁰⁹	[...]	50	154'696
Neue Bau	[0-100]	50	[...]	5	26'345
Sustra	[0-100]	0	[...]	0	5'000
Treier	[0-100]	0	[...]	0	3'748
Umbricht	[500-600]	200	[...]	5	1'437'623
Walo	[0-100]	50	[...]	0	50'000
Ziegler	[0-100]	50	[...]	0	32'784

D Kosten

1196. Nach Art. 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung KG (GebV-KG)³¹⁰ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

³⁰⁵ Siehe auch Detailberechnung im Anhang.

³⁰⁶ Basisbetrag exkl. neu gemeldete Fälle, siehe dazu Erklärungen unter Rz 1171 ff.

³⁰⁷ Zuschlag von 100 % anstatt 200 %, siehe dazu Erklärungen unter Rz 1174 ff.

³⁰⁸ Basisbetrag exkl. neu gemeldete Fälle, siehe dazu Erklärungen Rz 1175 ff.

³⁰⁹ Zuschlag von 50 % anstatt 200 %, siehe dazu Erklärungen unter Rz 1177 ff.

³¹⁰ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

1197. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht zu bejahen.

1198. 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).

1199. 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 als stossend erscheinen liessen, eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vornimmt. Insbesondere Gleichheits- aber auch Praktikabilitätsbegründungen stehen dabei im Vordergrund.³¹¹

1200. Die vorliegende Untersuchung wurde am 8. Juni 2009 eröffnet und am 19. August 2010 auf weitere beteiligte Unternehmen ausgedehnt. Es rechtfertigt sich deshalb, die Verfahrenskosten den erst später in die Untersuchung einbezogenen Unternehmen erst ab diesem Zeitpunkt zu belasten. Damit ergeben sich zwei Zeiträume. Der erste dauert bis zum 18. August 2010 und enthält alle bis dahin entstandenen Kosten. Diese Kosten werden den 8 Unternehmen auferlegt, gegen welche die Untersuchung von Beginn weg geführt wurde. Der zweite Zeitraum beginnt am 19. August 2010 und enthält sämtliche ab diesem Zeitpunkt entstandenen Kosten. Diese werden allen involvierten Unternehmen auferlegt.

1201. Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einem Kartell beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, werden die Verfahrenskosten in den jeweiligen Zeiträumen durch die Anzahl der in diesen Zeiträumen ins Verfahren involvierten Unternehmen geteilt. Diese Teile werden sodann allen in der jeweiligen Periode in die Untersuchung involvierten Unternehmen auferlegt. Unternehmen mit mehreren involvierten Tochtergesellschaften haben somit nicht für jede dieser Tochtergesellschaften einen Anteil an den Verfahrenskosten zu übernehmen. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich mit Blick auf die eher geringe Anzahl von Submissionsabreden, an welchen die Tochtergesellschaften G. Schmid, Gebr. Meier und Neue Bau beteiligt sind. Zudem liessen sich alle Unternehmen, von denen mehrere Tochtergesellschaften in das vorliegende Verfahren involviert sind, von denselben Rechtsvertretern vertreten. Diese haben jeweils für alle Tochtergesellschaften eine Rechtschrift eingereicht.

1202. Die solidarische Haftung ist nicht direkt in der Gebührenverordnung KG geregelt. Art. 1a GebV-KG verweist jedoch auf die allgemeine Gebührenverordnung, welche die solidarische Haftbarkeit der Parteien in Bezug auf die gesamten Verfahrenskosten vorsieht (Art. 2 Abs. 2 AllgGebV³¹²).

1203. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz CHF 120–290. Die gesamten Verfahrenskosten betragen CHF 535'490. Die Zusammensetzung und Aufteilung dieses Betrags ergeben sich aus den nachfolgenden Erwägungen:

1204. Der Zeitaufwand der Untersuchung für die erste Periode (bis zum 18. August 2010) beläuft sich auf 1051 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach folgenden Stundenansätzen verrechnet

- 379 Stunden zu CHF 120, ergebend CHF 45'480
- 665 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 133'000
- 7 Stunden zu CHF 250, ergebend CHF 1750.

1205. Die Kosten für die erste Periode der Untersuchung belaufen sich demnach gesamthaft auf CHF 180'230.- Diese Kosten werden durch die Anzahl der in diesem ersten Verfahrensstadium involvierten Unternehmen geteilt, (d.h. durch 8³¹³, was einen Betrag von CHF 22'528.- ergibt) und den zu diesen Unternehmen gehörenden Parteien unter solidarischer Haftung auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

1206. Der Zeitaufwand der Untersuchung für die zweite Periode (ab dem 19. August 2010) beläuft sich auf insgesamt 1868 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- 29 Stunden zu CHF 120, ergebend CHF 3'480
- 279 Stunden zu CHF 130 CHF, ergebend CHF 36'270
- 1'521 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 304'200
- 39 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 11'310.

1207. Die Kosten für die zweite Periode der Untersuchung belaufen sich demnach gesamthaft auf CHF 355'260.

1208. In der zweiten Phase der Untersuchung waren 15 Unternehmen involviert.³¹⁴ Vier dieser 15 Unternehmen haben aufgrund der wenigen Abredesachverhalte, deren sie verdächtigt wurden, auch einen geringen Verfahrensaufwand verursacht.³¹⁵ Ihnen sind deshalb reduzierte Verfahrenskosten von je CHF 10'000 aufzuerlegen, wobei die Verfahrenskosten von Hüppi von CHF 10'000

³¹¹ Siehe zur Regelung der Kosten auch RPW 2010/4, 772 f. Rz 480 ff., *Baubeschläge für Fenster und Türen*; siehe auch RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

³¹² Allgemeine Gebührenverordnung (AllgGebV) vom 8.9.2004, SR 172.041.1.

³¹³ Birchmeier, Cellere, Erne (inkl. Gebr. Meier), Granella, Implenia, Knecht (inkl. Meier Söhne und G. Schmid), Umbricht (inkl. Neue Bau), Walo.

³¹⁴ Birchmeier, Cellere, Erne (inkl. Gebr. Meier), Granella, Implenia, Knecht (inkl. Meier Söhne und G. Schmid), Umbricht (inkl. Neue Bau), Walo, [EFAG], Graf, Hüppi, Käppeli, Sustra, Treier, Ziegler.

³¹⁵ Hüppi ([...] Fall; wobei die Untersuchung gegen Hüppi eingestellt wird), Treier ([...] Fälle), Sustra ([...] Fälle), Käppeli ([...] Fälle).

zu Lasten der Staatskasse ausgeschieden werden. Die restlichen Verfahrenskosten von CHF 315'260 sind durch die Anzahl der übrigen Unternehmen zu teilen (d.h. durch 11, was einen Betrag von CHF 28'660 ergibt) und den zu diesen Unternehmen gehörenden Parteien und unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

1209. Hüppi beantragt, schliesslich es sei ihr eine Verfahrensentschädigung in der Höhe von mindestens CHF 30'000 zuzusprechen.

1210. Auf das vorliegende Verfahren ist das VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Weder das KG noch das VwVG sehen für das nicht streitige bzw. erstinstanzliche Verwaltungsverfahren eine Parteientschädigung vor.³¹⁶ Ohne entsprechende spezialgesetzliche Grundlage besteht aber im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren des Bundes kein Anspruch auf den Erhalt einer Parteientschädigung.³¹⁷ Der Antrag auf eine Verfahrensentschädigung wird deshalb abgewiesen.

E Ergebnis

1211. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die von den Untersuchungsadressatinnen

Aktiengesellschaft Cellere, Cellere AG Aarau, Daedalus Holding AG, Sustra AG Schöftland, ERNE Holding AG Laufenburg, ERNE AG Bauunternehmung, Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau, [EFAG], Gewerbezentrum Unterfeld AG, Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, Granella Holding AG, Granella AG, Hubschmid Beteiligungs AG, H. Graf AG, Implen AG, Implen Bau AG, Knecht Brugg Holding AG, Knecht Bau AG, Meier Söhne AG, Bauunternehmung G. Schmid AG, KUPERA Holding AG, Käppeli Bau AG, Treier AG, Umbricht Holding AG, Umbricht AG, Neue Bau AG Baden, Walo Bertschinger Holding AG, Walo Bertschinger AG, Ziegler Holding AG, und Ziegler AG

in den Jahren 2006 – 2009 getroffenen Submissionabreden (Fälle 1 bis 109) nach Massgabe von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG unzulässig sind. Diese werden gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert.

Die Untersuchung gegen Hüppi wird eingestellt.

F Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Die an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten Untersuchungsadressatinnen werden für das vorstehend beschriebene Verhalten gestützt auf Art. 49a KG i.V. mit Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet:

Die Aktiengesellschaft Cellere und die Cellere AG Aarau werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 151'227 belastet.

Die Daedalus Holding AG und die Sustra AG Schöftland werden für das beschriebene Verhal-

ten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 5'000 belastet.

Die ERNE Holding AG Laufenburg und die ERNE AG Bauunternehmung werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 483'088 belastet.

Die ERNE Holding AG Laufenburg und die Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 51'156 belastet.

Die Ernst Frey AG wird für das beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 152'734 belastet.

Die Granella Holding AG und die Granella AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 643'826 belastet.

Die Hubschmid Beteiligungs AG und die H. Graf AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 20'866 belastet.

Die Implen AG und die Implen Bau AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 591'138 belastet.

Die Knecht Brugg Holding AG und die Knecht Bau AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 109'686 belastet.

Die Knecht Brugg Holding AG und die Meier Söhne AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 154'696 belastet.

Die Bauunternehmung G. Schmid AG wird für das beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 11'642 belastet.

Die KUPERA Holding AG und die Käppeli Bau AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 5'000 belastet.

Die Treier AG wird für das beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 3'748 belastet.

Die Umbricht Holding AG und die Umbricht AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 1'437'623 belastet.

Die Neue Bau AG Baden wird für das beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 26'345 belastet.

³¹⁶ RPW 2005/2, Rz 34 f. m.w.H., *Swico/Sens.*

³¹⁷ Urteil BGer vom 15. April 2009 (2C_715/2008), E. 2.1.

Die Walo Bertschinger Holding AG und die Walo Bertschinger AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 50'000 belastet.

Die Ziegler Holding AG und die Ziegler AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 32'784 belastet.

2. Die Untersuchung gegen die Hüppi AG wird ohne Folgen eingestellt. Die anteilmässigen Verfahrenskosten von Hüppi von CHF 10'000 gehen zu Lasten der Staatskasse. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
3. Die übrigen Verfahrenskosten von insgesamt CHF 525'490 werden gemäss den Ausführungen zu den Kosten folgenden Verfügungsadressatinnen auferlegt:
 - Gewerbezentrum Unterfeld AG und Birchmeier- Hoch und Tiefbau AG: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.
 - Aktiengesellschaft Cellere und Cellere AG Aarau: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.
 - ERNE Holding AG Laufenburg, ERNE AG Bauunternehmung und Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.
 - Granella Holding AG und Granella AG: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.
 - Implenia AG und Implenia Bau AG: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.
 - Knecht Brugg Holding AG, Knecht Bau AG, Meier Söhne AG und Bauunternehmung G. Schmid AG: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.
 - Umbricht Holding AG, Umbricht AG und Neue Bau AG Baden: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.
 - Walo Bertschinger Holding AG und Walo Bertschinger AG: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.
 - Hubschmid Beteiligungs AG und H. Graf AG: insgesamt CHF 28'660 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.
 - Ziegler Holding AG und Ziegler AG: insgesamt CHF 28'660 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.
 - Ernst Frey AG: CHF 28'660, unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.

- Daedalus Holding AG und Sustra AG Schöffland: insgesamt CHF 10'000 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.
- Der KUPERA Holding AG und Käppeli Bau AG: insgesamt CHF 10'000 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.
- Treier AG: CHF 10'000, unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- **Aktiengesellschaft Cellere**, St. Gallen sowie
- **Cellere AG Aarau**, Bauunternehmungen, Aarau beide vertreten durch [...]
- **Daedalus Holding AG**, Sursee sowie
- **Sustra AG Schöffland**, Schöffland Letztere vertreten durch [...]
- **ERNE Holding AG Laufenburg**, Laufenburg sowie
- **ERNE AG Bauunternehmung**, Laufenburg und
- **Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau**, Birrhard alle vertreten durch [...]
- **Ernst Frey AG**, Kaiseraugst
- **Gewerbezentrum Unterfeld AG**, Döttingen sowie
- **Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG**, Döttingen beide vertreten durch [...]
- **Granella Holding AG**, Würenlingen sowie
- **Granella AG**, Würenlingen beide vertreten durch [...]
- **Hubschmid Beteiligungs AG**, Nesselbach sowie
- **H. Graf AG**, Zufikon
- **Hüppi AG**, Wallisellen vertreten durch [...]
- **Implenia AG**, Dietlikon sowie
- **Implenia Bau AG**, Buchs AG beide vertreten durch [...]
- **Knecht Brugg Holding AG**, c/o Knecht Bau AG, Brugg sowie
- **Knecht Bau AG**, Brugg und
- **Meier Söhne AG**, Bauunternehmung, Schwaderloch und
- **Bauunternehmung G. Schmid AG**, Wittnau alle vertreten durch [...]
- **KUPERA Holding AG**, c/o Otto Notter AG, Hoch- & Tiefbau, Wohlen, Wohlen sowie
- **Käppeli Bau AG**, Wohlen beide vertreten durch [...]
- **Treier AG**, Schinznach-Dorf
- **Umbricht Holding AG**, c/o Dominik Umbricht, Untersiggenthal sowie
- **Umbricht AG**, Turgi und
- **Neue Bau AG Baden**, Baden alle vertreten durch [...]
- **Walo Bertschinger Holding AG**, Zürich sowie

-
- **Walo Bertschinger AG**, Zürich
beide vertreten durch [...]
 - **Ziegler Holding AG**, Liestal sowie

- **Ziegler AG**, Liestal
beide vertreten durch [...]
[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Sony/Mubadala – EMI MP

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 9. Mai 2012

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 8. Mai 2012

A Sachverhalt

A.1 Das Vorhaben und die involvierten Unternehmen

A.1.1 Das Vorhaben

1. Am 10. April 2012 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Sony Corporation of America (nachfolgend Sony) und Mubadala Development Company PJSC (nachfolgend Mubadala) den gemeinsamen Erwerb der EMI Music Publishing (nachfolgend EMI MP). Am Erwerb sind neben Sony und Mubadala weitere Minderheitsinvestoren beteiligt, jedoch ohne die Möglichkeit, einzeln oder gemeinsam Kontrolle über EMI MP ausüben zu können. Die Transaktion umfasst den Erwerb von EMI MP durch eine Zweckgesellschaft, die DH Publishing LP („DH Publishing“), über eine andere von ihr vollständig beherrschte Zweckgesellschaft, der BW Publishing Limited („BW Publishing“). Der Zweck sowohl der DH Publishing als auch der BW Publishing beschränkt sich gemäss Parteien auf die Ermöglichung der vorliegenden Transaktion, sie üben beide keine anderen Geschäftstätigkeiten aus.¹ DH Publishing wird im Eigentum von zwei Konsortiumsgesellschaften, der Nile Acquisition LLC („Sony Sub“) und der Nile Acquisition Holding Company Limited („Mubadala Sub“) stehen. Schematisch lässt sich die vorgesehene Struktur nach vollzogener Transaktion wie folgt darstellen:²

[...]

2. Das Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 27. Februar 2012 der Europäischen Kommission gemeldet. Diese hat das Vorhaben am 19. April 2012 genehmigt, nachdem die Parteien verschiedene Zusagen eingereicht hatten. Zu den Zusagen im Einzelnen sowie deren Auswirkungen auf das vorliegende Verfahren vgl. unten, Rz 85 ff.

A.1.2 Die involvierten Unternehmen

A.1.2.1 Sony Corporation of America

3. Sony Corporation of America mit Sitz in New York, USA, ist die U.S. Tochtergesellschaft der Sony Corporation mit Hauptsitz in Tokyo, Japan. Die Sony Gruppe ist über die Sony/ATV Music Publishing LLC (nachfolgend Sony/ATV) im Musikverlagsgeschäft tätig. Sony/ATV wurde 1995 gegründet, als Sony Music Publishing zusammen mit gewissen Katalogen im Eigentum von Michael Jackson in ein 50/50-Gemeinschaftsunternehmen mit dem Sänger und Songwriter Michael Jackson überführt wurde. Sony/ATV wird durch Sony und das Michael Jackson Estate im Sinne der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) gemeinsam kontrolliert und umfasst alle aktuellen Musikverlagsbeteiligungen ihrer Muttergesellschaften, an denen Sony/ATV Eigentums- oder Verwaltungsrechte hält. Sony Corporation ist ausschliesslich über Sony/ATV im Musikverlagsgeschäft tätig. Weder Sony noch Sony Corporation noch Sony/ATV haben gemäss Angaben der meldenden Parteien schweizerische Tochtergesellschaften, welche im Musikverlagsgeschäft tätig sind.³

A.1.2.2 Mubadala Development Company, PJSC

4. Mubadala Development Company, PJSC ist eine staatliche Aktiengesellschaft in Abu Dhabi, die sich auf Investmenttätigkeit und Entwicklung konzentriert und im Alleineigentum der Regierung des Emirats von Abu Dhabi in den Vereinigten Arabischen Emiraten steht. Mubadala ist weltweit im Bereich Direktinvestitionen tätig und ist mit der Gründung von neuen Gesellschaften und dem Erwerb von strategischen Beteiligungen an bestehenden Gesellschaften in der ganzen Welt beauftragt. Mubadala tätigt Investitionen in den verschiedensten Sektoren, ihre in der Schweiz tätigen Tochtergesellschaften beispielsweise sind alle im Luftfahrtssektor tätig.⁴

A.1.2.3 EMI Music Publishing

5. EMI Music Publishing mit Sitz in London, U.K. betreibt das Musikverlagsgeschäft der EMI Gruppe. EMI MP hat keine schweizerischen Tochtergesellschaften, die schweizerischen Geschäftstätigkeiten werden aus dem deutschen Büro geführt.⁵

¹ Vgl. Meldung Rz 35.

² Zum Administration Agreement zwischen Sony/ATV und DH Publishing vgl. unten, Rz 26 ff.

³ Vgl. Meldung Rz 87.

⁴ Vgl. Meldung Rz 14 f.

⁵ Vgl. Meldung Rz 87.

A.2 Das Verfahren

6. Am 20. März 2012 reichten die Parteien einen Meldeentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein. Mit Schreiben vom 03. April 2012 nahm das Sekretariat zum Meldeentwurf Stellung.

7. Am 10. April 2012 reichten Sony und Mubadala die gemeinsame Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU ein.

8. Mit Schreiben vom 20. April 2012 reichten die Parteien ergänzende Informationen ein. Gleichentags bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

10. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

11. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

B.1.2.1 Erlangung der Kontrolle

12. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU).

13. Vorliegend handelt es sich gemäss Angaben der Parteien um einen mittelbaren, gemeinsamen Kontrollwerb von Sony und Mubadala, indem diese je separate Tochterunternehmen gründen, welche wiederum gemeinsam EMI MP kontrollieren werden (zur vorgesehenen Struktur vgl. oben, Rz 1). Aufgrund dieser Transaktionsstruktur müssen einzelne Elemente zunächst getrennt betrachtet werden um beurteilen zu können, ob Sony und Mubadala gemeinsam die Kontrolle über EMI MP erlangen. Zunächst muss geklärt werden, ob Sony und Mubadala die jeweils alleinige Kontrolle über Sony Sub respektive Mubadala Sub erlangen um auszu-schliessen, dass nicht noch mehr Unternehmen als beteiligt im Sinne der VKU gelten müssen. In einem zwei-

ten Schritt ist zu prüfen, ob bezüglich EMI MP von einer gemeinsamen Kontrolle durch Sony und Mubadala ausgegangen werden kann.

B.1.2.2 Mubadala Sub

14. Für die Beteiligungen an Mubadala Sub wird auf das Eingangs aufgezeigte Transaktions-Schema verwiesen.⁶

15. Mubadala kann gemäss Ausführungen der Parteien die Mehrheit ([...]) der Verwaltungsräte von Mubadala Sub ernennen und wird die Mehrheit der Stimmrechte von Mubadala Sub besitzen. Daher kontrolliere Mubadala die Mubadala Sub im Sinne von Art. 1 VKU.⁷

16. Die Governance Vorschriften von Mubadala Sub sähen ausserdem das Erfordernis einer Super-Mehrheit von [...] % des Eigenkapitals von Mubadala Sub sowohl für die Annahme des Budgets und des jährlichen Geschäftsplans von DH Publishing, als auch für die Genehmigung von Kapitalausgaben vom mehr als US\$ [...] vor. Folglich werde Mubadala die Möglichkeit haben, gegen diesbezügliche Traktanden einseitig das Veto zu ergreifen. Kein anderer Investor von Mubadala werde, aufgrund der tieferen Beteiligungsquoten, diese strategischen Entscheidungen alleine beeinflussen können. Die Investoren seien jedoch mit den üblichen Minderheiten-Schutzrechten ausgestattet.⁸

17. Bereits aus der grossen Mehrheitsbeteiligung von Mubadala an Mubadala Sub ergibt sich, dass Mubadala die alleinige Kontrolle über Mubadala Sub erlangen wird. Mubadalas Position wird jedoch durch die in Rz 16 umschriebenen Vorkehrungen verstärkt werden. Es kann deshalb von alleiniger Kontrolle von Mubadala über Mubadala Sub ausgegangen werden.

B.1.2.3 Sony Sub

18. Sony wird zu [...] %, die Michael Jackson Estate zu [...] % an Sony Sub beteiligt sein.⁹ Auch hier ergibt sich die alleinige Kontrolle bereits aus der Höhe der Mehrheitsbeteiligung. Ausserdem werden gemäss Angaben der Parteien verschiedene Handlungen betreffend DH Publishing¹⁰ die spezifische Zustimmung von Sony Sub erfordern, wobei die Governance Vorschriften von Sony Sub derart ausgestaltet seien, dass Sony diese Rechte einseitig und ohne Rücksicht auf ihren Mitaktionär Michael Jackson Estate werde ausüben können.¹¹ Auch hier kann demnach von alleiniger Kontrolle von Sony über Sony Sub ausgegangen werden.

⁶ Vgl. Rz 1.

⁷ Vgl. Meldung Rz 40.

⁸ Vgl. hierzu Meldung Rz 40.

⁹ Vgl. Meldung Rz 37.

¹⁰ Vgl. hierzu unten Rz.20.

¹¹ Vgl. hierzu Rz 41.

B.1.2.4 Gemeinsame Kontrolle

19. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben.¹² Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss.¹³ Die Praxis der WEKO nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.¹⁴

20. Mubadala Sub wird gemäss Parteien die Hauptaktionärin von DH Publishing sein und als solche das Recht haben, an der Generalversammlung eine Stimmenmehrheit auszuüben, was ihr das Recht zur Ernennung und Ersetzung aller Geschäftsleitungsmitglieder von DH Publishing verleihe.¹⁵ Eine ganze Anzahl wichtiger Handlungen, einschliesslich der Abnahme des Budgets und des jährlichen Geschäftsplans von DH Publishing sowie Kapitalausgaben von mehr als US\$ [...] würden zusätzlich die spezifische Zustimmung von Sony Sub erfordern.¹⁶

21. Mubadala Sub und Sony Sub werden damit gemeinsam DH Publishing kontrollieren, die wiederum (indirekt über BW Publishing) EMI MP vollständig besitzen wird.¹⁷

B.1.2.5 Vollfunktion

22. Gemäss Praxis der WEKO liegt der Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs.1 VKU unter folgenden Voraussetzungen vor:¹⁸

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

23. Der Katalog von EMI MP wird gemäss Angaben der Parteien zwar von Sony/ATV verwaltet werden, jedoch wird EMI MP weiterhin selbständig am Markt auftreten.¹⁹ Das Erfordernis der Vollfunktion ist damit erfüllt.

B.1.3 Beteiligte Unternehmen

24. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

25. Entsprechend dem zuvor Ausgeführten sind Sony und Mubadala als kontrollierende Unternehmen einerseits und die EMI MP als kontrolliertes Unternehmen andererseits als beteiligt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU zu betrachten.

26. Neben den beteiligten Unternehmen im Sinne der VKU erachten es die Wettbewerbsbehörden, gemeinsam mit den meldenden Parteien, als angebracht, die Rolle der Sony/ATV bei der materiellen Beurteilung der vorliegenden Transaktion mit zu berücksichtigen.²⁰ Gemäss den Bestimmungen des "Administration Agreement" zwischen Sony/ATV und DH Publishing²¹ werde nämlich Sony/ATV zur ausschliesslichen Verwalterin des Katalogs von EMI MP ernannt.

27. Das "Administration Agreement" werde in Kraft bleiben, ausser, es würde aufgrund gewisser spezifischer Umstände beendet. Diese Umstände umfassen gemäss den meldenden Parteien: [...] ²²

28. Die Rolle von Sony/ATV als Verwalterin des Katalogs von EMI MP stehe jedoch unter Vorbehalt gewisser Mubadala gewährter Rechte.²³ Diese betreffen: [...] ²⁴

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

29. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine gesetzlich vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

30. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

¹² Vgl. MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 223.

¹³ Vgl. RPW 2008/2, 275 Rz 16, *Sony Ericsson/Motorola*.

¹⁴ Vgl. RPW 2005/2, 349 Rz 23 f., *Swissgrid*; RPW 2006/3, 480 Rz 36, *Atel - EOSH-Aktiven*.

¹⁵ Vgl. Meldung Rz 40.

¹⁶ Vgl. Meldung Rz 41.

¹⁷ Vgl. Transaktionsschema in Rz 1.

¹⁸ Vgl. RPW 2011/2, 283 Rz 3, *Resun Plus AG*.

¹⁹ Vgl. Transaktionsschema in Rz 1.

²⁰ Entsprechend ist im Folgenden Sony/ATV mitgemeint, wenn von „beteiligte Unternehmen“ gesprochen wird.

²¹ Vgl. Transaktionsschema in Rz 1.

²² Vgl. Meldung Rz 43 f.

²³ Vgl. Meldung Rz 44 mit Verweis auf das Formblatt CO.

²⁴ Zum Vorstehenden vgl. auch Meldung Rz 43 ff.

31. Sony, Mubadala und EMI MP erzielten in den Jahren 2010 bzw. 2010/2011 weltweit die folgenden Umsätze:²⁵

	Weltweiter Umsatz 2010/2011 ²⁶ in Mio. CHF
Sony Corporation	[...]
Mubadala	[...]
EMI MP	[...]
Total	[...]

32. In der Schweiz erzielten Sony, Mubadala und EMI MP in den Jahren 2010 bzw. 2010/2011 die folgenden Umsätze:²⁷

	Umsatz in der Schweiz 2010/2011 in Mio. CHF
Sony Corporation	[...]
Mubadala	[...]
EMI MP	[...]

33. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

34. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b) keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

35. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

36. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

37. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

38. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

39. Sony/ATV und EMI MP sind beide im Musikverlagssektor tätig. Musikverlagsgesellschaften stehen im Wettbewerb um den Erwerb von Katalogen sowie um die Anwerbung und Bindung von Urhebern. Die von Musikverlagsgesellschaften erlangten Rechte an Musikwerken werden ausschliesslich an Tonträgergesellschaften, Rundfunk- und Radiostationen, Produzenten von audiovisuellem Inhalt, Hersteller von Notenpapier und andere lizenziert.²⁸

40. Die WEKO hat in ihren Entscheidungen bisher noch keinen Markt für das Musikverlagsgeschäft abgegrenzt. Einzig die Entscheidung *Bertelsmann/Sony Corporation of America*²⁹ betrifft Parteien, die unter anderem im Musikverlagsgeschäft tätig sind. In dieser Entscheidung wird der sachlich relevante Markt als Markt für „recorded music“ abgegrenzt. Dieser umfasse „die Entdeckung, Verpflichtung und Ausbildung von Künstlern und die Förderung, den Verkauf und das Marketing von entsprechenden Musikaufnahmen, namentlich CDs, DVDs und MCs.“³⁰

²⁵ Vgl. Meldung Rz 52.

²⁶ Gemäss Angaben der Parteien sind noch keine jüngeren Angaben verfügbar.

²⁷ Vgl. Meldung Rz 52.

²⁸ Vgl. Meldung Rz 56.

²⁹ RPW 2004/4, 1127 ff.

³⁰ Vgl. RPW 2004/4, 1130 Rz 20, *Bertelsmann/Sony Corporation of America*.

41. In der Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*³¹ hingegen unterscheidet die EU-Kommission die vorgelagerten Tätigkeiten eines Musikverlags – d.h. die Erbringung von Verlagsdienstleistungen an Urheber – von dessen nachgelagerten Tätigkeiten – d.h. der Kommerzialisierung der Urheberrechte an einem Musikwerk eines Urhebers. Diese Marktabgrenzung wurde denn auch der europäischen Prüfung der vorliegenden Transaktion zugrunde gelegt.³²

42. Der vorgelagerte Markt beinhaltet im Vergleich zu den nachgelagerten Märkten eine unterschiedliche Angebots- und Nachfragebeziehung. Während der vorgelagerte Markt nämlich die Beziehung zwischen Musikverlagen und Urhebern betrifft, berühren die nachgelagerten Märkte die Beziehung zwischen Musikverlagen und Endnutzern. Die Unterteilung der nachgelagerten Märkte in die Kategorien von Rechten rechtfertigt sich – auch wenn Urheber in der Regel für einen Song oder eine Komposition mit einem Verlag einen Vertrag über die Verwertung aller Rechte und nicht nur einer Rechtekategorie abschliessen – aufgrund der fehlenden Substituierbarkeit der einzelnen Rechte aus Sicht der Nachfrageseite sowie den unterschiedlichen Marktbedingungen aus Sicht der Angebotsseite.³³ Die Wettbewerbsbehörden sind daher mit den Parteien der Auffassung, dass vorliegend dieser von der EU-Kommission vorgenommenen Marktabgrenzung gefolgt werden kann. Vorliegend lassen sich demnach folgende sachlich relevanten Märkte unterscheiden:

- Vorgelagerter Markt: Erbringung von Verlagsdienstleistungen an Urheber. Die Musikverlage erwerben Rechte an musikalischen Kompositionen, sie schliessen Verträge mit Urhebern ab, die Melodien und/oder Texte schreiben, sie leisten diesen Urhebern beim kreativen Prozess Hilfestellung, sichern Lizenzen für deren Werke und verwalten deren Rechte.³⁴
- Nachgelagerte Märkte: Verwertung von Rechten, welche unterschieden werden können in:
 - o Mechanische Rechte, welche die Vervielfältigung eines Werks auf einem Tonträger (z.B. auf einer CD) betreffen;
 - o Aufführungsrechte, welche die öffentliche Wiedergabe eines Musikwerks, z.B. via Rundfunk (Fernseh- oder Radiostationen), Wiedergabe in Konzerthallen, Theatern, Nachtlokalen und Restaurants betreffen;
 - o Synchronisationsrechte, welche die Synchronisation eines Musikwerks mit Bildmaterial, z.B. mit einem Spielfilm, einer TV-Show oder einer Werbung betreffen;
 - o Druckrechte, welche die Vervielfältigung von Werken auf Notenpapier betreffen; sowie
 - o Online-Rechte, welche die Verwertung von mechanischen Rechten und Aufführungsrechten beim Online-Vertrieb von Musikwerken betreffen.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

43. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

44. Die Parteien stützen sich bei den Angaben betreffend räumliche Abgrenzung der relevanten Märkte ebenfalls auf den Entscheid der EU-Kommission in Sachen *Universal/BMG Music Publishing*. Die EU-Kommission beantwortete darin die Frage nach der räumlichen Marktabgrenzung nicht abschliessend, da die Schlussfolgerungen für eine EWR-weite Abgrenzung dieselben gewesen wären, wie bei einer nationalen Abgrenzung.³⁵ Entsprechend nehmen die Parteien vorliegend auch keine abschliessende räumliche Marktabgrenzung vor, stützen sich aber bei der Beurteilung der Auswirkungen auf jeweils national abgegrenzte Märkte.³⁶

45. Auch im Zusammenhang mit der vorliegenden Transaktion liess die EU-Kommission die präzise räumliche Marktabgrenzung offen.³⁷ Nach Auffassung der Wettbewerbsbehörden kann auch im Rahmen der vorliegenden vorläufigen Prüfung auf eine abschliessende räumliche Marktabgrenzung offen bleiben.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

46. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU), diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

47. Gemäss Meldung werden die Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf den relevanten Märkten wie folgt geschätzt.³⁸

³¹ Fall Nr. COMP/M.4404, *Universal/BMG Music Publishing*, Rz 14.

³² Vgl. Fall Nr. COMP/M.6459, *Sony/Mubadala/EMI Music Publishing*, Rz 22 und 52.

³³ Fall Nr. COMP/M.4404, *Universal/BMG Music Publishing*, Rz 14 und 22 f.

³⁴ Vgl. Meldung Rz 72 mit weiteren Ausführungen zu den Verlagsdienstleistungen.

³⁵ Vgl. Fall Nr. COMP/M.4404, *Universal/BMG Music Publishing*, Rz 56 und 60 f.

³⁶ Vgl. Meldung Rz 74, 98, 127, 152, 178 sowie 197.

³⁷ Vgl. Fall Nr. COMP/M.6459, *Sony/Mubadala/EMI Music Publishing*, Rz 61.

³⁸ Für die der Schätzung zugrunde liegenden Grundlagen vgl. Meldung Rz 236 ff.

Relevanter Markt	Geschätzte Marktanteile		
	Sony/ATV	EMI MP	Kumuliert
Verlagsdienstleistungen an Urheber	[0-10 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
Mechanische Rechte	[10-20 %]	[10-20 %]	[20-30 %]
Aufführungsrechte	[0-10 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
Synchronisationsrechte	[0-10 %]	[0-10 %]	[10-20 %]
Druckrechte	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Online-Rechte	[0-10 %]	[10-20 %]	[20-30 %]

48. Die Schätzung dieser Marktanteile basiert auf den von Sony/ATV und EMI MP in den jeweiligen Segmenten erzielten Umsätze für die Jahre 2010/2011, da die Umsatzzahlen für die Jahre 2011/2012 zum Zeitpunkt der Berechnung noch nicht verfügbar gewesen seien. Eine gesamthafte Neuberechnung würde gemäss Parteien grossen Kostenaufwand sowie deutliche Verzögerung des Zusammenschlussvorhabens bedeuten. Für die Schätzung der Gesamtumsätze und der Umsätze der Wettbewerber stützen sich die Parteien auf mittels Marktforschung ermittelte sowie öffentlich zugängliche SUISA-Informationen.³⁹

49. Die nachgelagerten Märkte für Synchronisations- sowie Druckrechte können gemäss oben stehender Darstellung von Anfang an aus der Betrachtung fallen, da diese Märkte nicht betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU sind.

50. Der vorgelagerte Markt für Verlagsdienstleistungen an Urheber sowie der nachgelagerte Markt für Aufführungsrechte fallen nur knapp unter die Grenze von 20 %,

worunter die Märkte nicht als betroffen im Sinne der VKU gelten. Bei den Marktanteilen, wie sie hier wiedergegeben sind, handelt es sich jedoch lediglich um „bestmögliche Schätzungen“⁴⁰ durch die meldenden Parteien. Es kann daher nicht mit Sicherheit festgestellt werden, ob diese Märkte nicht dennoch als betroffen zu gelten hätten. Deshalb wird im Folgenden auch kurz auf diese beiden Teilmärkte eingegangen. Nachstehende Ausführungen konzentrieren sich jedoch auf den nachgelagerten Markt für Online-Rechte, da dieser von vorliegendem Zusammenschlussvorhaben am schwersten betroffen sein wird.

B.4.2.1 Markt für Verlagsdienstleistungen an Urheber

B.4.2.1.1. Aktueller Wettbewerb

51. Gemäss Meldung werden die Marktanteile der beteiligten Unternehmen sowie der Konkurrenz auf dem Markt für Verlagsdienstleistungen an Urheber 2010 wie folgt geschätzt:⁴¹

Relevanter Markt	Geschätzte Marktanteile		
	Sony/ATV	EMI MP	Kumuliert
Verlagsdienstleistungen an Urheber	[0-10 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
Mechanische Rechte	[10-20 %]	[10-20 %]	[20-30 %]
Aufführungsrechte	[0-10 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
Synchronisationsrechte	[0-10 %]	[0-10 %]	[10-20 %]
Druckrechte	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Online-Rechte	[0-10 %]	[10-20 %]	[20-30 %]

52. Auf dem Markt für Verlagsdienstleistungen an Urheber herrscht gemäss Angaben der meldenden Parteien intensiver Wettbewerb. Die meldenden Parteien stützen sich hierbei insbesondere auf die Ausführungen der EU-Kommission im Entscheid *Universal/BMG Music Publishing*, worauf hier grösstenteils verwiesen werden

kann.⁴² An dieser Stelle sei lediglich auf die wichtigsten Aspekte verwiesen:

³⁹ Vgl. Meldung Rz 236 ff.

⁴⁰ Meldung Rz 62.

⁴¹ Zur Schätzung vgl. oben, Rz 48 sowie Meldung Rz 84.

⁴² Vgl. hierzu Fall Nr. COMP/M.4404, *Universal/BMG Music Publishing* Rz 66 ff.

Erneuerung des Katalogs

53. Verlage müssen ihre Kataloge stetig erneuern und erweitern und streben daher nach der Entwicklung neuer Talente sowie nach der Anwerbung und Bindung etablierter Talente, um die Nachfrage der Lizenznehmer zu befriedigen und den Geschmack der Konsumenten zu treffen. Verlage haben daher einen hohen Anreiz, die vielversprechendsten neuen Urheber oder etablierte Urheber für sich zu gewinnen, was dazu führt, dass auf dem Markt für die Verpflichtung von Urhebern aktiver Wettbewerb herrscht.

54. Dieser Wettbewerb werde gemäss Parteien weiter verstärkt durch die Tendenz der Urheber, Verträge mit immer kürzeren Laufzeiten abzuschliessen. Derzeit seien Verträge mit einer Laufzeit von [...] Jahren typisch, wohingegen in der Vergangenheit Verträge über die gesamte Dauer des Urheberrechts am Werk (70 Jahre nach dem Tod des Urhebers) üblich gewesen seien. Ist diese Vertragsdauer abgelaufen, könne ein Urheber nicht nur bezüglich seiner künftigen Werke den Verlag wechseln, es stehe ihm auch offen, neue Verträge betreffend „alter“ Songs abzuschliessen. Dadurch bestehe der Wettbewerb zwischen den Musikverlagen nicht nur hinsichtlich neuer Künstler, sondern auch etablierte Künstler müssten entsprechend umworben werden.⁴³

Preiswettbewerb

55. Diesbezüglich betreiben die Verlage Wettbewerb, indem sie vorteilhaftere Aufteilungen der Lizenzgebühren und grössere Vorschüsse für die Urheber anbieten. Auch dieser Wettbewerb werde verstärkt durch die Tendenz zu Verträgen mit kürzerer Dauer.

56. Hierzu ist überdies anzumerken, dass die Verlage in der Aufteilung der Lizenzgebühren nicht völlig frei sind. Die Verwertungsgesellschaften⁴⁴ garantieren einen sogenannten „writer's share“ an den Lizenzgebühren. Dabei handelt es sich um einen fixen Minimalprozentsatz, den der Urheber nicht mit dem Verlag teilen darf. Dieser Teil wird den Urhebern von den Verwertungsgesellschaften direkt ausbezahlt. Nur den restlichen Prozentsatz können die Musikverlage und Urheber gemäss Vereinbarung untereinander aufteilen.⁴⁵

Nicht-preislicher Wettbewerb

57. Nicht-preisliche Faktoren betreffen das persönliche Verhältnis zwischen den Musikverlagen und den Urhebern. Die Qualität der Dienstleistungen eines Verlages in Bezug auf kreative Beratung, persönliche Unterstützung und die Herstellung von Kontakten zu Miturhebern stellen für Künstler wichtige Gesichtspunkte für die Wahl ihres Musikverlags dar. Hier liegt insbesondere die Stärke kleiner Verlage. Gewisse etablierte Urheber bevorzugen kleinere Verlage, weil sie besorgt sind, dass grössere Verlage ihnen weniger Aufmerksamkeit schenken würden. Es ist daher auch nicht ungewöhnlich, wenn etablierte Urheber zu kleineren Verlagen wechseln.

B.4.2.1.2. Potenzieller Wettbewerb

58. Ergänzend halten die Parteien fest, dass auch für potenzielle Konkurrenten nur geringe Markteintrittshürden bestehen. So können neue Marktteilnehmer in die Verlagsbranche eintreten und bestehende Verlage hätten die Möglichkeit, ihre Tätigkeiten auszuweiten. Spezi-

ell erwähnt wird die Tendenz zur kürzeren Vertragsdauer, welche den Wettbewerb nicht nur um neue Talente ermögliche, auch etablierte Künstler würden von Verlagen umworben. Es sei demnach ein grosser Talentpool verfügbar. Ausserdem verweisen die Parteien auf die Vorteile kleinerer Verlage bezüglich nicht-preislicher Faktoren, was darauf hinweise, dass kein wesentlicher Grössenvorteil bestehe.⁴⁶

59. Ob die Markteintrittshürden tatsächlich so niedrig sind, wie dies von den Parteien dargestellt wird, kann letztlich offen bleiben. Denn wie bereits ausgeführt, herrscht bereits aktuell aktiver Wettbewerb auf dem vorgelagerten Markt für Verlagsdienstleistungen. Die tendenziell geringen Markteintrittsschranken können dennoch als weiterer Hinweis dafür gewertet werden, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu keiner marktbeherrschenden Stellung der beteiligten Unternehmen auf dem vorgelagerten Markt für Verlagsdienstleistungen führen wird.

B.4.2.1.3. Zwischenergebnis

60. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass der vorliegend zu beurteilende Zusammenschluss zu keiner marktbeherrschenden Stellung der beteiligten Unternehmen auf dem vorgelagerten Markt für Verlagsdienstleistungen an Urheber führen wird.

B.4.2.2 Übrige nachgelagerte Märkte

61. Betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ist der Markt für mechanische Rechte.⁴⁷ Wie vorstehend in Rz 50 ausgeführt kann jedoch auch für den Markt der Aufführungsrechte nicht abschliessend beurteilt werden, ob dieser nicht auch als betroffen zu gelten hätte, weshalb auch dieser Markt einer kurzen Analyse unterzogen wird. Da jedoch die Art und Weise der Vermarktung der mechanischen Rechten und der Aufführungsrechte wesentliche Gemeinsamkeiten aufweisen, werden diese Märkte im Folgenden gemeinsam betrachtet.

62. Auf den Märkten für mechanische Rechte und Aufführungsrechte spielen die Verwertungsgesellschaften eine wichtige Rolle. Es drängt sich daher auf, diese vorab näher zu betrachten.

B.4.2.2.1. Rolle der Verwertungsgesellschaften

63. Die Lizenzierung von mechanischen Rechten und Aufführungsrechten wird durch Verwertungsgesellschaften vorgenommen. Die Rechteinhaber übertragen ihre Rechte an die Verwertungsgesellschaft, welche diese Rechte ihrerseits lizenziert und die von den Lizenznehmern geschuldeten Lizenzgebühren einzieht und verteilt.

64. Verwertungsgesellschaften sind Organisationen, die von Rechteinhabern gegründet wurden, damit sie ihre Urheberrechte auf kollektiver Basis wahrnehmen. In den meisten Fällen wäre es für einen Rechteinhaber sowohl praktisch als auch wirtschaftlich unmöglich, die ihm geschuldeten Lizenzgebühren selber einzuziehen.

⁴³ Vgl. Meldung Rz 77.

⁴⁴ Vgl. zur Rolle der Verwertungsgesellschaften Rz 63 ff.

⁴⁵ Vgl. Meldung Rz 105.

⁴⁶ Vgl. Meldung Rz 89.

⁴⁷ Vgl. oben, Rz 47.

65. Die EU-Kommission hat im Entscheid *Universal/BMG Music Publishing* festgestellt, dass Verwertungsgesellschaften rechtlichen Schranken unterworfen sind, welche sie zu nichtdiskriminierendem Verhalten sowohl zwischen ihren Mitgliedern als auch zwischen Lizenznehmern verpflichten. So ist es ihnen verboten, die Gewährung von Lizenzen zu verweigern.⁴⁸ Ausserdem haben sie bei allen Urhebern dieselbe Dienstleistungskommission und bei allen Lizenznehmern den gleichen Tarif für die Werke sämtlicher Urheber zu erheben.⁴⁹

66. In der Schweiz werden diese Aufgaben durch die SUISA⁵⁰ wahrgenommen. Ihre Aufgaben und Pflichten sind in den Grundzügen in Art. 40 ff. URG⁵¹ geregelt,

wobei es sich um dieselben Pflichten handelt, wie sie die EU-Kommission bezüglich der Verwertungsgesellschaften im Allgemeinen festgestellt hat.

67. Zusammengefasst kann daher festgehalten werden, dass Musikverlage weder bezüglich mechanischer Rechte noch Aufführungsrechte Preise für deren Verwertung festlegen können. Auch können sie keine Lizenzen verweigern.

B.4.2.2.2. Nachgelagerter Markt für mechanische Rechte

68. Gemäss Meldung werden die Marktanteile für den nachgelagerten Markt für mechanische Rechte wie folgt eingeschätzt:⁵²

Gesellschaft	2008		2009		2010	
	Umsatz (CHF)	Marktanteil (%)	Umsatz (CHF)	Marktanteil (%)	Umsatz (CHF)	Marktanteil (%)
Sony/ATV	[...]	[0-10 %]	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]
EMI MP	[...]	[20-30 %]	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]
<i>Kumuliert</i>	[...]	[20-30 %]	[...]	[20-30 %]	[...]	[20-30 %]
Universal/BMG	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]
Warner	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]
BMG Rights	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]
Total	[...]	100 %	[...]	100 %	[...]	100 %

Kein Preiswettbewerb

69. Aus den vorstehenden Ausführungen zur Rolle der Verwertungsgesellschaften auf den Märkten für mechanische Rechte und Aufführungsrechte ergibt sich, dass auf diesen Märkten kein Preiswettbewerb herrschen kann. Dies wird sich auch durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht ändern.

Wettbewerb um die Förderung von Urhebern

70. Gemäss den meldenden Parteien ist es ein wichtiger Teil der Aufgaben der Verlage, für die Urheber und deren Werke zu werben, um einen Tonträgerhersteller zu finden, der die Werke aufnimmt und entsprechende CDs etc. produziert. Tonträgerhersteller würden keine Lizenzen für das gesamte Repertoire eines Verlages beziehen und auch keine fortlaufenden „Liefer“-Verträge mit Verlagen eingehen. Zudem sei ein Tonträgerhersteller bei der Entscheidung über die Aufnahme eines bestimmten Songs keinem Verlag verpflichtet. Aus diesen Gründen beziehen die Tonträgerhersteller Lizenzen für die Werke einer Vielzahl von Urhebern bei den verschiedensten Musikverlagen.⁵³

B.4.2.2.3. Nachgelagerter Markt für Aufführungsrechte

71. Auf dem nachgelagerten Markt für Aufführungsrechte schätzen die meldenden Parteien die Marktanteile wie folgt ein.⁵⁴

⁴⁸ Es sei denn, einem Tonträgerhersteller sei mit Bezug auf die erste Aufnahme und Veröffentlichung eines Songs Exklusivität zugesichert worden.

⁴⁹ Vgl. zum Ganzen auch Fall Nr. COMP/M.4404, *Universal/BMG Music Publishing*, Rz 134 ff.

⁵⁰ Vgl. www.suisa.ch.

⁵¹ Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, URG, SR 231.1.

⁵² Zur Schätzung vgl. oben, Rz 48 sowie Meldung Rz 119.

⁵³ Vgl. Meldung Rz 117.

⁵⁴ Zur Schätzung vgl. oben, Rz 48 sowie Meldung Rz 144.

Gesellschaft	2008		2009		2010	
	Umsatz (in Mio. CHF)	Marktanteil (%)	Umsatz (in Mio. CHF)	Marktanteil (%)	Umsatz (in Mio. CHF)	Marktanteil (%)
Sony/ATV	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]
EMI MP	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[10-20 %]
<i>Kumuliert</i>	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]
Universal/BMG	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]
Warner	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]	[...]	[0-10 %]
BMG Rights	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]
Total	[...]	100 %	[...]	100 %	[...]	100 %

72. Gemäss den meldenden Parteien spielen die Verlage bei der Lizenzierung der Aufführungsrechte lediglich eine untergeordnete Rolle. Die gewerblichen Nutzer, die ein Musikwerk wiedergeben möchten, müssten stattdessen eine Lizenz für Aufführungsrechte von der betreffenden Verwertungsgesellschaft einholen. Die Verwertungsgesellschaften verteilen die Lizenzgebühren anschliessend zwischen dem Verlag und dem Urheber.⁵⁵ Damit kann auch auf diesem Markt selbst bei erhöhten Marktanteilen davon ausgegangen werden, dass keine Gefahr einer marktbeherrschenden Stellung der beteiligten Unternehmen besteht.

B.4.2.2.4. Zwischenergebnis

73. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass der vorliegend zu beurteilende Zusammenschluss zu keiner marktbeherrschenden Stellung der beteiligten Unternehmen auf den nachgelagerten Märkten für mechanische Rechte und Aufführungsrechte führen wird.

B.4.2.3 Markt für Online-Rechte

74. Aus obenstehender Übersicht⁵⁶ ergibt sich, dass Sony/ATV und EMI MP nach erfolgter Transaktion auf dem Markt für Online-Rechte relativ hohe Marktanteile erreichen werden. Es rechtfertigt sich daher, diesen Markt einer näheren Analyse zu unterziehen.

75. Gemäss der von der EU-Kommission in *Universal/BMG Music Publishing* vorgenommenen Marktabgrenzung umfasst der Markt für Online-Rechte die Verwertung von mechanischen Rechten und Aufführungsrechten beim Online-Vertreib von Musikwerken.⁵⁷ Online-Musikplattformen müssen somit für jeden Musiktitel ein Paket an Urheberrechten erwerben, einschliesslich mechanischen Rechten, Aufführungsrechten, mechanischen Tonträgerrechten und Tonträgeraufführungsrechten. Die beiden letztgenannten Rechte betreffen Rechte an Tonträgern, welche nicht Gegenstand der vorliegenden Transaktion bilden. Da die Musikplattformen jedoch sämtliche genannten Rechte benötigen, sind diese Rechte komplementär.

B.4.2.3.1. Aktueller Wettbewerb

76. Um die Entwicklung der Marktanteile besser beurteilen zu können, hat das Sekretariat mit Schreiben vom 3. April 2012 die Neuberechnung der Anteile auf dem Markt für Online-Rechte gestützt auf die Umsatzzahlen 2011 verlangt. Die Parteien haben diese Berechnung mit Schreiben vom 20. April 2012 nachgereicht. Entsprechend ergibt sich bezüglich Marktanteile auf dem nachgelagerten Markt für Online-Rechte folgende Schätzung:⁵⁸

⁵⁵ Vgl. Meldung Rz 128.

⁵⁶ Vgl. Rz 47.

⁵⁷ Vgl. Fall Nr. COMP/M.4404, *Universal/BMG Music Publishing*, Rz 205.

⁵⁸ Zur Schätzung vgl. oben, Rz 48 sowie Meldung Rz 210 und Schreiben vom 20. April 2012.

Gesellschaft	2008		2009		2010		2011	
	Umsatz (CHF 1'000)	Marktanteil (%)	Umsatz (CHF 1'000)	Marktanteil (%)	Umsatz (CHF 1'000)	Marktanteil (%)	Umsatz (CHF 1'000)	Marktanteil (%)
Sony/ATV	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]
EMI MP	[...]	[40-50 %]	[...]	[20-30 %]	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]
<i>Kumuliert</i>	[...]	[40-50 %]	[...]	[30-40 %]	[...]	[20-30 %]	[...]	[20-30 %]
Universal/BMG	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]
Warner	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]	[...]	[10-20 %]
BMG Rights	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]
Total	[...]	100 %	[...]	100 %	[...]	100 %	[...]	100 %

Unterschiedliche Beurteilung nach Repertoire

77. Die meldenden Parteien unterscheiden in diesem Bereich zwischen dem europäischen und dem anglo-amerikanischen Repertoire. Hinsichtlich des kontinental-europäischen Repertoires schliesse die Kontrolle der Verwertungsgesellschaften von vornherein die Möglichkeit der Entstehung wettbewerbsrechtlicher Bedenken irgendwelcher Art aus.⁵⁹ Wie die EU-Kommission in *Universal/BMG Music Publishing* erkannt habe, hätten Musikverlage keine Möglichkeit zur Beeinflussung oder Erhöhung der Preise für Online-Lizenzen für das kontinentaleuropäische Repertoire. Ebenso wenig hätten sie ein Mitspracherecht bei der Entscheidung darüber, ob eine Lizenz gewährt werde.

78. In Bezug auf die Lizenzierung von Online-Rechten am anglo-amerikanischen Repertoire seien in den vergangenen Jahren durch die Musikverlage individuelle Rechteverwaltungseinheiten ernannt worden, um die Lizenzierung mechanischer Rechte des anglo-amerikanischen Repertoires an Online-Plattformen in Europa zentral zu verwalten. Während die von den Musikverlagen gewählten Modelle im Detail variierten, bestehe das grundlegende Charakteristikum dieser Modelle darin, einen einzigen Ansprechpartner für die Verwaltung und Lizenzierung des anglo-amerikanischen Repertoires eines Verlags in ganz Europa anzubieten.⁶⁰

Weitere wettbewerbsverstärkende Faktoren

79. Die Musikverlage sehen sich gemäss den meldenden Parteien auf diesem Markt verschiedenen Faktoren ausgesetzt, die den Druck auf sie erheblich vergrössern und den aktuellen Wettbewerb zwischen den Verlagen entsprechend verstärken.

80. So setze einerseits der rückläufige Verkauf von physischen Musikträgern die Verlage unter Druck, die Online-Musik breit zu lizenzieren. Andererseits entstehe dieser Druck auch durch die nach wie vor grosse Problematik der Piraterie. So sei beispielsweise 76 % der Musik, die im Jahr 2010 in Grossbritannien online beschafft wurde, nicht lizenziert gewesen.⁶¹ Indem autorisierte Musik möglichst einfach zur Verfügung gestellt

wird, versuchen die Verlage den Bezug von Musik über nicht autorisierte Quellen zu verringern.

Control Shares

81. In *Universal/BMG Music Publishing* führte die EU-Kommission aus, dass die allein anhand der Einnahmen ermittelten Marktanteile die Marktposition der verschiedenen Verlage möglicherweise nicht genau widerspiegeln, weil dabei deren Macht nach Co-Verlagsrechten und Tonträgerrechten nicht angemessen berücksichtigt würden. Einem Online-Musikanbieter, dem es nicht gelinge, einen Lizenzvertrag mit einem bestimmten Verlag zu schliessen – ein Problem welches sich von vornherein nur bezüglich des anglo-amerikanischen Repertoires stellen kann⁶² – verliere nicht nur den Zugang zu den Titeln, an denen dieser Verlag die alleinigen Verlagsrechte besitze sondern auch zu denen, deren Inhaber er nur zum Teil ist. Gestützt auf diese Problematik führte die EU-Kommission eine weitere Analyse durch, bei der jedes geteilte Recht als vollständiges Werk gerechnet wurde. Analysiert wurden dabei die Top-100-Single-Charts eines Jahres für jedes EWR-Land.⁶³

82. Die Parteien kritisieren diese Vorgehensweise, da Titel, an denen geteilte Rechte bestehen, allen daran beteiligten Musikverlagen zu 100 % angerechnet werden. Dies führe dazu, dass ein Titel, an dem ein Verlag beispielsweise 5 % halte gleich stark gewertet werde wie ein Titel, an dem der Verlag 100 % halte.⁶⁴ Die EU-Kommission trägt dieser Problematik allerdings Rechnung indem sie im Rahmen der Control Shares einen Schwellenwert von 50 % als „ersten Filter“ definiert hat. Überschreiten die Control Shares diesen Schwellenwert nicht, wird keine genauere Prüfung durchgeführt.⁶⁵

⁵⁹ Zur Rolle der Verwertungsgesellschaften vgl. oben, Rz 63 ff.

⁶⁰ Zum vorstehenden vgl. Meldung Rz 191.

⁶¹ Vgl. Meldung Rz 199 mit weiteren Hinweisen.

⁶² Vgl. Rz 78.

⁶³ Ausführlich zur Vorgehensweise und den Hintergründen vgl. Fall Nr. COMP/M.4404, *Universal/BMG Music Publishing*, Rz 284 ff.

⁶⁴ Vgl. hierzu das Schreiben der Parteien vom 20. April 2012.

⁶⁵ Vgl. Fall Nr. COMP/M.4404, *Universal/BMG Music Publishing*, Rz 305.

83. In Anbetracht der möglichen Ungenauigkeit der aufgrund der Umsätze erfolgten Marktanteilschätzungen hat das Sekretariat die Parteien aufgefordert, ihre Meldung zu ergänzen und dem Sekretariat die Control Shares für die Schweiz für das Jahr 2011 wie auch für

die ersten Wochen des Jahres 2012 vorzulegen. Die Parteien sind dieser Aufforderung mit Schreiben vom 20. April 2012 nachgekommen. Die vorgelegten Control Shares präsentieren sich wie folgt:

Gesellschaft	Control Shares	
	2011	2012 (erste 14 Wochen)
Sony/ATV	[20-30 %]	[10-20 %]
EMI MP	[20-30 %]	[20-30 %]
Total	[40-50 %]	[30-40 %]

B.4.2.3.2. Zwischenergebnis

84. Es zeigt sich, dass die Control Shares in der Schweiz den von der EU-Kommission definierten Schwellenwert von 50 % nicht überschreiten. Auch die übrigen von den Parteien dargelegten Faktoren genügen um aufzuzeigen, dass auf dem Markt für Online-Rechte genügend Wettbewerb herrscht, dass eine marktbeherrschende Stellung der Parteien verneint werden kann.

B.4.2.4 Zusagen gegenüber der EU-Kommission

85. Obwohl wie ausgeführt in der Schweiz keine ernsthaften wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufgrund des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bestehen ist es angebracht, kurz die von den Parteien gegenüber der EU-Kommission erbrachten Zusagen und deren Auswirkungen auf den Schweizer Markt zu erläutern.

86. Im Rahmen ihrer Prüfung stellte die EU-Kommission nämlich fest, dass das Übernahmeverhaben in seiner ursprünglich angemeldeten Form in Bezug auf die Online-Lizenzierung von Urheberrechten Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt in Grossbritannien und Irland gab. Die EU-Kommission prüfte insbesondere, ob die Parteien nach dem Zusammenschluss in der Lage wären, Kontrolle über die Online-Lizenzierung des anglo-amerikanischen Repertoires im EWR auszuüben, da diese Titel gemäss EU-Kommission im Angebot von Online-Musikplattformen nicht fehlen dürften. Die Prüfung ergab, dass die Parteien nach erfolgter Transaktion die Verlagsrechte an mehr als der Hälfte der Chart-Hits aus dem Vereinigten Königreich und Irland innegehabt hätten, d.h. die Control Shares wie sie oben dargestellt wurden hätten auf diesen räumlichen Märkten 50 % überschritten.⁶⁶

87. Die Parteien boten der EU-Kommission deshalb im Rahmen des Vorprüfungsverfahrens an, die Rechte an Werken aus vier Katalogen – Virgin UK, Virgin Europe, Virgin US und Famous Music UK – sowie an den neueren und künftigen Titeln von zwölf zeitgenössischen britischen beziehungsweise US-amerikanischen Musikautoren zu veräussern. Die zu veräussernden Kataloge enthalten Rechte an Musik von Stars wie Gary Barlow, Andrea Bocelli, Ozzy Osbourne, Robbie Williams, Ben Harper, Kurt Cobain, Placebo und The Kooks.⁶⁷

88. Die EU-Kommission ist aufgrund dieser Zusagen der Parteien zum Schluss gekommen, dass das Zusammenschlussvorhaben ohne Durchführung einer vertieften Prüfung zugelassen werden kann.

89. Da die gesamten Kataloge verkauft werden und der Erwerber die betroffenen Rechte auch auf dem Schweizer Markt nutzen – d.h. zur Lizenzierung zur Verfügung stellen – können, wirken sich die Zusagen gegenüber der EU-Kommission auch positiv auf die Schweizer Marktverhältnisse aus. Die EU-Kommission hält in ihrer Entscheidung denn auch explizit fest, dass sich die vorliegenden Zusagen weltweit auswirken werden.⁶⁸ So werden sich gemäss den Parteien aufgrund der Zusagen die Control Shares in der Schweiz um [0-5] % im Jahr 2011 [...] reduzieren.⁶⁹

B.5 Schlussfolgerungen

90. Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Sony / Mubadala – EMI MP hat ergeben, dass der Zusammenschluss ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen werden kann.

⁶⁶ Ausführlich hierzu vgl. Fall Nr. COMP/M.6459, *Sony/Mubadala/EMI Music Publishing*, Rz 140 ff., insbesondere Rz 262.

⁶⁷ Vgl. Fall Nr. COMP/M.6459, *Sony/Mubadala/EMI Music Publishing*, Rz 336 ff.

⁶⁸ Vgl. Fall Nr. COMP/M.6459, *Sony/Mubadala/EMI Music Publishing*, Rz 375.

⁶⁹ Vgl. Schreiben der Parteien vom 20. April 2012.

B 2.3	2. Strabag SE/Astrada AG
-------	---------------------------------

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 15. März 2012

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. März 2012

1. Am 17. Februar 2012 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen bank zweiplus ag (nachfolgend: bank zweiplus) und Ringier AG (nachfolgend: Ringier) ein Gemeinschaftsunternehmen in den Bereichen Bankdienstleistungen und Werbung zu gründen. Bank zweiplus und Ringier werden zu je 50 % am Gemeinschaftsunternehmen beteiligt sein.

2. Das Gemeinschaftsunternehmen soll auf dem Kundenstamm des bestehenden Direktkundengeschäfts der bank zweiplus und auf den bisherigen Nutzern der Webseite www.cash.ch aufbauen. Die Kombination der komplementären Kompetenzen von bank zweiplus und Ringier in den Bereichen Bankdienstleistungen, kundenbezogene Werbung und Zugriff auf sachbezogene Informationen soll es dem Gemeinschaftsunternehmen ermöglichen, sich als namhafter Wettbewerber in den beiden

Bereichen Bankdienstleistungen und Werbung zu etablieren und dem Kunden Mehrwert zu bieten.

3. Bank zweiplus verfügt über eine Bank- und Effektenhändlerbewilligung der FINMA und ist primär im Bereich Retailbanking tätig. Bank zweiplus ist ein Joint Venture unter gemeinsamer Kontrolle der Bank Sarasin & Cie AG und der Falcon Private Bank Ltd. (ehemals AIG Private Bank Ltd.).

4. Ringier ist die Muttergesellschaft der Verlags- und Medienaktivitäten der Ringier-Gruppe. Diese gibt weltweit Zeitungen und Zeitschriften heraus, produziert und vermarktet Fernsehsendungen, ist an Radio- und Fernsehsendern beteiligt und betreibt Mobile Plattformen und mehrere Websites, unter anderem auch die News-Site www.cash.ch. Ringier ist Teil der Ringier-Gruppe unter dem Dach der Ringier Holding.

5. Die vorläufige Prüfung hat ergeben, dass keine betroffenen Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen. Des Weiteren kommt es durch den Zusammenschluss zu keiner Marktanteilsaddition in den entsprechenden Märkten. Zudem sind kaum vertikale Effekte zu befürchten, da Ringier in keinem Markt tätig ist, der dem Bankenbereich vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

6. Es kann somit von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	1. Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur

Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur

A Ausgangslage

1. Die Regulierung des Taxigewerbes liegt grundsätzlich in der Zuständigkeit der Kantone. Gewisse Kantone wie beispielsweise Genf, Basel-Stadt und Basel-Landschaft nehmen diese Kompetenz auf kantonaler Ebene wahr, indem sie für den ganzen Kanton abschliessende Taxigesetze erlassen.¹ Andere Kantone wie Bern und Wallis beschränken sich auf den Erlass gewisser Grundsatzbestimmungen und überlassen die Regulierung der Einzelheiten den Gemeinden.² Die meisten Kantone delegieren schliesslich die Kompetenz zur Regulierung des Taxigewerbes vollumfänglich an die einzelnen Gemeinden.

2. Die Kompetenzdelegation bis auf Stufe der politischen Gemeinden führt naturgemäss zu einer Vielfalt an sehr unterschiedlichen Marktzugangsordnungen. Viele Kantone und Gemeinden sehen vor, dass der Taxidienst über eine Betriebs- und/oder Taxichauffaubewilligung verfügen muss. Die Voraussetzungen für die Erteilung dieser Bewilligungen sind äusserst vielfältig. Gleiches gilt für die regulatorischen Vorschriften über das Erbringen der Taxidienstleistungen, insbesondere mit Bezug auf das Anwerben von Kunden.

3. Diese historisch gewachsene regulatorische Vielfalt auf Kantons- bzw. meist Gemeindestufe hat zur Folge, dass der Marktzugang über kantonale und kommunale Binnengrenzen hinaus stark eingeschränkt oder teilweise gänzlich verunmöglicht wird. Das Kompetenzzentrum Binnenmarkt des Sekretariats der Wettbewerbskommission wird regelmässig von kantonalen und kommunalen Regulatoren kontaktiert und stellt bei Vorhaben über die Revisionen oder den Neuerlass von Taxivorschriften seine Beratung zur Verfügung. Gleichzeitig nimmt das Sekretariat regelmässig Beschwerden aus dem Taxigewerbe entgegen. Insbesondere Taxidienste aus ländlichen Gemeinden machen geltend, dass ihnen der Marktzugang in den Städten verwehrt sei.

4. Offenbar herrscht sowohl bei den zuständigen Behörden als auch im Taxigewerbe grosse Ungewissheit über die Rechtslage gemäss Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02) sowie die auf diesem Gesetz begründeten Marktzugangsrechte. Gemäss den bei der

Wettbewerbskommission eingehenden Meldungen sowie den Berichterstattungen in den Medien führt diese Ungewissheit offenbar regelmässig zu Auseinandersetzungen zwischen ortsfremden Taxidiensten und der zuständigen Gewerbebehörde wie auch zwischen ortsfremden und ortsansässigen Taxidiensten.

5. Vor diesem Hintergrund hat das Sekretariat stichprobenweise verschiedene Erlasse zum Taxigewerbe auf kantonaler und kommunaler Ebene geprüft und festgestellt, dass viele kantonale und kommunale Erlasse Marktzutrittschranken für ortsfremde Taxidienste enthalten, die nicht im Einklang mit dem Binnenmarktgesetz stehen. Dies hat die Wettbewerbskommission dazu veranlasst, anhand exemplarischer kantonalen und kommunaler Erlasse zum Taxigewerbe eine Empfehlung für eine binnenmarktrechtskonforme Ausgestaltung der Marktzugangsordnung für ortsfremde Taxidienste abzugeben. In diesem Zusammenhang ist auch zu betonen, dass der Gesetzgeber beim Erlass des Binnenmarktgesetzes insbesondere die „Bereiche mit regional beschränktem Marktzutritt“ im Visier hatte und dabei das lokal unterschiedlich regulierte Taxigewerbe namentlich erwähnte.³ Nachdem das Binnenmarktgesetz seine Wirkung im Taxigewerbe offenbar bis heute nur sehr beschränkt entfalten konnte, sieht sich die Wettbewerbskommission umso mehr veranlasst, mittels vorliegender Empfehlung die konkreten Marktzugangsrechte ortsfremder Taxidienste zu definieren.

B Zusammenfassung

6. Ein ortsfremder Taxidienst, der an seinem Herkunfts-ort in der Schweiz rechtmässig Taxidienstleistungen erbringt, darf auch in anderen Gemeinden der Schweiz

¹ Siehe z.B. Loi genevoise sur les taxis et limousines (transport professionnel de personnes au moyen de voitures automobiles) du 21 janvier 2005, RSG H 130; Gesetz des Kantons Basel-Stadt über den Betrieb von Taxis vom 17. Januar 1996, SG 563.200; Verordnung über den Betrieb von Taxis im Kanton Basel-Landschaft vom 5. Mai 1969, SGS 546.1.

² Siehe z.B. Verordnung des Kantons Bern über das Halten und Führen von Taxis vom 3. November 1993, BSG 935.976.1; Art. 154 Strassengesetz des Kantons Wallis vom 3. September 1965, SGS 725.1.

³ Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213 ff., 1227 f.

- Kunden absetzen und auf dem direkten Rückweg einen neuen Kunden auf Begehren hin (d.h. Spontanaufnahme z.B. durch Handzeichen) aufnehmen, sofern der Zielort des neuen Kunden ausserhalb der Gemeinde liegt, in der der neue Kunde aufgenommen wurde;
- Kunden auf Bestellung hin (z.B. Telefon- oder Internetbestellung; Bestellung durch Vermittlungszentrale) aufnehmen und an einen beliebigen Zielort transportieren.

7. Für andere Tätigkeitsformen dürfen die Gemeinden grundsätzlich verlangen, dass ortsfremde Taxidienste eine Zusatzbewilligung für das Führen und Halten von Taxis (Taxichauffeur- und/oder Taxibetriebsbewilligung) erlangen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ortsfremde Taxidienste

- Kunden auf Begehren hin aufnehmen und innerhalb der Gemeinde, in der der Kunde aufgenommen wurde, transportieren möchten;
- einen Taxibetrieb auf der Basis von privaten und/oder öffentlichen Standplätzen führen möchten.

8. Sieht eine Gemeinde eine solche Zusatzbewilligung für das Führen und Halten von Taxis (Taxichauffeur- und/oder Taxibetriebsbewilligung) für ortsfremde Taxidienste vor, so muss diese Bewilligung in einen binnenmarktrechtskonformen Verfahren erteilt werden. Der ortsfremde Taxidienst verfügt über einen Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung, sofern die Voraussetzungen des Binnenmarktgesetzes erfüllt sind. Dieser Anspruch beruht auf dem Grundsatz, dass alle Marktzugangsvorschriften in der Schweiz grundsätzlich als gleichwertig zu betrachten sind. Das Binnenmarktrecht verlangt ein einfaches, rasches und kostenloses Bewilligungsverfahren. Zudem dürfen grundsätzlich nur diejenigen Bewilligungsvoraussetzungen geprüft werden, die nicht bereits schon durch die Behörden des Herkunftsorts geprüft worden sind. Die praktische Erfahrung des ortsfremden Taxidienstes ist angemessen zu berücksichtigen. Schliesslich dürfen Zusatzbewilligungen für das Führen und Halten von Taxis für ortsfremde Anbieter grundsätzlich nicht zahlenmässig beschränkt werden.

9. Sieht eine Gemeinde hingegen keine oder keine binnenmarktrechtskonforme Zusatzbewilligung für ortsfremde Taxidienste vor, so dürfen ortsfremde Taxidienste auch Kunden auf Begehren hin innerhalb der Gemeinde transportieren und einen Taxibetrieb auf der Basis von privaten Standplätzen führen.

10. Falls Taxidienste einen Taxibetrieb auf der Basis von öffentlichen Standplätzen betreiben möchten, kann eine Gemeinde verlangen, dass die Taxidienste über eine kostenpflichtige Standplatzkonzession verfügen. Bei der Vergabe der Standplatzkonzessionen ist darauf zu achten, dass ortsfremde Anbieter (allenfalls mit entsprechender Zusatzbewilligung) gegenüber ortsansässigen Taxidiensten nicht benachteiligt werden. Wird die Anzahl der Konzessionen zahlenmässig beschränkt, sind die verfügbaren Konzessionen in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren zu vergeben und deren Gültigkeit ist zeitlich zu befristen.

C Erwägungen

C.1 Zuständigkeit

11. Gemäss Art. 8 Abs. 1 BGBM überwacht die Wettbewerbskommission die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben. Sie kann diesen Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben (Art. 8 Abs. 2 BGBM). Die vorliegende Empfehlung bezieht sich auf folgende Erlasse:

- Verordnung des Kantons Bern über das Halten und Führen von Taxis vom 3. November 1993, BSG 935.976.1 (BE TaxiV);⁴
- Gesetz des Kantons Basel-Stadt über den Betrieb von Taxis vom 17. Januar 1996, SG 563.200 (BS TaxiG);
- Entwurf Gesetz des Kantons Basel-Landschaft über den Betrieb von Taxis (Vernehmlassungsvorlage; BL E-TaxiG);
- Taxivorschriften der Stadt Zürich vom 20. September 2000, AS-Nr. 935.460 (Stadt Zürich Taxivorschriften);⁵
- Entwurf Taxiverordnung der Stadt Winterthur mit erläuternden Kommentaren, April 2011 (Winterthur E-TaxiV).

12. Die fünf genannten Erlasse dienen als exemplarische Grundlage für die vorliegende Empfehlung. Aus diesem Grund richtet sich die Empfehlung formell an die für den jeweiligen Erlass zuständigen Instanzen in den Kantonen Zürich, Bern, Basel-Stadt und Basel-Landschaft. In diesem Zusammenhang ist aber zu betonen, dass die Empfehlungen schweizweit für alle kantonalen und kommunalen Instanzen, die Marktzugangsordnungen im Taxigewerbe regulieren, von Bedeutung sind.

13. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat die in der Empfehlung direkt genannten Kantone Bern, Basel-Stadt und Basel-Landschaft sowie die Städte Zürich und Winterthur im November 2011 eingeladen, zu einem früheren Entwurf dieser Empfehlung vom 22. November 2011 eine Stellungnahme einzureichen. Im Januar 2012 wurde zudem der Schweizerische Nutzfahrzeugverband ASTAG um Stellungnahme gebeten. Die eingegangenen Stellungnahmen wurden im Rahmen dieser Empfehlung mitberücksichtigt.

⁴ Die Taxiverordnung des Kantons Bern befindet sich derzeit in Revision; die Revisionsvorlage liegt der Wettbewerbskommission vor.

⁵ Die Taxiverordnung der Stadt Zürich befindet sich derzeit in Revision; die Revisionsvorlage liegt der Wettbewerbskommission vor.

C.2 Grundsätze für den freien Marktzugang

14. Das Binnenmarktgesetz strebt die Schaffung eines Binnenmarktes Schweiz an, auf welchem sich die Wirtschaftsteilnehmer möglichst frei von kantonalen und kommunalen Marktzugangsschranken entfalten können. Es gewährleistet, dass natürliche und juristische Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM).

15. In Konkretisierung von Art. 1 Abs. 1 BGBM statuiert Art. 2 BGBM das Herkunftsprinzip; dieses findet sowohl auf die Wirtschaftstätigkeit über Binnengrenzen hinaus als auch auf die Begründung einer Niederlassung Anwendung:

- Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGBM hat jede Person das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist. Massgebend sind dabei die Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung des Anbieters (Art. 2 Abs. 3 BGBM).
- Nach Art. 2 Abs. 4 BGBM hat jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Ersteiniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Ersteiniederlassung aufgegeben wird.

16. Das Herkunftsprinzip basiert auf der gesetzlichen Vermutung, dass die verschiedenen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM).

17. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die Behörde des „Bestimmungsorts“⁶ kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieter mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken. Dafür muss die zuständige Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die generell-abstrakten Marktzugangsregeln und die darauf beruhende Praxis des Herkunftsorts eines ortsfremden Anbieters einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen, wie die Vorschriften des Bestimmungsorts (Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM). Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, ist dem ortsfremden Anbieter ohne weiteres Marktzugang zu gewähren (BGE 135 II 12 E. 2.4).

18. Beschränkungen für ortsfremde Taxidienste sind in der Form von Auflagen oder Bedingungen zulässig, sofern die Vorschriften des Herkunftsorts in einem konkreten Fall einen wesentlich tieferen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen als die Vorschriften des Bestimmungsorts (Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung) und sofern die Beschränkungen a) gleichermaßen für ortsansässige Personen gelten sowie b) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und c) verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Klarer-

weise unverhältnismässig und damit unzulässig sind Beschränkungen gemäss Art. 3 Abs. 2 BGBM, wenn (nicht abschliessend)

- der Schutz des öffentlichen Interesses bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird;
- die Nachweise und Sicherheiten, die der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen;
- ein Sitz oder eine Niederlassung am Bestimmungsort verlangt wird;
- der hinreichende Schutz durch die Berufserfahrung des ortsfremden Anbieters gewährleistet ist.

19. Gemäss Art. 4 Abs. 1 BGBM gelten kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Art. 3 BGBM unterliegen. Diese Bestimmung stellt eine Ergänzung des Rechts auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften dar. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission gilt diese Bestimmung per Analogie auch für kommunale Fähigkeitsausweise, zumal die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM sowohl kantonale als auch kommunale Marktzugangsordnungen erfasst. Die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen soll gewährleisten, dass bei bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeiten der Binnenmarkt Schweiz nicht durch unterschiedliche kantonale oder kommunale Bewilligungsvoraussetzungen vereitelt wird.⁷

C.3 Regulierung des Marktzugangs für ortsfremde Taxidienste

20. Aus den vorstehenden Erläuterungen wird deutlich, dass ein ortsfremder Taxidienst, der an seinem Herkunftsort rechtmässig Taxidienstleistungen erbringt, über einen schweizweiten Anspruch auf Marktzugang für das Anbieten von Taxidienstleistungen nach den Vorschriften seines Herkunftsorts verfügt (sog. Herkunftsprinzip). Dies gilt sowohl für den binnengrenzüberschreitenden Taxiverkehr (Art. 2 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 BGBM) als auch für die Begründung einer (Zweit-)Niederlassung am Bestimmungsort (Art. 2 Abs. 4 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 BGBM). Die zuständige Behörde des Bestimmungsorts darf den Marktzugang für ortsfremde Taxidienste, die binnengrenzüberschreitend oder durch Begründung einer Niederlassung am Bestimmungsort tätig sind, nur unter den sehr strengen Voraussetzungen von Art. 3 BGBM einschränken.

⁶ Als „Bestimmungsort“ wird im Binnenmarktrecht der Ort bezeichnet, wo ortsfremde Anbieter ihre Leistung erbringen (z.B. ein Taxidienst mit Sitz in Winterthur [Herkunftsort] erbringt eine Taxidienstleistung in der Stadt Zürich [Bestimmungsort]).

⁷ Botschaft BGBM (Fn 3), 1266 f.

21. Die Erlasse zum Taxiwesen verschiedener Kantone und Gemeinden sehen vor, dass ausschliesslich Taxidienste auf dem entsprechenden Hoheitsgebiet tätig werden dürfen, die über eine Bewilligung des Kantons bzw. der Gemeinde verfügen (Art. 4 f. BE TaxiV; § 4 Abs. 1 BS TaxiG; § 2 BL E-TaxiG; Art. 2 Abs. 1 Stadt Zürich Taxivorschriften; Art. 1 Abs. 1 Winterthur E-TaxiV). Teilweise wird zwischen einer Taxichauffeur- und einer Betriebsbewilligung unterschieden (z.B. Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Stadt Zürich Taxivorschriften).

22. Vor diesem Hintergrund stellt sich vorab die Frage, ob ortsfremde Taxidienste, die bereits an ihrem Herkunftsort rechtmässig Taxidienste erbringen dürfen, zusätzlich durch den Bestimmungsort einer Bewilligungspflicht unterstellt werden können.

23. Gemäss Praxis des Bundesgerichts zum Binnenmarktgesetz in seiner ursprünglichen Fassung bleibt die Bewilligungskompetenz des Bestimmungsorts grundsätzlich unberührt (BGE 125 II 56 E. 4a). Es ist fraglich, ob dieser Grundsatz in seiner Absolutheit dem teilrevidierten Binnenmarktgesetz (in Kraft seit 1. Juli 2006) noch Rechnung trägt. Auch das Bundesgericht ist der Ansicht, dass die abermalige individuelle (Rück-)Überprüfung der fachlichen Befähigung des ortsfremden Anbieters mittels eines Bewilligungsverfahrens des Bestimmungsorts die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM unterlaufen kann (BGE 135 II 12 E. 2.4). Nach Auffassung der Wettbewerbskommission stellt ein Bewilligungsverfahren des Bestimmungsorts in jedem Fall eine Marktzugangsbeschränkung dar, die unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zu prüfen ist. Da es sich bei Taxidiensten naturgemäss um eine sehr mobile Tätigkeit handelt, die regelmässig über die kommunalen und kantonalen Binnengrenzen hinaus ausgeübt wird, muss mit Bezug auf die Frage der Bewilligungspflicht dahingehend unterschieden werden, ob der ortsfremde Taxidienst ausserhalb seines Herkunftsorts tätig wird indem er (i) Bestellungen der Kunden ausführt oder (ii) aktiv Kunden vor Ort anwirbt.

C.3.1 Ohne Zusatzbewilligung zulässige Tätigkeit am Bestimmungsort

24. Das Durchführen eines formellen Bewilligungsverfahrens für ortsfremde Taxidienste stellt eine administrative Marktzugangsbeschränkung dar, die den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM genügen muss. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission fehlt es immer dann an einem öffentlichen Interesse für eine Zusatzbewilligung des Bestimmungsorts, wenn der Kunde selber einen ortsfremden Taxidienst wählt. Der Kunde, der bewusst einen ortsfremden Taxidienst wählt, ist durchaus in der Lage zu beurteilen, ob dieser mit Bezug auf Qualität, Ortskenntnisse und Sicherheit seinen persönlichen Kundenbedürfnissen genügt oder nicht. Gleichzeitig kann der Kunde darauf vertrauen, dass die Mindestanforderungen an die Betriebssicherheit schweizweit durch alle kommunalen und kantonalen Marktzugangsordnungen gewährleistet sind. In dieser Hinsicht haben es die Kantone zudem in der Hand, die Mindestsicherheitsanforderungen für das gesamte Kantonsgebiet bzw. mittels Konkordat auch kantonsübergreifend einheitlich zu regeln.

25. Ortsfremde Taxidienste, die auf Bestellung eines Kunden (z.B. Telefon- und Internetbestellung) oder einer Vermittlungszentrale binnengrenzüberschreitend oder innerhalb des Bestimmungsorts tätig sind, dürfen diese Tätigkeit nach Massgabe der am Herkunftsort ausgestellten Taxichauffeur- und/oder Betriebsbewilligung ausüben. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission wäre es unverhältnismässig, wenn ortsfremde Taxidienste für Tätigkeiten, die auf expliziten Wunsch der Kunden erfolgen, einem zusätzlichen Bewilligungsverfahren der Bestimmungsorte unterstellen würden.

26. Sodann entspricht das Erfordernis spezifischer Ortskenntnisse keinem öffentlichen Interesse, wenn ein Taxidienst binnengrenzüberschreitend tätig ist (BGer Urteil 2C_940/2010 vom 17. Mai 2011, E. 5.3.2). Fährt ein Kunde beispielsweise von der Stadt Zürich in die Stadt Winterthur, so verfügt ein Zürcher Taxidienst über gute Ortskenntnisse in Zürich, nicht aber in Winterthur. Umgekehrt verfügt ein Winterthurer Taxidienst über gute Ortskenntnisse am Zielort Winterthur, nicht aber am Abfahrtsort Zürich. Das Verlangen von Ortskenntnissen für die binnengrenzüberschreitende Tätigkeit würde in der Praxis darauf hinauslaufen, dass nur Taxidienste diese Tätigkeit ausüben dürften, die am Abfahrtsort über eine Bewilligung verfügen. Eine solche Zerstückelung des Marktes für binnengrenzüberschreitende Taxidienste steht nicht im Einklang mit dem Grundgedanken eines Binnenmarktes Schweiz. In diesem Sinne verstösst auch eine kantonale oder kommunale Vorschrift, wonach Vermittlungszentralen keine Aufträge an ortsfremde Taxidienste vermitteln dürfen, gegen Art. 2 Abs. 3 BGBM (BGer Urteil 2C_940/2010 vom 17. Mai 2011, E. 5.3.3).

27. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass es ortsfremden Taxidiensten erlaubt sein muss, nach Massgabe der am Herkunftsort ausgestellten Bewilligungen und ohne Zusatzbewilligung des Bestimmungsorts folgende Tätigkeiten auszuüben:

- a) Ein Taxidienst mit Bewilligung der Gemeinde A (Herkunftsort) darf einen Kunden in eine andere Gemeinde B (Bestimmungsort) transportieren, ohne über eine Bewilligung des Bestimmungsorts zu verfügen (vgl. Annex, Abbildung 2). Diese Form der binnengrenzüberschreitenden Tätigkeit ist bereits heute in den meisten Kantonen und Gemeinden ohne Zusatzbewilligung des Bestimmungsorts möglich.
- b) Ein Taxidienst mit Bewilligung der Gemeinde A (Herkunftsort) darf auf Bestellung eines Kunden oder einer Vermittlungszentrale einen Kunden in einer anderen Gemeinde B abholen (Bestimmungsort), ohne über eine Bewilligung des Bestimmungsorts zu verfügen (vgl. Annex, Abbildung 1). Nicht von Bedeutung ist in diesem Fall, ob der Zielort innerhalb oder ausserhalb der Gemeinde B liegt (z.B. Taxidienst der Stadt Winterthur mit Abfahrts- und Zielort innerhalb der Stadt Zürich oder Taxidienst der Stadt Winterthur mit Abfahrtsort Stadt Kloten und Zielort Stadt Zürich).
- c) Ein Taxidienst mit Bewilligung der Gemeinde A (Herkunftsort) darf nach der Beförderung eines Kunden an einen Zielort ausserhalb seines

Herkunftsorts auf der direkten Rückfahrt auf Begehren (z.B. Handzeichen) hin einen neuen Kunden aufnehmen und an einen Zielort befördern, der ausserhalb der Gemeinde liegt, in der der neue Kunde aufgenommen wurde (sog. Rücktransport, z.B. ein Taxidienst aus dem Kanton Basel-Landschaft befördert einen Kunden in den Kanton Basel-Stadt und nimmt auf der direkten Rückfahrt einen Kunden mit Zielort im Kanton Basel-Landschaft mit, vgl. Annex, Abbildung 2).

28. Diese Marktzugangsrechte für die zusatzbewilligungsfrei zulässige Tätigkeit ortsfremder Taxidienste lassen sich direkt aus Art. 2 Abs. 3 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 BGBM ableiten.

29. Davon zu unterscheiden ist die Tätigkeit ortsfremder Taxidienste, die am Bestimmungsort mittels Nutzung privater Standplätze Kunden akquirieren (vgl. Annex, Abbildung 3) oder auf Begehren von Kunden hin (z.B. Handzeichen) Taxifahrten innerhalb des Bestimmungsorts ausführen (vgl. Annex, Abbildung 2). Es kann grundsätzlich ein öffentliches Interesse bestehen, dass ortsfremde Taxidienste für diese Tätigkeiten über eine Zusatzbewilligung des Bestimmungsorts verfügen (dazu hinten, Rz 33). Die Zusatzbewilligung ist in einem binnenmarktrechtskonformen Bewilligungsverfahren zu erteilen und hat den Anforderungen von Art. 3 BGBM zu genügen (dazu hinten, Rz 34–52). Sieht die Marktzugangsordnung oder die darauf gestützte Praxis des Bestimmungsorts hingegen keine binnenmarktrechtskonforme Zusatzbewilligung vor, muss ortsfremden Taxidiensten gestützt auf Art. 2 Abs. 3 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 BGBM erlaubt sein, nach Massgabe der Herkunftsbewilligung auch am Bestimmungsort mittels Nutzung privater Standplätze Kunden zu akquirieren und Kunden auf Begehren hin mitzunehmen. Die Aufnahme des Kunden hat unter Einhaltung der geltenden Verkehrsregeln zu erfolgen. Unberührt bleibt zudem die Kompetenz der Kantone und Gemeinden, das sog. „Wischen“ (Herumfahren zwecks Anwerben von Kunden) zu verbieten (dazu auch hinten, Rz 60).

30. Im Sinne einer erhöhten Rechtssicherheit wäre es wünschenswert, wenn die zuständigen Kantone und Gemeinden die Marktzugangsrechte für ortsfremde Taxidienste jeweils positiv in ihrem jeweiligen Taxierlass verankern würden. Nur so kann gewährleistet werden, dass sich der ortsfremde Taxidienst über seine Rechte vergewissern kann und dass die Gewerbebehörde vor Ort die Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes korrekt anwendet. Eine Bestimmung über die Marktzugangsrechte ortsfremder Taxidienste könnte beispielsweise wie folgt lauten:

Ortsfremde Taxis, die an ihrem Herkunftsort rechtmässig Taxidienstleistungen erbringen, haben das Recht, nach Massgabe und unter Mitführung der am Herkunftsort ausgestellten Bewilligung

a) *Kundinnen und Kunden nach [Bestimmungsort] zu transportieren und auf der direkten Rückfahrt einen neuen Kunden mit Zielort ausserhalb des [Bestimmungsorts] mitzunehmen;*

- b) *Kundinnen und Kunden auf Bestellung oder Vermittlung hin in [Bestimmungsort] abzuholen und an einen beliebigen Ort zu transportieren;*
- c) *Kundinnen und Kunden unter Beachtung der geltenden Verkehrsregeln und des Anwerbeverbots [Zurufen, Wischen usw.] auf [Begehren / Handzeichen] hin in [Bestimmungsort] mitzunehmen und an einen beliebigen Ort zu transportieren;**
- d) *Kundinnen und Kunden von privaten Standplätzen aus mitzunehmen und an einen beliebigen Ort zu transportieren.**

* Buchstaben c) und d) gelten unter dem Vorbehalt, dass der Bestimmungsort für diese Tätigkeiten keine binnenmarktrechtskonforme Zusatzbewilligung vorsieht.

31. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Vermittlung von ortsfremden Taxidiensten gewinnt mit der Entwicklung von neuen Formen der Taxivermittlung weiter an Bedeutung. Die klassischen Vermittlungszentralen verlangen von den ihnen angeschlossenen Taxifahrern eine fixe monatliche Anschlussgebühr von mehreren hundert Franken und vermitteln dafür über ihren Telefon- und Funkdienst Fahraufträge an die angeschlossenen Taxifahrer. Neue Formen der Vermittlung von Fahraufträgen werden über Smartphone Apps abgewickelt, die den Kunden direkt mit dem geographisch nächsten Taxi verbindet.⁸ Anstatt einer monatlichen Gebühr entrichtet der Taxifahrer dem Betreiber der App eine Gebühr pro ausgeführten Auftrag. Vor dem Hintergrund der genannten Rechtsprechung des Bundesgerichts muss es einem ortsfremden Taxifahrer möglich sein, über eine solche App einen Fahrauftrag ausserhalb der Gemeinde anzunehmen, für die er über eine Bewilligung verfügt. Zur verbesserten Kundentransparenz können die Apps so eingerichtet werden, dass sich der Kunde über Tarife, Herkunftsort, Kundenbewertungen usw. des Taxifahrers informieren kann.

32. Um die Behinderung des Verkehrs an neuralgischen Stellen wie Bahnhöfen zu vermeiden, könnten die Gemeinden neben den traditionellen Taxistandplätzen auch Warteplätze für Taxidienste einrichten, die ihre Kunden auf Bestellung abholen. Solche Taxiwartplätze dürften durch ortsfremde wie auch ortsansässige Taxidienste benutzt werden, die sich auf explizite Bestellung eines Kunden vor Ort befinden. Auf diese Weise würde dem Kunde die Wahl zwischen einem Standplatztaxi und einem allenfalls günstigeren Taxi auf Bestellung ermöglicht.

C.3.2 Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer binnenmarktrechtskonformen Zusatzbewilligung

33. Im Unterschied zur Tätigkeit ortsfremder Taxidienste auf Bestellung des Kunden, verfügt der Kunde am Taxiwartplatz nur limitiert über die Möglichkeit, das Taxi nach seinen eigenen Kundenbedürfnissen auszuwählen.

⁸ Neue Zürcher Zeitung NZZ vom 31. Dezember 2011, „Taxi-Zentralen in Zürich erhalten Konkurrenz“; beispielsweise bieten myTaxi (www.mytaxi.net) und Taxi4U (www.taxi4u.ch) solche Applikationen in der Stadt Zürich an.

Ein Kunde, der schnell ein Taxi vor einem Standplatz benötigt, muss darauf vertrauen können, dass der Taxidienst die notwendigen Anforderungen mit Bezug auf Qualität, Ortskenntnisse und Sicherheit erfüllt. Das Gleiche gilt grundsätzlich für Kunden, die ein vorbeifahrendes Taxi anhalten und innerhalb derselben Gemeinde transportiert werden möchten. Aus diesem Grund können ortsfremde Taxidienste, die über eine gewerbliche (Zweit-)Niederlassung am Bestimmungsort oder vom Herkunftsort aus am Bestimmungsort durch die Nutzung von Standplätzen vor Ort Kunden anwerben, einer Bewilligungspflicht (Zusatzbewilligung) unterstellt werden. Dies gilt sowohl mit Bezug auf die Taxichauffeur- als auch die Betriebsbewilligung. Im Folgenden wird zwischen diesen beiden Bewilligungstypen nicht weiter unterschieden.

34. Im Rahmen der Prüfung eines Bewilligungsgesuchs ist jedoch zu beachten, dass der ortsfremde Taxidienst gestützt auf das Herkunftsprinzip grundsätzlich über einen Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung verfügt, sofern er an seinem Herkunftsort rechtmässig Taxidienstleistungen erbringen darf und dort auch tatsächlich tätig ist. Der Anspruch auf eine Betriebs- und/oder Taxichauffeurbewilligung richtet sich nach Art. 4 Abs. 1 BGBM (Anerkennung von Fähigkeitsausweisen) i.V.m. Art. 2 Abs. 3 BGBM (grenzüberschreitende Tätigkeit) und Art. 2 Abs. 4 BGBM (Begründung einer Niederlassung).

35. Der Anspruch auf eine Bewilligung gilt nicht absolut. Ob eine bestimmte Bewilligungsvoraussetzung des Bestimmungsorts gegenüber einem ortsfremden Taxidienst durchgesetzt werden darf, muss von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der Vorschriften des Herkunftsorts (Gleichwertigkeitsvermutung) und den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM geprüft werden. Der Bestimmungsort kann somit ein *binnenmarktrechtskonformes Bewilligungsverfahren* für ortsfremde Taxidienste einführen.

36. Im Rahmen eines binnenmarktrechtskonformen Bewilligungsverfahrens muss die zuständige Behörde des Bestimmungsorts in einem ersten Schritt prüfen, ob der ortsfremde Taxidienst an seinem Herkunftsort rechtmässig Taxidienstleistungen erbringen darf. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die Marktzugangsordnungen für Taxidienste am Herkunfts- und am Bestimmungsort mit Bezug auf die zu schützenden öffentlichen Interessen gleichwertig sind. Dabei ist zu beachten, dass der Gesetzgeber in Art. 2 Abs. 5 BGBM eine Gleichwertigkeitsvermutung verankert hat. Nur wenn die Taxivorschriften des Herkunftsorts klarerweise keinen gleichwertigen Schutz der in Frage stehenden öffentlichen Interessen gewährleisten, darf die zuständige Behörde des Bestimmungsorts unter Beachtung der Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zusätzliche Bewilligungsvoraussetzungen auf ortsfremde Taxidienste anwenden.

37. Dieses Prüfschema gilt mit Bezug auf jede Bewilligungsvoraussetzung, die ein Bestimmungsort gegenüber einem ortsfremden Taxidienst anwendet. Die vorliegende Empfehlung beschränkt sich in der Folge jedoch auf eine Prüfung der wichtigsten Bewilligungsvor-

aussetzungen, wie sie in den dieser Empfehlung zugrunde liegenden Erlassen enthalten sind.

38. Viele kantonale und kommunale Marktzugangsordnungen für Taxidienste sehen als Bewilligungsvoraussetzung vor, dass der Antragsteller über einen *Wohnsitz* oder eine gewerbliche *Niederlassung* am Bestimmungsort verfügt. Beispielsweise erteilen die Gemeinden im Kanton Bern Betriebsbewilligungen nur an natürliche Personen, die ihren Wohnsitz in der bewilligenden Gemeinde haben bzw. nur an juristische Personen, sofern ein Mitglied eines Organs den Wohnsitz in der bewilligenden Gemeinde hat (Art. 7 BE TaxiV; so auch Art. 4 Abs. 1 Bst. e und Art. 5 Bst. a Stadt Zürich Taxivorschriften; § 6 Abs. 1 Bst. e BS TaxiG; § 4 Abs. 1 Bst. b BL E-TaxiG). Dies führt dazu, dass jeder Taxidienst nur in seiner Herkunftsgemeinde tätig werden darf und der Marktzugang in anderen Gemeinden verwehrt bleibt.

39. Der Gesetzgeber hat in Art. 3 Abs. 2 Bst. c BGBM explizit festgehalten, dass eine Beschränkung unverhältnismässig ist, wenn zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgängig die Niederlassung oder der Sitz am Bestimmungsort verlangt wird. Entsprechend stellt das Wohnsitz- bzw. Niederlassungserfordernis gegenüber ortsfremden Taxidiensten eine unzulässige Marktzugangsschranke dar (BGer Urteil 2P.191/2004 vom 10. August 2005 E. 6.5).

40. Anders als bei der Tätigkeit auf Bestellung des Kunden kann für Taxitransporte ab einem Standplatz der Stadt Zürich aufgrund deren Grösse ein öffentliches Interesse dafür bestehen, dass der Taxichauffeur über gewisse *Ortskenntnisse* verfügt (BGer Urteil 2C_940/2010 vom 17. Mai 2011 E. 5.3.2). Entsprechend kann für die Erteilung einer Betriebs- und/oder Taxichauffeurbewilligung an einen ortsfremden Taxidienst grundsätzlich verlangt werden, dass die Chauffeure über Ortskenntnisse im Gebiet des Bestimmungsorts verfügen (§ 11 Abs. 2 BS TaxiG). Ein öffentliches Interesse für Ortskenntnisse besteht jedoch nur in grossen Schweizer Städten, die besondere Verkehrsregeln und Verkehrsführungen für Taxis vorsehen. In kleinen Gemeinden und Kleinstädten ist es auch Taxifahrern ohne bestimmte Ortskenntnisse – allenfalls mit Hilfe eines Navigationsgerätes – möglich, einen Zielort anzufahren.

41. Verschiedene Marktzugangsordnungen sehen weiter eine gewisse *Berufserfahrung* im Taxi- oder Personentransportgewerbe als Voraussetzung für eine Betriebsbewilligung vor. So verlangt beispielsweise Art. 4 Abs. 1 Bst. d Stadt Zürich Taxivorschriften, dass der Antragsteller für eine Betriebsbewilligung in den drei Jahren unmittelbar vor der Gesuchstellung ununterbrochen hauptberuflich im stadtzürcherischen Taxigewerbe tätig war (ähnlich § 6 Abs. 1 Bst. c und d BS TaxiG). Mit dem Binnenmarktgesetz nicht vereinbar ist die Voraussetzung, dass die Berufserfahrung an einem bestimmten Ort erworben sein muss. Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM sieht explizit vor, dass die am Herkunftsort erworbene Berufserfahrung mit Bezug auf jegliche Form von Marktzugangsbeschränkungen zu berücksichtigen ist. Sodann ist zumindest zweifelhaft, ob die notwendige Sicherheit und Qualität eines Taxibetriebs nur garantiert werden

kann, wenn der Inhaber des Betriebs über eine dreijährige Berufserfahrung im Taxigewerbe verfügt.⁹ Die Durchsetzung eines solchen Erfordernisses gegenüber ortsfremden Inhabern einer Betriebsbewilligung ist nur möglich, wenn der Bestimmungsort darlegt, inwiefern dieses Erfordernis die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllt.

42. Viele Marktzugangsordnungen sehen vor, dass Taxidienste gewisse *Sicherheits- und Qualitätsanforderungen* einhalten (Art. 4 Abs. 1 Bst. b Stadt Zürich Taxivorschriften; § 6 Abs. 1 Bst. f BS TaxiG; Art. 10 Winterthur E-TaxiV). Auch Vorschriften betreffend *Erscheinungsbild* und *Ausrüstung* sind weit verbreitet (§ 6 Abs. 2-5 BL E-TaxiG). Marktzugangsordnungen im Taxiwesen können beispielsweise vorsehen, dass ein Taxi als solches erkennbar sein muss, dass der Firmenname des Taxidienstes, die Tarife und die Taxameteruhr gut sichtbar sind, dass eine Taxilampe angebracht oder dass ein Fahrtenkontrollbuch vorhanden ist. Solche Vorschriften können zum Schutz öffentlicher Interessen erforderlich sein und dürfen entsprechend auch auf ortsfremde Taxidienste angewendet werden. Die Durchsetzung solcher Bewilligungsvoraussetzungen gegenüber ortsfremden Taxidiensten setzt aber voraus, dass derselbe Schutz nicht schon durch die Bestimmungen des Herkunftsorts gewährleistet ist, dass die Bewilligungsvoraussetzungen diskriminierungsfrei angewendet werden (Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 BGBM) und dass es sich dabei nicht um verdeckte Marktzutrittsschranken zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen handelt (Art. 3 Abs. 3 BGBM). Eine Gemeinde kann von ortsfremden Taxidiensten daher nicht verlangen, dass diese eine ganz bestimmte Taxilampe oder eine ganz bestimmte Kennzeichnung verwenden. Gleichwertige Kennzeichnungen ortsfremder Taxidienste sind grundsätzlich anzuerkennen.

43. Schliesslich ist darauf zu achten, dass die Umsetzung von allenfalls berechtigten Bewilligungsvoraussetzungen den Anforderungen von Art. 3 BGBM genügt. Beispielsweise ist zwecks Überprüfung der Einhaltung zulässiger Sicherheitsbestimmungen nicht erforderlich, dass ein als Taxi bewilligtes Fahrzeug in einem bestimmten Kanton zu *immatrikulieren* ist (z.B. § 6 Abs. 1 BL E-TaxiG). Eine solche Immatrikulierungspflicht wirkt sich als unzulässige Marktzutrittsschranke für ortsfremde Taxidienste aus, die ihr Taxi bereits in ihrem Herkunftskanton immatrikuliert haben.

44. Fraglich ist ebenfalls, ob ein ortsfremder Taxidienst zwecks Überprüfung der fachlichen Eignung einer *Taxiprüfung* unterzogen werden darf (Art. 12 Abs. 2 Bst. b Stadt Zürich Taxivorschriften; § 12 BS TaxiG; Art. 3 Abs. 1 Bst. d Winterthur E-TaxiV). Grundsätzlich ist das möglich, sofern (i) der Herkunftsort keine gleichwertige Vorschriften vorsieht und (ii) eine solche Prüfung zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich ist. Die Prüfung müsste zudem (iii) auch für ortsansässige Taxihalter gelten und (iv) verhältnismässig sein. Beispielsweise wäre es nicht zulässig, ortsfremde Taxihalter einer strengeren oder prohibitiv auswirkenden Ortskundeprüfung zu unterziehen. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung sind ausserdem die persönlichen Umstände und insbesondere die Berufserfahrung des ortsfremden Taxihalters zu berücksichtigen (Art. 3

Abs. 2 BGBM; vgl. auch Art. 4 Abs. 3 BGBM). Der Prüfungsinhalt muss sich auf Kenntnisse und Fähigkeiten beschränken, die nicht bereits durch das Bewilligungsverfahren am Herkunftsort oder durch die Berufserfahrung des ortsfremden Taxidienstes sichergestellt worden sind. In Frage kommt somit höchstens eine angepasste Prüfung für ortsfremde Taxidienste unter Berücksichtigung der Vorschriften des Herkunftsorts sowie der individuellen Berufserfahrung des Antragstellers.

45. Weiter ist die Erteilung einer Betriebs- und/oder Taxichauffeurbewilligung oftmals an *persönliche Bewilligungsvoraussetzungen* geknüpft. Verschiedene Marktzugangsordnungen setzen voraus, dass Taxichauffeure über einen einwandfreien Leumund verfügen (Art. 7 Abs. 1 BE TaxiV; § 6 Abs. 1 Bst. b BS TaxiG; Art. 4 Abs. 1 Bst. a und 12 Abs. 3 Stadt Zürich Taxivorschriften). Kernanliegen solcher Bestimmungen ist, dass die Kundschaft vor gefährlichen Taxichauffeuren geschützt werden soll. Weiter sehen verschiedene Marktzugangsordnungen im Taxiwesen vor, dass gegen den Taxidienst keine Verlustscheine oder keine Betreibungen im grossen Umfang vorliegen dürfen (§ 6 Abs. 3 BS TaxiG; § 4 Abs. 2 Bst. a BL E-TaxiG).

46. Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts erfasst die Gleichwertigkeitsvermutung neben den fachlichen auch die persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen wie Leumund, Charakter, Vertrauenswürdigkeit, Ehrenhaftigkeit usw.; eine Rücküberprüfung durch den Bestimmungsort ist nur zulässig, sofern konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Antragsteller die persönlichen Voraussetzungen des Herkunftsorts bereits zum Zeitpunkt der Erstbewilligung nicht erfüllte oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt (BGer Urteil 2C_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 4.1). Massgebend sind die persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen des Herkunftsorts.

47. Der Bestimmungsort darf seine eigenen persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen gegenüber ortsfremden Taxidiensten nur dann anwenden, wenn die Vorschriften des Herkunftsorts keinen gleichwertigen Schutz gewährleisten und der ortsfremde Antragsteller nicht bereits genügend Nachweise und Sicherheiten am Herkunftsort erbracht hat (Art. 3 Abs. 2 Bst. b BGBM). Die persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen des Bestimmungsorts müssen zudem zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein. Entsprechend darf einem ortsfremden Taxidienst die Bewilligung nur verweigert werden, wenn eine früher begangene Straftat erhebliche Zweifel an der Eignung als Taxifahrer aufwirft. Dies ist namentlich bei groben Verkehrsdelikten der Fall oder wenn ein Taxifahrer gegenüber seiner Kundschaft straffällig geworden ist (vgl. z.B. § 4 Abs. 2 Bst. b BL E-TaxiG). Hingegen besteht kein öffentliches Interesse für die Verweigerung der Erteilung einer Bewilligung an ortsfremde Taxifahrer wegen einer Verurteilung für eine Straftat, die nicht im Zu-

⁹ Siehe zur Berufserfahrung als Bewilligungsvoraussetzung auch Empfehlung der Wettbewerbskommission betreffend Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung, RPW 2001/1, 167 ff. Rz 22 ff.

sammenhang mit der Taxitatigkeit steht. Weiter ist nicht ersichtlich, welches iberwiegende öffentliche Interesse mit Bonitatsanforderungen geschützt werden soll. Verlustscheine oder Betreibungen führen nicht zwingend dazu, dass ein Taxidienst Sicherheits- und Qualitätsstandards nicht einhalten kann. Gegenüber ortsfremden Taxidiensten stellen solche Voraussetzungen deshalb eine unzulässige Marktzugangsbeschränkung dar.

48. Schliesslich stellt sich die Frage, wie eine *Beschränkung der Anzahl Betriebsbewilligungen* im Lichte des Binnenmarktgesetzes zu beurteilen ist. Für die Beurteilung der Zulässigkeit einer solchen Kontingentierung muss unterschieden werden, ob die kontingentierten Bewilligungen gleichzeitig ein Recht zur Nutzung von öffentlichen Standplätzen enthalten oder nicht. Während die Begrenzung der Anzahl Konzessionen zur Nutzung öffentlicher Standplätze binnenmarktrechtskonform ausgestaltet werden kann (dazu hinten, Rz 56 ff.), dürfte die Begrenzung der Anzahl Betriebsbewilligungen in aller Regel eine unzulässige Marktzugangsbeschränkung darstellen.

49. Im Entwurf der Taxiverordnung Stadt Winterthur ist eine Betriebsbewilligung vorgesehen, die dem Inhaber erlaubt einen Taxidienst zu betreiben und sowohl öffentliche als auch private Standplätze zu benützen (Art. 2 Winterthur E-TaxiV). Die Anzahl dieser Bewilligungen ist beschränkt (Art. 8 Abs. 1 Winterthur E-TaxiV; vgl. auch Art. 6 Stadt Zürich Taxivorschriften). Die Kontingentierung wird damit begründet, dass ein Unter- oder Überangebot vermieden werden und die Anzahl Taxidienste mit den vorhandenen Standplätzen abgestimmt werden soll. Es obliegt nicht der Wettbewerbskommission zu beurteilen, ob eine solche Regelung ganz grundsätzlich mit der Wirtschaftsfreiheit bzw. den Einschrankungsvoraussetzungen nach Art. 36 BV vereinbar ist. Aus binnenmarktrechtlicher Sicht jedoch stellt eine Kontingentierung eine unverhältnismässige und damit unzulässige Einschränkung des Anspruchs auf Marktzugang ortsfremder Taxidienste dar.¹⁰ Um eine übermässige Nutzung der beschränkt verfügbaren öffentlichen Standplätze zu kontrollieren, ist es nicht erforderlich, die Anzahl Betriebsbewilligungen per se zu begrenzen. Vielmehr bestünde die weniger einschneidende Möglichkeit, die Betriebsbewilligungen separat von den Konzessionen für die Nutzung öffentlicher Standplätze zu vergeben. Beispielsweise wird gemäss § 5 BS TaxiG zwischen Betriebsbewilligungen A und B unterschieden, wobei nur die Bewilligung A zur Benützung der öffentlichen Standplätze berechtigt. Gestützt auf diese Unterteilung der Bewilligungstypen sehen verschiedene Marktzugangsordnungen vor, dass die Anzahl der Bewilligungen A aus verkehrspolizeilichen Gründen kontingentiert werden darf.¹¹ Auf diese Weise haben ortsansässige und ortsfremde Taxidienste, die über eine Betriebsbewilligung (Bewilligung B) aber keine Konzession zur Nutzung öffentlicher Standplätze (Bewilligung A) verfügen, die Möglichkeit, Taxifahrten auf Bestellung hin oder von privaten Standplätzen aus anzubieten. In diesem Zusammenhang ist auch auf eine Studie der OECD zu verweisen, wonach eine regulatorische Beschränkung der Anzahl Taxidienste weder volkswirtschaftlich noch wettbewerbspolitisch zu begrüssen ist.¹²

50. Gemäss Art. 4 Winterthur E-TaxiV sind Bewilligungsinhaber zudem verpflichtet, die Bewilligung während mindestens 20 Stunden pro Woche zu nutzen (ähnlich auch Art. 9 Stadt Zürich Taxivorschriften, wonach eine Betriebsbewilligung nicht länger als 14 Tage ungenutzt bleiben darf). Diese Vorschrift wirkt sich für ortsfremde Taxidienste als erhebliche Marktzutrittschranke aus, soweit nur die Tätigkeit in der Stadt Winterthur an das *Mindestnutzungserfordernis* angerechnet wird. Solche Mindestnutzungserfordernisse können zu einer effektiven Marktaufteilung führen, wenn beispielsweise umliegende Gemeinden dasselbe Erfordernis vorsehen. So könnte ein Taxidienst maximal über Bewilligungen in zwei Gemeinden verfügen, was gegen den Grundgedanken eines Binnenmarktes Schweiz und das Verbot von verdeckten Marktzutrittschranken (Art. 3 Abs. 3 BGBM) verstösst.

51. Weiter sieht Art. 1 Abs. 2 Winterthur E-TaxiV vor, dass Betriebsbewilligungen nur an natürliche Personen ausgestellt werden. Diese Voraussetzung kann gegenüber juristischen Personen, die an einem Herkunftsort eine Betriebsbewilligung erhalten haben, nicht durchgesetzt werden. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern ein Bewilligungsverbot für juristische Personen zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein soll.

52. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass über ein Bewilligungsgesuch eines ortsfremden Taxidienstes in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden ist (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Entsprechend darf gegenüber ortsfremden Anbietern für die erstmalige Bewilligungserteilung sowie eine allfällige Eignungsprüfung keine Gebühr erhoben werden (BGE 125 II 56 E. 5b; 136 II 470 E. 5.3; zur sog. „Inländerdiskriminierung“ vgl. BGer Urteil 2C_204/2010 vom 24. November 2011 E. 8.3 i.V.m. E. 7.1). Davon unberührt ist eine allfällige Konzessionsgebuhr für die Nutzung öffentlicher Taxi-standplätze.

C.4 Regulierung der Erbringung von Taxidienstleistungen

53. Neben den eigentlichen Marktzugangsvorschriften bestehen in verschiedenen Kantonen und Gemeinden Vorschriften über die Art und Weise, wie ortsansässige und ortsfremde Taxidienste ihre Dienstleistung erbringen und Kunden anwerben dürfen. Im Vordergrund steht dabei die Nutzung von Taxi-standplätzen, wobei zwischen Standplätzen auf öffentlichem Grund und Standplätzen auf privatem Grund zu unterscheiden ist.

¹⁰ Dazu auch Botschaft BGBM (Fn 3), 1227: „[Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs] zielt auf die Beseitigung von Hindernissen, welche in erster Linie die Zahl der Anbieterinnen und Anbieter von Dienstleistungen beschränken (z.B. durch Konzessionserteilungen).“

¹¹ Siehe z.B. Art. 9 Taxireglement der Stadt St. Gallen vom 27. September 1994, sRS 713.1.

¹² OECD Policy Roundtables, Taxi Services: Competition and Regulation 2007, S. 11, 51 ff.: „Les restrictions concernant l'accès au marché des taxis représentent une entrave abusive à la concurrence. Le détournement de la réglementation au profit d'intérêts particuliers indique dans bien des cas que ces restrictions aboutissent à d'importants transferts du consommateur vers le fournisseur, à des distorsions économiques et, partant, à des pertes sèches.“, erhältlich auf www.oecd.org/dataoecd/49/27/41472612.pdf.

54. Kantone und Gemeinden haben die Möglichkeit, auf ihrem Hoheitsgebiet *öffentliche Taxistandplätze* zu schaffen. Die zuständige Behörde kann für die Nutzung der öffentlichen Standplätze eine Bewilligungspflicht vorsehen. Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, allen Taxidiensten mit Betriebsbewilligung gleichzeitig das Recht zur Nutzung öffentlicher Standplätze einzuräumen, oder aber Konzessionen für die Nutzung öffentlicher Standplätze separat von der Betriebsbewilligung zu erteilen. Letztere Variante wird in der Praxis mittels A-Bewilligungen und B-Bewilligungen umgesetzt, wobei die A-Bewilligung gegenüber der B-Bewilligung das Recht zur Nutzung öffentlicher Standplätze mit umfasst.

55. Aus Sicht des Binnenmarktgesetzes sind beide Variante grundsätzlich nicht zu beanstanden. Es gilt jedoch zu beachten, dass gemäss Art. 2 Abs. 3 BGBM und unter Vorbehalt von Art. 3 BGBM auch ortsfremden Taxidiensten ohne Wohnsitz oder Niederlassung ein Nutzungsrecht im gleichen Umfang zusteht, sofern sie über eine Betriebsbewilligung des Bestimmungsorts gemäss Rz 33 ff. verfügen.

56. Verschiedene Kantone und Gemeinden beschränken die Anzahl der verfügbaren Konzessionen für die Nutzung öffentlicher Standplätze (A-Bewilligungen). Mit dieser Massnahme soll eine geordnete Nutzung des beschränkt zur Verfügung stehenden öffentlichen Grundes erreicht werden.

57. Eine Kontingentierung der Konzessionen für die Nutzung öffentlicher Standplätze stellt eine Marktzutrittsbeschränkung dar und muss daher den Vorgaben des Binnenmarktgesetzes genügen. Wie bereits vorstehend ausgeführt, darf eine Kontingentierung der Nutzungsrechte für öffentliche Standplätze nicht dazu führen, dass auch die Anzahl Betriebsbewilligung zahlenmässig beschränkt wird (dazu vorne, Rz 49).

58. Sodann besteht für die Gemeinden die Pflicht, bei der Erteilung von Konzessionen für die Nutzung öffentlicher Taxistandplätze ortsansässige und ortsfremde Anbieter gleichermaßen zu berücksichtigen. Dabei kann offen gelassen werden, ob die Begründung von Taxistandplätzen auf öffentlichem Grund als Sondernutzung oder als gesteigerter Gemeingebrauch zu qualifizieren ist. Bei der Erteilung von Bewilligungen für den gesteigerten Gemeingebrauch ist es den Gemeinden untersagt, ortsansässige Anbieter gegenüber ortsfremden Anbietern zu bevorzugen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM; vgl. BGE 132 I 97 E. 2.2). Bei der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen greift zudem Art. 2 Abs. 7 BGBM. Gemäss dieser Bestimmung hat die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen. Nach ständiger Praxis der Wettbewerbskommission findet diese Ausschreibungspflicht nicht nur auf die Übertragung der Nutzung von rechtlichen Monopolen, sondern auch von faktischen Monopolen Anwendung.¹³ Entsprechend hat die Verteilung von Konzessionen zur Nutzung von öffentlichen Taxistandplätzen auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen. Dafür ist die Geltungsdauer der Konzessionen zeitlich zu befristen und nach Ablauf neu auszuschreiben. Die Ausgestaltung der Ausschreibungsmodalitäten bleibt grundsätzlich der ausschreibenden Stelle überlassen, wobei sich eine analoge

Anwendung der (inter-)kantonalen Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen anbieten würde.¹⁴

59. Neben der Nutzung von Standplätzen auf öffentlichem Grund muss es ortsfremden Taxidiensten auch möglich sein, unter denselben Voraussetzungen wie ortsansässige Taxidienste auf Taxistandplätze auf privatem Grund zurückzugreifen.

60. Schliesslich bleibt der Bestimmungsort im Rahmen von Art. 3 BGBM frei, ortsfremde Taxidienste den lokal geltenden verkehrspolizeilichen Vorschriften bezüglich das Taxiwesen zu unterstellen, wie beispielsweise das Verbot der Nutzung öffentlicher Parkplätze oder das Verbot des langsamen und wiederholtem Herumfahrens zwecks Anwerben von Kunden (sog. „Wischen“). Voraussetzung für die Zulässigkeit solcher Verbote ist insbesondere, dass diese gegenüber ortsfremden und ortsansässigen Taxidiensten gleich gelten und auch gleich konsequent durchgesetzt werden.

D Empfehlungen

61. Aufgrund dieser Erläuterungen gibt die Wettbewerbskommission den Kantonen Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, sowie den Städten Zürich und Winterthur gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGBM folgende Empfehlungen ab:

1. Ortsfremde Taxidienste, die an ihrem Herkunftsort in der Schweiz rechtmässig Taxidienstleistungen erbringen, sollen folgende Tätigkeiten ohne Zusatzbewilligung ausüben dürfen:
 - a. Kunden auf Bestellung (z.B. Telefon- oder Internetbestellung; Bestellung durch Vermittlungszentrale) abholen und an einen beliebigen Zielort transportieren (vgl. Annex, Abbildung 1);
 - b. Nach Beförderung eines Kunden in das Hoheitsgebiet der Empfehlungsadressaten einen neuen Kunden auf Begehren (Spontanaufnahme z.B. durch Handzeichen) hin aufnehmen und an einen Zielort ausserhalb des Hoheitsgebiets der Empfehlungsadressaten transportieren, sofern die Aufnahme auf dem direkten Rückweg sowie unter Beachtung der lokal geltenden verkehrspolizeilichen Vorschriften erfolgt (vgl. Annex, Abbildung 2).
2. Ortsfremde Taxidienste, die an ihrem Herkunftsort in der Schweiz rechtmässig Taxidienstleistungen erbringen, können einer Zusatzbewilligungspflicht (Taxichauffeur- und Taxibetriebsbewilligungen) unterstellt werden, wenn sie von ihrem Herkunftsort aus oder mittels Begründung einer (Zweit-)Niederlassung folgende Tätigkeiten ausüben möchten:

¹³ Weko-Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, RPW 2011/2, 345 ff., Rz 26 ff.

¹⁴ Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465 ff., 486.

- a. Nach Beförderung eines Kunden in das Hoheitsgebiet der Empfehlungsadressaten einen neuen Kunden auf Begehren hin aufnehmen und an einen Zielort innerhalb des Hoheitsgebiets der Empfehlungsadressaten transportieren, sofern die Aufnahme auf dem direkten Rückweg sowie unter Beachtung der lokal geltenden verkehrspolizeilichen Vorschriften erfolgt (vgl. Annex, Abbildung 2).
 - b. Kunden von Standplätzen aus anwerben und an einen beliebigen Zielort transportieren (vgl. Annex, Abbildung 3);
3. Das Verfahren zum Erlangen einer Zusatzbewilligung (Taxichauffeur- und Taxibetriebsbewilligungen) soll für ortsfremde Taxidienste binnenmarktrechtskonform ausgestaltet werden, d.h.
- a. die eigenen Bewilligungsvoraussetzungen dürfen nur angewendet werden, wenn (i) der Herkunftsort keine gleichwertige Marktzugangsordnung vorsieht (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und wenn die eigenen Bewilligungsvoraussetzungen (ii) gleichermassen für ortsansässige Personen gelten sowie (iii) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und (iv) verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 BGBM);
 - b. im Rahmen des Bewilligungsverfahrens ist die praktische Tätigkeit des ortsfremden Taxidienstes an seinem Herkunftsort angemessen zu berücksichtigen (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Art. 4 Abs. 3 BGBM);
- c. die Bewilligung ist in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu erteilen (Art. 3 Abs. 4 BGBM);
 - d. die Zusatzbewilligungen für ortsfremde Taxidienste sollen nicht zahlenmässig beschränkt werden.
4. Ist keine oder keine binnenmarktrechtskonforme Zusatzbewilligung für ortsfremde Taxidienste vorgesehen, dürfen ortsfremde Taxidienste auch Kunden auf Begehren (Handzeichen) hin innerhalb des Hoheitsgebiets der Empfehlungsadressaten transportieren und einen Taxibetrieb auf der Basis von privaten Standplätzen führen.
5. Konzessionen für die Nutzung öffentlicher Taxistandplätze sollen binnenmarktrechtskonform erteilt werden, d.h.
- a. unabhängig davon, ob es sich um ortsansässige Taxidienste oder um ortsfremde Taxidienste (mit Zusatzbewilligung) handelt;
 - b. im Falle einer Kontingentierung sollen Konzessionen diskriminierungsfrei und transparent vergeben und zeitlich befristet werden.
6. Die Marktzugangsrechte ortsfremder Taxidienste sollen positiv im jeweiligen Erlass über das Taxigewerbe verankert werden.
62. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass jegliche Formen von Marktzugangsbeschränkungen für ortsfremde Taxidienste als Verfügung zu erlassen sind (Art. 9 Abs. 1 BGBM) und die Verfügung unaufgefordert der Wettbewerbskommission zuzustellen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM).

Annex

- > Tätigkeit ohne Zusatzbewilligung der Gemeinde B zulässig
-> Tätigkeit kann von der Gemeinde B einer Zusatzbewilligung unterstellt werden

Abbildung 1: Abholen eines Kunden in einer anderen Gemeinde auf Bestellung und Transport an einen beliebigen Zielort

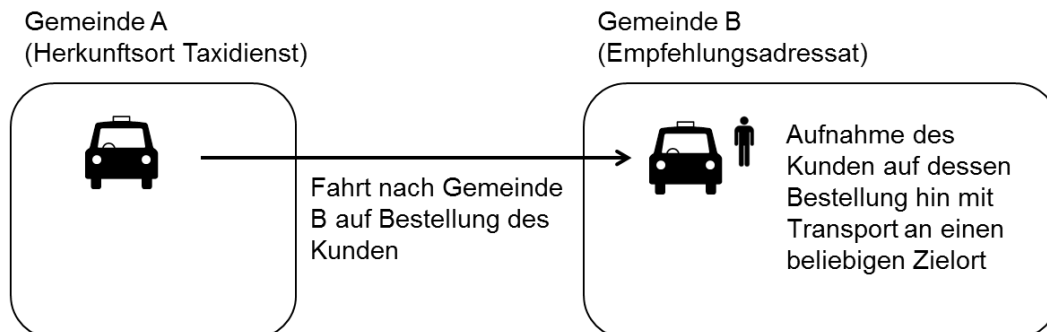


Abbildung 2: Transport eines Kunden in eine andere Gemeinde und Aufnahme eines neuen Kunden auf Begehren

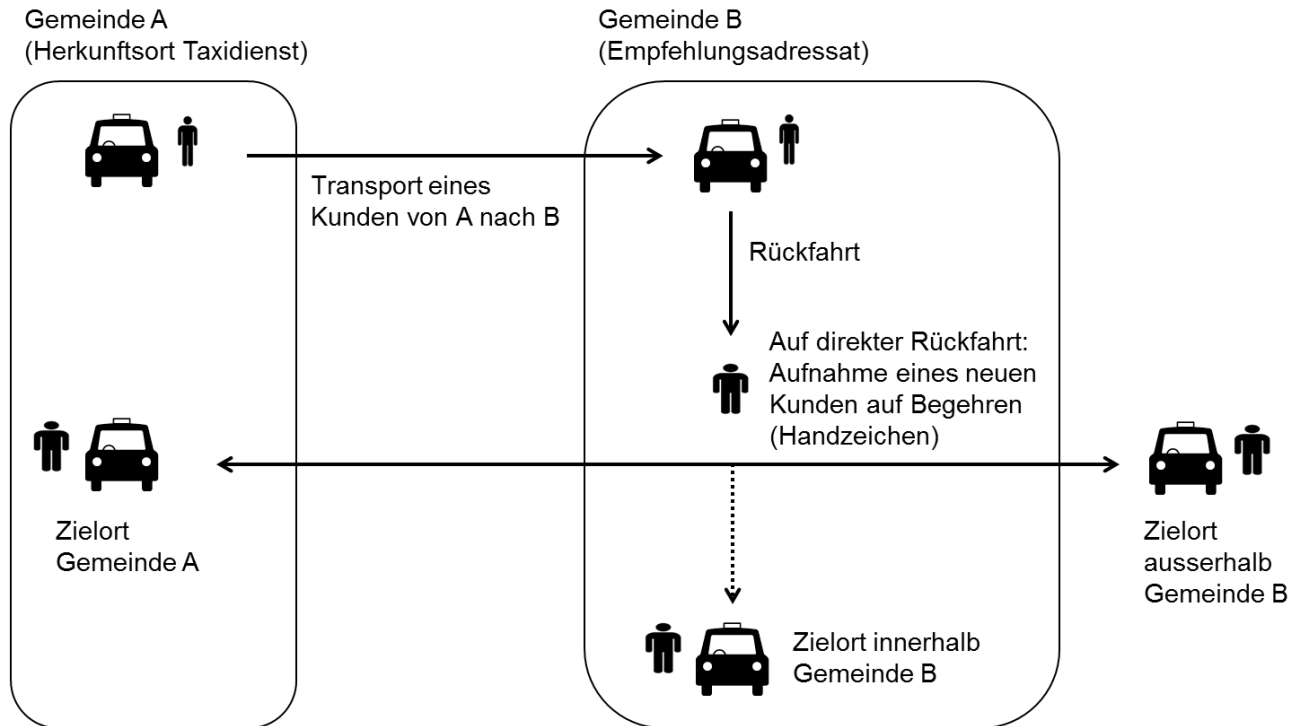
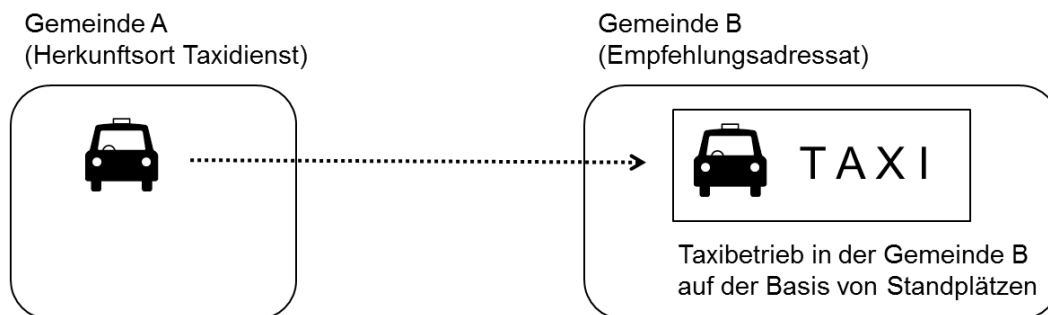


Abbildung 3: Taxibetrieb in einer anderen Gemeinde auf der Basis von privaten Standplätzen (Gemeinde B kann eine Taxibetriebsbewilligung verlangen) und/oder öffentlichen Standplätzen (Gemeinde B kann eine Taxibetriebsbewilligung und eine Standplatzkonzession verlangen)



B 7	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali
B 7	1. Arrêt du 27 mars 2012 de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève dans la cause M. J.-B. May et May Taxi & Limousine S.A. et Commission de la concurrence contre Service du commerce

Arrêt du 27 mars 2012 (A/63/2011-Taxis) de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève dans la cause M. J.-B. May et May Taxi & Limousine S.A., représentés par Me Nicolas lynedjian, avocat, et Commission de la concurrence contre Service du commerce

EN FAIT

1. Monsieur Jean-Bernard May est administrateur unique de la société anonyme May Taxi & Limousine S.A. (ci-après: la société), dont le siège est à Verbier dans la commune de Bagnes (Valais), et qui est inscrite au registre du commerce du Bas-Valais.

Il exploite sous cette dénomination une compagnie de taxis qui transporte des passagers depuis ou vers la région de Verbier, à destination ou en provenance de différents cantons suisses (Valais, Genève, Vaud, Zurich, Bâle-Ville, Fribourg, Lucerne), voire de l'étranger.

Il est titulaire depuis plusieurs années d'une autorisation dénommée «concession de taxis» délivrée par la commune de Bagnes, contre paiement d'une taxe fixe de CHF 100.- par an et par véhicule. L'autorisation 2011 inclut les onze véhicules détenus par la société.

2. Le 28 mars 2008, le département des affaires régionales, de l'économie et de la santé (ci-après: DARES, anciennement dénommé département de l'économie et de la santé), les représentants de l'Association Taxis suisses, ainsi que la commission de la concurrence (ci-après: COMCO) se sont rencontrés à Genève pour discuter des conditions d'accès à l'Aéroport International de Genève (ci-après: AIG) des taxis en provenance d'autres cantons suisses venant prendre en charge des clients. A l'issue de cette séance, les parties présentes ont donné mission au secrétariat de la COMCO d'analyser de manière approfondie les effets de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02) sur la réglementation genevoise et sur la question de savoir si celle-ci devait être modifiée pour motif de conformité au droit fédéral.

3. Le 10 juillet 2008, le secrétariat de la COMCO a transmis au DARES le résultat de ses recherches sous la forme d'un avis de droit.

Cet avis était limité aux effets de la LMI sur l'accès au marché des offreurs externes au canton de Genève, venant prendre en charge des clients sur appel. L'exercice régulier d'un service de taxis de tels offreurs sur le territoire genevois n'était pas abordé.

Pour le secrétariat de la COMCO, l'obligation faite par le canton de Genève aux offreurs externes d'obtenir une autorisation pour prendre en charge des clients sur appel sur le territoire genevois n'était pas compatible avec la LMI, si ceux-là disposaient d'une autorisation valable délivrée par le lieu de leur siège ou de leur établissement. Il en allait de même de l'obligation qui leur incombaient de faire vérifier et enregistrer leurs commandes sur appel avant la prise en charge de clients à l'AIG. Enfin, l'absence de places de stationnement pouvant être gratuitement utilisées par les offreurs externes pour prendre en charge leurs clients, de même que l'émolument annuel de CHF 400.- qui leur était demandé pour régulariser cette situation, étaient contraires au droit fédéral.

4. Par décision du 11 mars 2010, le service du commerce (ci-après: Scm) a infligé à M. May une amende de CHF 200.- en application de l'art. 45 du règlement d'exécution de la loi sur les taxis et limousines (transport professionnel de personnes au moyen de voitures automobiles; RTaxis - H 1 30.01).

Lors de deux contrôles effectués à l'AIG les 19 décembre 2009 et 23 janvier 2010, le Scm avait constaté qu'un taxi de la société ne disposait pas d'autorisation genevoise pour prendre en charge des clients à cet endroit.

5. Le 12 avril 2010, la COMCO a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif, devenu depuis le 1er janvier 2011 la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après: la chambre administrative), et conclu à ce que son illégalité soit constatée.

Les restrictions aux marchés posées par le RTaxis étaient discriminatoires et contraires au principe de libre accès au marché des offreurs externes consacré par la LMI. L'équivalence des exigences posées par la commune de Bagnes, d'une part et par le canton de Genève, d'autre part, lors de la délivrance des autorisations d'exploiter un service de taxis de manière régulière rendait inopérante les conditions de restriction posées par l'art. 3 LMI. Cette disposition interdisait expressément les mesures protectionnistes de nature économique et prescrivait la gratuité de l'accès aux marchés.

6. Le même jour, M. May et la société ont également recouru auprès du Tribunal administratif contre ladite décision et conclu à son annulation.

Le canton de l'offreur (Valais) et le canton de Genève exigeaient tous deux des titulaires d'autorisation qu'ils jouissent d'une bonne réputation, soient solvables et

propriétaires (co-preneurs de leasing) des véhicules qu'ils utilisaient pour leur service. La seule différence entre les deux réglementations concernait l'examen auquel les conducteurs genevois devaient se soumettre selon l'art. 26 de la loi sur les taxis et limousines (transport professionnel de personnes au moyen de voitures automobiles) du 21 janvier 2005, entrée en vigueur le 15 mai 2005 (LTaxis - H 1 30). Cette différence ne pouvait toutefois faire échec au principe d'équivalence posé par l'art. 2 LMI, l'usage généralisé des «systèmes de localisation mondial» (GPS) ne rendant plus l'exigence d'une bonne connaissance de la topographie nécessaire.

Les conditions de dérogation au principe du libre-accès aux marchés fondées sur l'art. 3 LMI n'étaient par ailleurs remplies ni au regard de l'intérêt public prépondérant ni de celui du principe de la proportionnalité.

La loi genevoise violait l'interdiction pour les cantons d'adopter des mesures protectionnistes, garantie par l'art. 3 al. 4 LMI.

Enfin, le principe de la gratuité des décisions découlant de l'art. 3 al. 4 LMI excluait toute forme de perception de frais dans le cadre de l'examen des conditions d'accès d'une personne à un marché.

7. Par arrêt du 21 septembre 2010 (ATA/658/2010), le Tribunal administratif a annulé la décision du Scm pour violation de la procédure de sanction prévue à l'art. 48 LTaxis. Les motifs découlant de la violation alléguée de la LMI n'ont pas été examinés.

8. A la suite de cet arrêt, M. May et la société ont demandé au SCOM, par courriers des 1^{er} et 29 novembre 2010, de leur confirmer qu'ils avaient la possibilité de venir chercher et déposer leurs clients dans le canton de Genève sans devoir s'acquitter de taxes prévues par le droit cantonal genevois.

9. Par décision du 9 décembre 2010, le Scm leur a indiqué qu'ils ne pouvaient pas venir chercher et déposer des clients dans le canton de Genève en l'absence d'une autorisation d'exploiter délivrée selon l'art. 11 RTaxis.

10. La COMCO a recouru le 11 janvier 2011 contre cette décision auprès de la chambre administrative reprenant pour l'essentiel les arguments développés dans son recours du 12 avril 2010.

Pour le surplus, si l'équivalence entre les prescriptions valaisannes et genevoises relatives à la fourniture de services et [recte: de] taxi n'était pas retenue, les deux autres conditions de l'art. 3 LMI permettant une restriction du droit à la libre concurrence, n'étaient de toute façon pas remplies. Celle-ci n'apparaissait en effet pas indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants et était disproportionnée, compte tenu notamment de la longue expérience professionnelle de M. May dans le domaine.

Les nombreux obstacles administratifs (obligation de requérir une autorisation spécifique au canton de Genève, apposition d'une vignette sur le pare-brise, obligation de prouver la réservation de la course réalisée sur appel, etc.) imposés aux offreurs externes par la législation genevoise s'apparentaient à des mesures protec-

tionnistes destinées à favoriser les intérêts économiques locaux. La perception d'un émolument annuel de CHF 400.- pour l'obtention de l'autorisation litigieuse violait de surcroît l'art. 3 al. 4 LMI prévoyant que les décisions relatives aux restrictions faisaient l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite.

11. Le 12 janvier 2011, M. May et la société ont également recouru auprès de la chambre administrative contre ladite décision. Ils ont conclu à son annulation, en reprenant les arguments invoqués dans leur recours du 12 avril 2010.

12. Le 18 janvier 2011, M. May et la société ont requis la jonction des causes n^{os} A/63/2011 et A/77/2011, les deux recours se rapportant à une situation identique et portant sur les mêmes questions juridiques. Copie dudit courrier était adressé à la COMCO.

13. Par décision du 18 janvier 2011, la chambre administrative a ordonné la jonction des causes n^{os} A/63/2011 et A/77/2011 sous le n^o A/63/2011.

14. Le 4 mars 2011, le Scm a déposé ses observations au recours de la COMCO en concluant à son rejet.

La présomption d'équivalence des réglementations cantonales figurant à l'art. 2 al. 5 LMI pouvait être renversée. En l'espèce, les réglementations des cantons de Genève et du Valais étaient différentes. En effet les chauffeurs genevois devaient avoir réussi les examens prévus par la LTaxis alors que ce n'était pas le cas pour les chauffeurs valaisans. Or, la connaissance théorique et pratique de la topographie de la ville et du canton de Genève, qui était une des branches des examens susmentionnés, était un élément indispensable pour un chauffeur de taxi, afin de pouvoir effectuer ses courses en suivant l'itinéraire le meilleur marché comme le prescrivait la LTaxis. Le GPS n'était pas à même de combler cette lacune.

En outre, en vertu de l'art. 3 LMI, le canton de Genève était habilité à restreindre le marché. La condition d'égalité de traitement imposée par l'art. 3 al. 1 let. a LMI était remplie dans la mesure où l'exigence d'une autorisation sur le territoire genevois s'appliquait également aux offreurs locaux. Une connaissance théorique et pratique de la topographie de la ville et du canton de Genève était propre et indispensable à la préservation de l'intérêt des consommateurs à pouvoir voyager suivant l'itinéraire le meilleur marché possible. La protection de cet intérêt ne pouvait être obtenue au moyen de dispositions applicables aux lieux de provenance, la réglementation valaisanne n'accordant pas la même garantie.

15. Le Scm a soutenu une argumentation similaire dans sa réponse au recours de M. May et de la société datée du même jour.

16. Ces derniers ont répliqué le 6 mai 2011.

La seule dissemblance entre les réglementations topiques concernait l'examen prévu à l'art. 26 LTaxis. Or cette unique différence ne saurait faire échec au principe d'équivalence de l'art. 2 al. 5 LMI étant précisé que la LMI ne prévoyait pas l'identité des réglementations mais leur équivalence. Par ailleurs, dans le présent litige, il ne s'agissait pas d'examiner la situation de clients qui feraient appel à un taxi dans la rue ou par le biais d'une

centrale téléphonique, dont on pourrait effectivement attendre des chauffeurs qu'ils disposent de connaissances topographiques étendues, mais bien de clients faisant appel aux services d'une centrale de taxis établie à l'extérieur du canton. Aux yeux desdits clients, la localisation du lieu de destination apparaissait ainsi plus importante que celle du lieu de prise en charge, en l'occurrence l'AIG.

Pour le surplus, l'intérêt public de la restriction était inexistant compte tenu du type de prestations offertes, à savoir des trajets entre l'AIG et le Valais, singulièrement Verbier. Genève était d'ailleurs le seul canton suisse à imposer aux exploitants de taxis d'un autre canton l'obtention d'une autorisation et le paiement de l'émolument y relatif. Enfin, la restriction apparaissait disproportionnée dès lors qu'elle ne permettait nullement de réaliser la protection des consommateurs prétendument visée par les autorités genevoises. Le paiement d'un émoulement de CHF 400.- pour chaque taxi et la fixation d'une vignette à l'intérieur du taxi étant sans lien avec la protection des passagers ou les connaissances topographiques attendues du chauffeur. La mesure litigieuse apparaissait dès lors comme une entrave à l'accès au marché des passagers en partance de Genève (ou devant être déposés dans ce canton) dans le but de protéger ou favoriser les intérêts des entreprises de taxis ayant leur siège à Genève. Ils renvoyaient pour le surplus à leur recours du 12 janvier 2011.

17. La COMCO a également répliqué le même jour.

L'équivalence des réglementations se déterminait en fonction de leur capacité de préserver les intérêts publics en jeu. Celles-ci pouvaient être jugées équivalentes quand bien même l'une imposait des exigences plus élevées. Tel était le cas ici, la protection et la sécurité des consommateurs visées par la réglementation genevoise pouvant parfaitement être sauvegardées par les conditions d'accès au marché valaisannes, l'exigence de disposer de connaissances topographiques locales ne constituant pas dans l'espèce un intérêt public prépondérant.

18. Ensuite de quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Depuis le 1er janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échoué à la chambre administrative, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 LOJ).

Interjetés en temps utile devant la juridiction compétente, les recours sont recevables de ce point de vue (art. 132 LOJ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

M. May et la société, destinataires de la décision attaquée, et la COMCO, dans la mesure où elle estime que la décision du Scm du 9 décembre 2010 constitue une restriction induite à l'accès au marché au sens de la LMI, bénéficient de la qualité pour recourir (art. 1, 9 LMI et 60 al. 1 Bst. b et e LPA).

2. a. La LMI vise en particulier à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse, à soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché, à accroître la compétitivité de l'économie suisse et à renforcer la cohésion économique de la Suisse (art. 1 al. 2 LMI).

b. L'art. 2 LMI énonce le principe de la liberté d'accès au marché ainsi que ses implications. Ce principe repose sur la présomption posée par l'art. 2 al. 5 LMI aux termes duquel les réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché sont considérées comme équivalentes. Sous le titre "Restrictions à la liberté d'accès au marché", l'art. 3 LMI définit les conditions auxquelles de telles restrictions sont admissibles, précisant que ces dernières doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles (art. 3 al. 1 LMI):

- a) s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux;
- b) sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants;
- c) répondent au principe de la proportionnalité.

Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsque (al. 2):

- a) une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance;
- b) les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants;
- c) le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative;
- d) une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance.

3. En l'espèce, la société déploie son activité et offre des services depuis la commune de Bagnes en Valais, localité dans laquelle elle a obtenu une autorisation d'exercer du service des patentes et devrait pouvoir offrir ses services de taxis dans n'importe quel canton. L'obligation qui lui a été faite par le Scm d'obtenir une autorisation afin de pouvoir prendre en charge des passagers dans le canton de Genève constitue dès lors une restriction au libre accès au marché dont il convient d'examiner le bien-fondé en application des principes rappelés ci-dessus.

4. Selon les recourants, les conditions posées par le RTaxis seraient constitutives d'une restriction au libre accès au marché, incompatible avec la LMI, au motif que les réglementations cantonales genevoise et valaisanne sur les taxis seraient équivalentes au sens de l'art. 2 al. 5 LMI. Aucune restriction au libre accès au marché n'était dès lors envisageable, sans même qu'il soit nécessaire d'examiner les autres conditions de l'art. 3 LMI. Le Scm soutient en revanche que ces deux réglementations sont différentes puisque les chauffeurs genevois doivent avoir réussi les examens prévus par la LTaxis alors que ce n'est pas le cas pour les chauffeurs

valaisans. Or, la connaissance théorique et pratique de la topographie de la ville et du canton de Genève, qui était une branche des examens susmentionnés, était un élément propre et indispensable, pour un chauffeur de taxi, à la préservation de l'intérêt des consommateurs à pouvoir voyager suivant l'itinéraire le meilleur marché possible.

5. a. La révision de la LMI du 16 décembre 2005 a notamment eu pour but de resserrer le régime d'exception de l'art. 3 LMI qui, dans certaines conditions, autorise des restrictions au libre accès au marché, et ancrer de manière explicite, dans la loi, une présomption réfragable de l'équivalences des réglementations cantonales et communales d'accès au marché (Message du 24 novembre 2004 relatif à cette révision, FF 2005 p. 437 ss ; voir aussi ATF 135 II 12 in JdT 2009 I 34 et les références citées).

b. Dans ce dernier arrêt, la Haute Cour a retenu, s'agissant de l'exercice de manière indépendante de la profession de psychothérapeute dans les cantons de Bâle [de recte : des Grisons] et Zurich, que les réglementations relatives à l'autorisation d'exercer étaient équivalentes alors même que ce canton-ci avait des exigences plus élevées au sujet de la formation de base. Ce qui importait, c'était que les intérêts publics poursuivis (en l'espèce la protection de la santé des patients) soient identiques. Une restriction de l'accès au marché était de par la loi disproportionnée, si une protection suffisante des intérêts publics prépondérants était déjà obtenue au moyen des dispositions du canton de provenance (ATF 135 II 12 précité consid. 2.4).

6. a. La législation cantonale genevoise sur les taxis distingue les taxis de service public (concession d'un usage accru du domaine public) des taxis de service privé (taxi sur appel) (art. 3 al. 3 et 4 LTaxis). Ces derniers ne peuvent pas stationner sur les emplacements réservés aux taxis de service public et doivent être en mesure de prouver la réservation de la course par le client qu'ils viennent prendre en charge (art. 12 et ss. RTaxis).

b. A teneur de l'art. 11 RTaxis, les chauffeurs de taxis ou de limousines en provenance d'autres cantons ou de la communauté européenne sont soumis au même régime que les chauffeurs de taxis de service privé ou de limousines. Ils doivent requérir une autorisation délivrée par le service et leur titre de formation doit être jugé équivalent à celui obtenu par les chauffeurs de taxis genevois (al. 2; art. 18 LTaxis).

L'autorisation est strictement personnelle et intransmissible, d'une durée d'une année au plus, renouvelable et peut être retirée en cas de non-respect de ses conditions d'exercice (art. 11 al. 3 RTaxis). Elle est soumise au paiement d'un émolument de CHF 400.- par année (art. 79 al. 1 ch. 4 RTaxis).

Une vignette, délivrée par le service et comportant la date d'échéance de l'autorisation, est fixée à l'intérieur du véhicule, de manière aisément visible de l'extérieur. Le service peut décider d'incorporer dans la vignette des données électroniques de détection permettant le contrôle de l'accès à l'aéroport (art. 11 al. 4 RTaxis).

c. Selon l'art. 10 LTaxis, l'autorisation d'exploiter un taxi de service privé est délivrée par le département à une personne physique lorsqu'elle:

- a) est au bénéfice d'une carte professionnelle de chauffeur de taxi;
- b) dispose d'une adresse professionnelle fixe dans le canton de Genève à laquelle elle peut être atteinte, notamment par téléphone ou par le biais de la centrale à laquelle elle est affiliée;
- c) justifie de sa solvabilité et de son affiliation à une caisse de compensation;
- d) est propriétaire ou preneur de leasing d'un véhicule répondant aux exigences du droit fédéral et de la présente loi, immatriculé à son nom dans le canton de Genève;
- e) dispose d'une place de stationnement privée pour garer le taxi, en dehors des périodes de circulation.

Pour se voir octroyer une carte professionnelle de chauffeur de taxis, le conducteur doit en particulier avoir l'exercice des droits civils, être Suisse ou au bénéfice d'une autorisation lui permettant de travailler en Suisse comme indépendant ou comme employé; offrir des garanties de moralité et de comportement suffisantes et avoir réussi les examens prévus à l'art. 26 LTaxis (art. 6 LTaxis). Ces derniers ont notamment pour objet de vérifier que les candidats possèdent les connaissances nécessaires au regard des buts poursuivis par la loi et portent en particulier sur la connaissance théorique et pratique de la topographie de la ville et du canton, les obligations résultant de la loi, le maniement du compteur, la maîtrise du français et les rudiments de l'anglais (art. 26 LTaxis).

d. La loi valaisanne sur les routes du 3 septembre 1965 (RSVS 725.1) prévoit quant à elle que toute personne qui se propose d'exploiter professionnellement et publiquement un service de transport de personnes (service de taxis) doit préalablement en obtenir l'autorisation de l'autorité de la commune où s'exercera son activité.

Les conditions à remplir pour obtenir l'autorisation d'exploiter un service de taxis avec une concession dans la commune de Bagnes (VS) sont réglées en détails par un règlement communal sur le service des taxis du 24 mars 2009 (ci-après: le règlement).

Ainsi, à teneur de l'art. 6 règlement, le requérant doit avoir une bonne réputation, ne pas être insolvable, être au bénéfice d'un permis de conduire requis par la loi, s'engager à exploiter professionnellement de manière permanente et à l'année, une entreprise de taxis sur la commune de Bagnes, jouir de ses droits civils et civiques, disposer sur le territoire de la commune de locaux suffisants pour garer et entretenir le ou les véhicules, disposer de véhicules et de conducteurs qui répondent aux exigences légales, offrir aux conducteurs des conditions garantissant la sécurité du service, avoir conclu une assurance RC illimitée, disposer d'une permanence téléphonique et, enfin, le cas échéant, être au bénéfice d'une licence de transport requise par la loi. Ces conditions sont réexaminées lors de chaque renouvellement de l'autorisation, c'est-à-dire chaque année (art. 9 ré-

glement). Si l'autorisation est requise par une personne morale, le détenteur économique et le représentant légal doivent remplir les conditions de l'art. 6 règlement (art. 8 règlement). Avec sa demande, le requérant doit aussi fournir le permis de conduire requis par la législation fédérale pour chacun des conducteurs, un acte de bonne vie et mœurs, un extrait de l'office des poursuites et du casier judiciaire (art. 10 règlement). Les conducteurs de taxis doivent enfin être titulaires du permis de conduire nécessaire pour le transport de personnes (art. 14 al. 1 règlement).

7. L'examen des conditions d'accès au marché permet de constater que les conditions requises pour l'exploitation de taxis, si elles ne sont pas identiques, sont à tout le moins équivalentes à Genève et en Valais. En substance les deux cantons exigent que les titulaires d'autorisations jouissent d'une bonne réputation, soient solvables et que leurs véhicules de service répondent aux exigences légales. La seule différence concerne l'examen auquel les conducteurs genevois doivent se soumettre (art. 26 LTaxis), afin notamment de valider leurs connaissances théoriques et pratiques de la topographie. Cette différence n'apparaît toutefois pas comme un élément indispensable à la préservation de l'intérêt public poursuivi, à savoir la protection des passagers de taxis. C'est si vrai que le Scm n'en fait pas une condition à l'octroi de l'autorisation genevoise d'exploiter, délivrée aux personnes ayant leur domicile ou siège dans un autre canton contre le seul paiement d'un émoluments de CHF 400.-, admettant pour le surplus l'équivalence des conditions d'exercice de la profession du recourant avec celle des chauffeurs de taxis genevois.

Les recourants relèvent enfin, sans être contredits, que Genève est le seul canton suisse à imposer de telles conditions aux offreurs externes (voir également à ce sujet l'ATF 135 II 12 précité consid. 2.5), ce qui démontre bien l'absence d'intérêt public à l'exigence susmentionnée.

Partant, en l'absence de tout élément permettant de renverser la présomption d'équivalence des prescriptions de l'art. 2 al. 5 LMI et faute de discerner un motif d'intérêt public qui ferait apparaître comme "indispensable", au sens de l'art. 3 al. 1^{er} let. b LMI - pour le maintien du niveau de protection voulu par le canton de Genève -, que les offreurs externes disposent de connaissances théoriques et pratiques de la topographie genevoise, la chambre de céans retiendra que la restriction au libre accès au marché posée par la réglementation genevoise est illicite.

8. a. Les restrictions visées à l'art. 3 al. 1 LMI ne doivent encore en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché, destinées à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 3 LMI).

b. Aux termes de l'art. 3 al. 4 LMI, les décisions relatives aux restrictions doivent faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite.

c. Sont en principe incompatibles avec la LMI, les réglementations ou décisions qui ont pour effet d'affecter la capacité de l'offreur externe de fournir sa prestation de service, de rendre la prestation de l'offreur externe plus onéreuse, d'imposer des obstacles administratifs

propres à décourager l'offreur externe ou de soumettre l'offreur externe à des conditions supplémentaires à celles en vigueur à son lieu d'établissement (M. BIANCHI DELLA PORTA, CR Concurrence, notes 43 ss ad art. 2 LMI, p. 1279 s.).

d. Le Tribunal fédéral a réaffirmé le principe de la gratuité dans plusieurs arrêts, précisant que la perception d'un émoluments contredisait de toute manière ce principe (ATF 123 I 313 = JdT 1999 I 300 et 125 I 264 = SJ 1999 I 498).

9. Comme vu ci-dessus, la législation genevoise sur les taxis impose des contraintes administratives (obligation de requérir une autorisation spécifique de prouver en tout temps la réservation de la course, d'apposer une vignette sur le pare-brise et de s'annoncer au préalable afin de pouvoir prendre en charges ses clients dans le périmètre de l'AIG) et financière (perception d'un émoluments annuel de CHF 400.- pour l'obtention d'une autorisation) aux offreurs externes qui souhaiteraient prendre en charge des clients sur le territoire genevois (art. 18 LTaxis, 11 al. 2, 3, 5, 25 et 79 al. 1 ch. 4 RTaxis).

Interpellé sur ce dernier point, le Conseil fédéral avait à l'époque relevé que la législation genevoise sur les taxis apparaissait comme problématique, dès lors que les prestataires de services de taxi genevois étaient certes également soumis à un émoluments de CHF 400.- pour l'octroi d'une autorisation, mais que celle-ci n'était perçue qu'une fois, et non annuellement (http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20103314).

Force est dès lors d'admettre que ces différentes mesures et émoluments, en tant qu'ils s'appliquent, sous cette forme, qu'aux seuls offreurs externes, constituent des mesures protectionnistes destinées à favoriser les intérêts économiques locaux. Dans cette mesure, la législation cantonale sur les taxis n'apparaît pas conforme à la loi sur le marché intérieur et viole ainsi le principe de la force dérogatoire du droit fédéral.

10. Vu ce qui précède, le recours doit être admis et la décision du Scm annulée. Malgré l'issue du litige, aucun émoluments ne sera mis à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 al. 1 LPA dans sa nouvelle teneur dès le 27 septembre 2011). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée conjointement et solidairement à Monsieur Jean-Bernard May et à la société, à la charge de l'Etat de Genève.

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme:

déclare recevables les recours interjetés les 11 janvier par la commission de la concurrence et 12 janvier 2011 par Monsieur Jean-Bernard May et May Taxi & Limousines S.A. contre la décision du service du commerce du 9 décembre 2010;

au fond:

les admet;

constate que la décision du 9 décembre 2010 du service du commerce, en tant qu'elle fait obligation à Monsieur

Jean-Bernard May et May Taxi & Limousine S.A. de requérir une autorisation spécifique pour prendre en charge et déposer des clients dans le canton de Genève, en application de l'art. 11 al. 2 RTaxis, restreint indûment le marché et partant est contraire à la LMI;

annule la décision du 9 décembre 2010 du service du commerce;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1 '500.- à Monsieur Jean-Bernard May et May Taxi & Limousines S.A., pris conjointement et solidairement, à la charge de l'Etat de Genève;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF-RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente

jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi;

communique le présent arrêt à Me Nicolas. Iynedjian, avocat de Monsieur Jean-Bernard May et May Taxi & Limousine S.A., à la Commission de la concurrence ainsi qu'au service du commerce.

[...]

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF Arrêté fédéral
AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull. Amtliches Bulletin
AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA Bundesamt
BB Bundesbeschluss
BBI Bundesblatt
BG Bundesgesetz
BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer Bundesgericht
BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN Bulletin officiel du Conseil national
BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR Bundesrat
BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV Bundesverfassung
BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
CE Communauté Européenne
CE Conseil des Etats
CF Conseil fédéral
FR. Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO Code des obligations
Cost. Costituzione federale
CPC Code (cantonal) de procédure civile
CPS Code pénal suisse
cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DPC Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG Direction Générale (UE)

E

EU Europäische Union

F

FF Feuille fédérale
FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs

GedrV

GRUR

GU

H

HGer Handelsgericht
HMG Heilmittelgesetz

I

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT Journal des Tribunaux

K

KG Kartellgesetz
KMU Kleine und mittlere Unternehmen
KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP Loi fédérale sur le droit international privé
LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF Loi fédérale / Legge federale
LL Legge federale sul lavoro
LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP Loi fédérale sur les marchés publics
LOTG Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
LPM Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPR Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N****O**

O Ordonnance
OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

and Trade
Verordnung über
Gebrauchsgegenstände
Gewerblicher Rechtsschutz
und Urheberrecht
Gemeinschaftsunternehmen

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Q		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
R		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	V	
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	W	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	X	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Y	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	Z	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
S		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten 388
- abgestimmte Verhaltensweise 173 f., 206, 214, 258, 386 ff.
- Abrede 171 ff., 189 ff., 199, 202 ff., 209, 213 ff., 237 ff., 250, 254 ff., 264, 270 ff., 279, 282 ff.
- Acquiring -
- Anhörung 270, 278, 281, 284 ff., 393, 395, 402 f., 406, 410, 420
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 437
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste 198, 245, 249
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 206 f., 257 ff., 272, 400
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 213, 260 ff.
- Erheblichkeit 202 ff., 255 ff., 304, 398 f.
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee -
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 172, 185, 232, 391, 426
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten -
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung 216 f., 220, 224, 392, 398, 445
- marktbeherrschende Stellung 193, 239, 413, 429, 436
- Marktgegenseite 185, 187 f., 201, 203, 215, 232, 234 ff., 252, 256 f., 385, 391 f., 398, 400, 420 430
- Marktorganisation -
- Marktstruktur -
- Marktzutrittsschranken 438, 444
- Meldepflicht 216, 218 ff., 226 f., 428 f.
- Missbrauch -
- N**
- Netzwerk 171 ff., 201, 203 ff., 412 ff., 252, 254 ff.
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb 432
- Preisabrede 178 f., 205, 215, 219 ff., 225, 272, 364, 392 f., 297 f., 404
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 323, 390
- Reduktion der Sanktion 416
- S**
- Sanktionen 209, 263, 265, 273, 275, 277, 279, 281, 383, 385, 401 ff., 405, 414, 421
- Senkung Herstellkosten -
- Submission 273 f., 290, 294, 303, 306, 313, 321, 337, 342, 345, 350, 354, 374, 377, 384 f., 390 ff., 399 f., 406
- Submissionskartell -
- T**
- Tarife 442, 44

Tarifvertrag -	Verschulden 401 ff, 408	
Tierärzte/innen -	Vierparteiensysteme -	
Transparenzmassnahmen -	vorbehaltene Vorschriften 173, 214, 272, 384, 428	
	vorgezogene Recyclinggebühren -	
		U
Umstossung der Vermutung -		
Untersuchung 172, 192, 197, 202, 210, 238, 244, 255, 260		W
ff., 316, 320, 322, 326, 340, 348, 371, 376, 379 ff., 411,	Wettbewerb um den Markt -	
415 ff.		X
unzulässige Wettbewerbsabrede 171 ff., 176 f., 209 f., 213 f.,		Y
226, 260, 264, 270, 272, 277, 279, 283, 286, 289, 291,		Z
294, 297 ff., 306 ff., 378 f., 383 ff., 401, 404 ff., 410 ff., 422		
f., 443 ff.	Zahlungsmittel -	
	zweiseitige Märkte -	
		V
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -		
Veröffentlichung 433, 456		
