

# **BVGer B-721/2018 vom 2. Oktober 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-10-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-721\\_2018\\_d20171002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-721_2018_d20171002)

FR: TAF B-721/2018 du 2 octobre 2017

IT: TAF B-721/2018 del 2 ottobre 2017

## **Regeste**

Unzulässige Wettbewerbsabreden | Sanktionsverfügung vom 2. Oktober 2017 (22-0465)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Prozessvoraussetzungen Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 2. Oktober 2017 (zugestellt am 21. Dezember 2017) und damit gegen ein zulässiges Beschwerdeobjekt im Sinne von Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) i.V.m. Art. 5 des Verwaltungsvorfahrgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt. Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die Beschwerdefrist von 30 Tagen wurde unter Berücksichtigung des Fristenstillstands vom 18. Dezember 2017 bis und mit 2. Januar 2018 (Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG) gewährt (Art. 50 i.V.m. Art. 20 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

### **E. 2**

Zweck und Geltungsbereich des KG

#### **E. 2.1**

Das KG bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

B-721/2018 Seite 10

#### **E. 2.2**

Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG gilt das Gesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Als Unternehmen gelten nach Art. 2 Abs. 1bis KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Die Beschwerdeführerin ist ein Unternehmen im Sinne des KG, dem die Vorinstanz die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG (vgl. zum Wortlaut der Bestimmungen E. 7.2) über die in Frage stehende Ausschreibung vorwirft. Der persönliche, sachliche und örtliche Geltungsbereich des KG nach Art. 2 KG ist demzufolge gegeben.

### **E. 2.3**

Dem KG vorbehalten sind gemäss Art. 3 KG Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preis- ordnung begründen (Bst. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öf- fentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Solche Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG sind vorliegend nicht ersichtlich.

### **E. 3**

Streitgegenstand Beim Streitgegenstand handelt es sich um das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung – des Anfechtungsgegenstands – bildet, soweit es im Streit liegt. Innerhalb des Anfechtungsgegenstands be- stimmen somit die Anträge der beschwerdeführenden Partei den Streitge- genstand (vgl. SEETHALER/PORTMANN, in: Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 52 N. 38). Gegenstand der angefochtenen Verfügung ist, soweit die Beschwerdefüh- rerin betreffend, insbesondere die Auferlegung einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG für die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG über das betreffende Projekt (Dispositiv-Ziffer 2.3). Zudem auferlegte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Verhaltenspflich- ten (Dispositiv-Ziffer 1) und Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 11'259.– (Dispositiv-Ziffer 3.3). Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der sie betreffenden An- ordnungen der Vorinstanz in den Ziffern 2 und 3 des Dispositivs der ange- fochtenen Verfügung.

B-721/2018 Seite 11 Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist somit die Rechtmässigkeit der Sanktion von Fr. (...) sowie die Auferlegung von an- teilmässigen Verfahrenskosten der Vorinstanz im Betrag von Fr. 11'259.–. Nicht Streitgegenstand bildet die Auferlegung von Verhaltenspflichten durch die Vorinstanz.

### **E. 4**

Terminologie In terminologischer Hinsicht sind im Zusammenhang mit der im vorliegen- den Fall der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Beteiligung an einer Sub- missionsabsprache vorab einzelne begriffliche Klärungen vorzunehmen: Eine Stützofferte zeichnet sich dadurch aus, dass das stützende Unter- nehmen die Offerte eines anderen Unternehmens – der designierten Schutznehmerin – auf der Grundlage einer gegenseitigen Abstimmung be- wusst überbietet, d.h. ihr Angebot zu einem höheren Preis einreicht. Die Schutzgeberin reicht die eigene Offerte damit nur zum Schein ein. Eine Schutznahme ist erfolgreich, wenn die designierte Schutznehmerin den Zuschlag tatsächlich erhält (vgl. Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. Au- gust 2020, Sachverhalt, A, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Um- bricht; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.1.2 f., 9.3.4.1 f., Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.). Die Be- weggründe der abredebeteiligten Unternehmen – insbesondere des stüt- zenden Unternehmens – sind insoweit unerheblich.

### **E. 5**

Rüge der fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt teilweise unrichtig und unvollständig festgestellt. So werde ihre Eingabe vom 17. Mai 2013 in der Verfahrensgeschichte der an- gefochtenen Verfügung nicht erwähnt. Die nicht aufgeführten Angaben zeigten, dass sie der Vorinstanz sämtliche für sie greifbaren und die

ihr bekannten Informationen verzugslos zur Verfügung gestellt habe und dass ihr eine weitergehendere Kooperation objektiv unmöglich gewesen sei. So hätten ihr die Offerte und die E-Mails über das vorliegende Projekt im Zeitpunkt der Selbstanzeige aufgrund periodischer Datenlöschungen in ihrem IT-System nicht mehr vorgelegen. Auch sei das Offertdeckblatt während der Hausdurchsuchung beschlagnahmt worden (vgl. Beschwerde, Rz. 3 ff., 24 ff.; Replik, Rz. 36, 48 f.).

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz entgegnet, es sei für die rechtliche Beurteilung nicht von Bedeutung, dass die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 17. Mai 2013

B-721/2018 Seite 12 in der Verfahrensgeschichte der Verfügung nicht erwähnt worden sei. Denn die Beschwerdeführerin habe darin die für eine Selbstanzeige gebotene Klarheit über den angezeigten Sachverhalt missen lassen. Für die Beurteilung, ob eine Selbstanzeige vorliege, seien zudem die von der Beschwerdeführerin angeführten Schwierigkeiten bei der Aufarbeitung des kartellrechtlich relevanten Sachverhalts nicht von Belang (vgl. Vernehmlassung, Rz. 15 ff.; Verfügung, Rz. 172 ff.).

### **E. 5.3**

Wie in übrigen Verwaltungsverfahren gilt auch in Kartellverwaltungsverfahren grundsätzlich die Untersuchungsmaxime, wonach die Behörde den rechtlich relevanten Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig aufzuklären hat (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG; vgl. BGE 138 V 218 E. 6; Urteil des BVGer A-4864/2019 vom 15. September 2020 E. 3.4.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 1.49). Als unvollständig gilt die Sachverhaltsfeststellung, wenn nicht über alle rechtserheblichen Umstände Beweis geführt wurde oder eine entscheidrelevante Tatsache zwar erhoben, jedoch nicht gewürdigt wurde und nicht in den Entscheid eingeflossen ist (vgl. Urteil des BVGer A-4864/2019 vom 15. September 2020 E. 3.4.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 2.189). In diesem Sinne hält Art. 32 Abs. 1 VwVG fest, dass die Behörde vor Erlass der Verfügung alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien zu würdigen hat. Daraus folgt die Pflicht der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Die Begründung muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1).

### **E. 5.4**

Mit der Rüge, ihre in der Eingabe vom 17. Mai 2013 zum Ausdruck kommenden Bemühungen zur Aufklärung des Sachverhalts seien in der Verfahrensgeschichte der Verfügung nicht erwähnt, macht die Beschwerdeführerin in der Sache geltend, dass die Vorinstanz entscheidrelevante Tatsachen nicht berücksichtigt habe. Diese Rüge weist somit einen engen Zusammenhang mit der Frage auf, ob die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für eine Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung erfüllt hat. Sie wird deshalb im Rahmen der diesbezüglichen materiellrechtlichen Beurteilung behandelt (vgl. Urteile des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 1.1.2 [nicht publizierte Erwägung in BVGE 2011/32], Swisscom Terminierungsgebühren;

B-721/2018 Seite 13 B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 5.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere; B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 4.12 ff., Vifor Pharma; vgl. E. 11 ff.).

## **E. 6**

Wettbewerbsabrede: Beweisergebnis und rechtliche Würdigung

### **E. 6.1**

Nicht bestritten ist das Beweisergebnis der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin sich an einer Abstimmung mit Bezzola Denoth darüber beteiligt hat, wer den Zuschlag bei dem betreffenden Projekt erhalten und dementsprechend zu einem tieferen Preis als die anderen abredeteiligen Unternehmen offerieren soll (vgl. Verfügung, Rz. 62, 80; Sachverhalt, Q).

### **E. 6.2**

Nicht bestritten ist auch die rechtliche Qualifikation dieses Verhaltens als Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede über die Festlegung von Preisen und die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG (vgl. Verfügung, Rz. 104; Sachverhalt, Q; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.; vgl. auch Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 7, Strassenbeläge Tessin).

### **E. 6.3**

Aufgrund der Akten besteht kein Anlass, dieses vorinstanzliche Beweisergebnis und dessen rechtliche Würdigung anzuzweifeln. Demzufolge ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschwerdeführerin die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede in Form einer Vereinbarung mit Bezzola Denoth über die Koordination des Eingabeverhaltens an der in Frage stehenden Ausschreibung rechtsgenügend nachgewiesen werden kann. Konkret sollte eine andere Ausschreibungsteilnehmerin – Bezzola Denoth – den Submissionsauftrag (als Schutznehmerin) erhalten (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 7 ff., Engadin IV Foffa Conrad).

### **E. 6.4**

Weiter ist der Vorinstanz darin zu folgen, dass die Beschwerdeführerin in Umsetzung dieser Vereinbarung eine Stützofferte zugunsten von Bezzola Denoth als designierter Schutznehmerin eingereicht hat (vgl. Verfügung, Rz. 96; zur Terminologie E. 4). Es steht sodann fest, dass Bezzola Denoth den Zuschlag in der Folge erhalten hat, womit die Schutznahme erfolgreich war.

B-721/2018 Seite 14

### **E. 6.5**

Nachfolgend ist jedoch zu prüfen, ob die vorinstanzliche Auffassung zutrifft, die Submissionsabsprache habe den wirksamen Wettbewerb beseitigt.

## **E. 7**

Beseitigung oder erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs

### **E. 7.1**

Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass die Wettbewerbs- abrede zu einer Beseitigung des Wettbewerbs geführt habe, weil kein aus- reichender Aussenwettbewerb vorgelegen habe. Denn Aussenwettbewerb habe vorliegend ausschliesslich durch allfällige zur Offerteingabe eingela- dene Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligt hätten, entstehen können. Ein Unternehmen, von welchem damit über- haupt ein wirksamer Wettbewerb habe ausgehen können, sei allenfalls das Unternehmen D.\_\_\_\_\_, wobei unklar sei, ob dieses überhaupt offeriert habe. Selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, wäre der von ihm ausgegangene Konkurrenzdruck als schwach zu werten, wie den Angaben der Bauherrschaft zu entnehmen sei. Die vorliegende Abrede sei zudem erfolgreich gewesen, da das zu schützende Unternehmen den Zuschlag wie vereinbart erhalten habe (vgl. Verfügung, Rz. 119 ff.).

#### **E. 7.2.1**

Nach Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs unter anderem bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Un- ternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach mit- einander im Wettbewerb stehen: – Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG); – Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Ge- schäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG).

#### **E. 7.2.2**

Da im vorliegenden Fall die Vermutungsbasis nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG gegeben ist (vgl. E. 6.3 f.), greift die in Art. 5 Abs. 3 KG festgelegte Rechtsfolge, wonach die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet wird (vgl. Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 7, Strassenbeläge Tessin).

#### **E. 7.2.3**

Es stellt sich die Frage, ob diese Vermutung vorliegend widerlegt wer- den kann. Zur Widerlegung ist der Nachweis erforderlich, dass trotz der

B-721/2018 Seite 15 Abrede wirksamer aktueller oder potentieller Aussen- und/oder Innenwett- bewerb bestand (vgl. BGE 143 II 297 E. 4.1., Gaba, m.w.H., 129 II 18 E. 8.1., 8.3.2, Sammelrevers; Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 9, Strassenbeläge Tessin, m.w.H.). Es gilt dabei der Untersu- chungsgrundsatz (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG; Botschaft KG 1995, S. 564 ff.).

#### **E. 7.2.4**

Die vorliegend in Frage stehende Ausschreibung hatte (...) und damit Hoch- und Tiefbauleistungen zum Gegenstand. Wie die Vorinstanz aus- führt, beschränkte sich der sachlich relevante Markt auf Bauleistungen für dieses Projekt (vgl. Verfügung, Rz. 112 ff.).

#### **E. 7.2.5**

Es steht fest und ist nicht strittig, dass die Bauherrin neben Bezzola Denoth auch die – ebenfalls offerierende – Beschwerdeführerin und Imple- nia zur Offertstellung eingeladen hat. Zudem ist aufgrund der Akten davon auszugehen, dass sie auch D.\_\_\_\_\_ als nicht an der Abrede beteiligtes Unternehmen zur Offertstellung eingeladen hat, das sich in der Folge durch Einreichung eines Angebots an der Ausschreibung beteiligt hat. Dies ergibt sich insbesondere aus der Antwort der Bauherrin vom (...) auf die Frage des Sekretariats, welche Bauunternehmungen beim betreffenden Projekt eine Offerte eingereicht hätten. Die

Bauherrin führte im Einzelnen Folgendes aus (Vorinstanz, act. 3 [22-0465]): "[...]."

#### **E. 7.2.6**

Bei dem in Frage stehenden Projekt hat die private Bauherrin somit durch Einladung zur Offertstellung diejenigen Unternehmen bestimmt, welche ein Angebot einreichen können. Potentieller oder aktueller Aussenwettbewerb konnte deshalb – wie die Vorinstanz zutreffend festhält (vgl. Verfügung, Rz. 120 f.) – nur von der Einreichung eines Angebots eingeladenen Unternehmen ausgehen.

#### **E. 7.2.7**

Soweit die Vorinstanz ihre Einschätzung, wonach der Aussenwettbewerb jeweils nicht ausreichend gewesen sei, damit begründet, dass die Abrede erfolgreich gewesen sei, weil das zu schützende Unternehmen – Bezzola Denoth – den Zuschlag wie vereinbart erhalten habe (vgl. Verfügung, Rz. 121), stützt sie sich auf unzutreffende Prämissen. Der Umstand, dass eine vereinbarte Schutznahme sich als (nicht) erfolgreich erweist (vgl. zur Terminologie E. 4), kann für die Frage, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, nicht entscheidend sein. Massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung, ob

B-721/2018 Seite 16 ein wirksamer (potentieller oder tatsächlicher) Aussenwettbewerb vorlag bzw. vorliegt, ist der Zeitpunkt, in dem die abredeteiligen Unternehmen ihre Angebote ausarbeiten und einreichen. Entscheidend ist, ob die betreffenden Unternehmen zu diesem Zeitpunkt damit rechnen mussten, dass andere Unternehmen mitbieten werden, die an der Abrede nicht beteiligt sind. Ist diese Frage zu bejahen, ist dies ein gewichtiges Indiz dafür, dass die abredeteiligen Unternehmen einem hinreichenden Wettbewerbsdruck durch (potentielle) Wettbewerber ausgesetzt waren. Ob und gegebenenfalls wie viele Aussenseiter tatsächlich ein Angebot eingereicht haben, ist dabei lediglich ein Indiz bei der Beurteilung, ob im relevanten Zeitpunkt wirksamer Aussenwettbewerb bestanden hat (vgl. Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 7.4.1.3, Engadin II Rocca + Hotz; B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.4.2 f. und E. 10.4.5 f., Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht).

#### **E. 7.2.8**

Entsprechend können sich die Teilnehmer auch einer erfolgreichen Submissionsabsprache bei der Ausarbeitung und Einreichung ihrer Angebote durchaus einem relevanten Wettbewerbsdruck ausgesetzt gesehen haben. Dass die ausschreibende Stelle am Ende eines der eingereichten Angebote zum Sieger des Vergabewettbewerbs erklärt, liegt in der Natur jedes Vergabeverfahrens. Entscheidend ist, ob die betreffenden Unternehmen bei der Einreichung ihres Angebots damit rechnen mussten, dass andere Unternehmen mitbieten werden, die an der Abrede nicht beteiligt sind (vgl. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.4.5, Strassen und Tiefbau Kanton Aargau Erne; B-697/2018 vom 28. November 2023 E. 7.5.3, Implenja Engadin VIII).

#### **E. 7.2.9**

Vorliegend mussten die abredeteiligen Unternehmen im Zeitpunkt der Ausarbeitung und Einreichung des Angebots vernünftigerweise damit rechnen, dass auch andere, nicht an der Wettbewerbsabrede beteiligte Unternehmen von der Bauherrin zur Teilnahme an der Ausschreibung eingeladen worden sind und ein Angebot einreichen. Dies vor dem Hintergrund, dass es einem ökonomisch rationalen Verhalten einer Bauherrin entspricht,

vor Vergabe eines grösseren Auftrags mehrere Unternehmen zur Offertstellung einzuladen (vgl. E. 7.3.4). Den Akten sind jedenfalls keine stichhaltigen Hinweise zu entnehmen, die eine gegenteilige Einschätzung nahelegen. Vielmehr wird diese Beurteilung durch die Aussage von B. \_\_\_\_\_ in der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Beschwerdeführerin vom 1. November 2012 bestätigt, wonach man im Vorfeld von Ausschreibungen nicht gewusst habe, "ob es doch noch andere Anbieter" gebe (vgl. Vorinstanz, act. IX.B.4 [25-0038], Rz. 50 ff.). Sodann findet sich

B-721/2018 Seite 17 auf der mit Eingabe der Bezzola Denoth AG vom 1. Februar 2013 eingereichten E-Mail von A. \_\_\_\_\_ an B. \_\_\_\_\_ vom 8. Juli 2011 über das in Frage stehende Projekt die handschriftliche Notiz: "Effektiv[e] Konkurrenz-situation unklar" (vgl. Vorinstanz, act. IX.C.35 [25-0039], S. 44). Auf diese Notiz angesprochen, sagte A. \_\_\_\_\_ im Rahmen der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015 aus, er habe nicht gewusst, ob "Oberengadiner Bauunternehmen oder andere Bauunternehmen mitofferierten" (vgl. Vorinstanz, act. IX.C.60 [25-0039], Rz. 719 ff.). Es hat somit hinreichender Aussenwettbewerb bestanden, weshalb die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs entgegen der Ansicht der Vorinstanz widerlegt ist.

### **E. 7.3**

Führt die Abrede zu keiner Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, so ist zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf dem relevanten Markt nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt hat (vgl. BGE 143 II 297 E. 5, Gaba). Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung wird von der Beschwerdeführerin sinngemäss bestritten.

#### **E. 7.3.1**

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, dass es sich bei dem in Frage stehenden Projekt lediglich um eine private Ausschreibung gehandelt habe. Zudem habe die Bauherrin einen Wettbewerb nicht ernsthaft gewünscht. Denn (...). Die Bauherrin (...) habe somit keine ernsthafte Absicht gehabt, einen Konkurrenten von Bezzola Denoth zu berücksichtigen. Obschon die Offerten der Beschwerdeführerin und von Implenia in der Folge höher als jene von Bezzola Denoth gewesen seien, hätten sie der Bauherrin dennoch gedient, indem sie ihr Preisverhandlungen mit Bezzola Denoth ermöglicht und in einem signifikanten Preisnachlass resultiert hätten (vgl. Beschwerde, Rz. 18).

#### **E. 7.3.2**

Das Merkmal der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung wird weder im Gesetz noch in der Botschaft näher umschrieben. Das Bundesgericht kam im Gaba-Urteil (BGE 143 II 297) zusammenfassend zum Ergebnis, dass es sich beim Kriterium der Erheblichkeit nach dem historischen, systematischen und dem teleologischen Auslegungselement um eine Bagatellklausel handle und schon ein geringes Mass ausreichend sei, um als erheblich qualifiziert zu werden (BGE 143 II 297 E. 5.1.6). Mit Bezug auf Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG folgerte das Bundesgericht, dass solche – besonders schädliche – Abreden das Kriterium der Erheblichkeit

B-721/2018 Seite 18 nach Art. 5 Abs. 1 KG grundsätzlich erfüllten. Sie stellten in der Regel bereits aufgrund ihres Gegenstands erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar (BGE 143 II 297 E. 5.2, 5.6). Dementsprechend erfüllten solche Abreden das Kriterium der Erheblichkeit ohne Bezug auf einen Markt (BGE 143 II 297 E. 5.5). Auf Erwägungen zur Korrektheit der vorinstanzlichen Marktabgrenzung (vgl.

Verfügung, Rz. 109 ff.) kann hier somit verzichtet werden (vgl. auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.3.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne).

### **E. 7.3.3**

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinen Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau festgehalten, dass für die Annahme eines Bagatellfalls bei Submissionsabsprachen in der Form von Schutznahmen und Stützofferten im Regelfall kein Raum bestehe. Zusammenfassend würden Submissionsabsprachen in der Form von Schutznahmen und Stützofferten die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG sowohl unabhängig von der konkreten Anzahl der Abredebeteiligten als auch unabhängig davon überschreiten, ob die angestrebte Manipulation des Zuschlags letztlich geglückt oder misslungen sei (Urteile des BVGer B-771/2012, B-807/2012, B-829/2012, B-880/2010, je vom 25. Juni 2018 E. 8.3.3, E. 10.3.3, E. 9.3.3, E. 10.3.3 Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere, Erne, Granella, Umbricht, m.w.H.).

### **E. 7.3.4**

Diese Erwägungen gelten auch für den vorliegenden Fall einer Preis- und Geschäftspartnerabrede der Beschwerdeführerin mit Bezzola Denoth nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG. Eine solche Abrede ist entsprechend der dargelegten Rechtsprechung grundsätzlich allein aufgrund ihres Gegenstands erheblich. Dass es sich vorliegend nicht um eine öffentliche, sondern eine private Ausschreibung handelte, führt nach dem Gesagten nicht zur Annahme eines Bagatellfalls. Die Vorinstanz führt zutreffend aus, dass der durch eine private Vergabestelle durchgeführte Wettbewerb nicht weniger schützenswert ist (vgl. Vernehmlassung, Rz. 20). Ebenfalls nichts zu ihren Gunsten vermag die Beschwerdeführerin aus dem von ihr geltend gemachten Umstand abzuleiten, dass die Bauherrin ursprünglich geplant habe, das Projekt mit Bezzola Denoth auszuführen. Nachfrageseitig war spätestens in dem Zeitpunkt ein Wettbewerb erwünscht, als die Bauherrin weitere Unternehmen zur Offertstellung einladen hat, zumal sie sich damit nach objektiver Betrachtung ein besseres Konkurrenzangebot erhoffte. Dass ein privater oder öffentlicher Bauherr vor der Vergabe eines grösseren Auftrags mehrere – auch auswärtige –

B-721/2018 Seite 19 Unternehmen zur Einreichung einer Offerte einlädt, entspricht einem ökonomisch vernünftigen Verhalten. Er verfolgt damit objektiv betrachtet das Ziel, die Auswahl unter den Anbietern zu vergrössern und den Wettbewerb unter diesen zu stärken, um das Angebot mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis bzw. das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot zu eruieren (vgl. Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 7.3.2, Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau Cellere). Die Bauherrin führte in ihrem Schreiben an das Sekretariat vom (...) denn auch aus, sie habe sich (...) entschlossen, weitere Offerten von Konkurrenzunternehmen einzuholen (vgl. E. 7.2.5).

### **E. 7.3.5**

Selbst wenn es zutreffen sollte, dass die Bauherrin aufgrund der Offerten der anderen eingeladenen Anbieter mit Bezzola Denoth einen niedrigeren Preis aushandeln konnte, änderte dies nichts an der Beurteilung des Merkmals der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung. Ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen ist im Rahmen dieses Merkmals nach der aufgezeigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht erforderlich. Vielmehr soll auch der potentielle Wettbewerb geschützt werden. Es genügt deshalb, dass eine Abrede den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen kann (vgl. BGE 143 II

297 E. 5.4.2, 5.6, Gaba; BGE 144 II 194 E. 4.3.2, BMW). Das Kartellgesetz soll nicht ein bestimmtes Wettbewerbsergebnis sicherstellen, sondern das Funktionieren des Wettbewerbs als solches (vgl. TAG-MANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 4 N. 46 f.).

### **E. 7.3.6**

Vorliegend hat die in Frage stehende Abstimmung den Wettbewerb nicht nur potentiell, sondern auch tatsächlich beeinträchtigt. Denn die Beschwerdeführerin hat sich an die Abrede gehalten und eine Stützofferte (vgl. zur Terminologie E. 4) eingereicht, womit der Innenwettbewerb zwischen ihr und Bezzola Denoth in Bezug auf die erwähnten Wettbewerbsparameter beseitigt wurde (vgl. auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.3.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne). Insgesamt besteht vorliegend – auch mit Blick auf das hohe Projektvolumen von mehreren Millionen Franken – kein Grund, unter Annahme eines Bagatellfalls die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung ausnahmsweise zu verneinen. Dies gilt umso mehr, als die designierte Schutznehmerin aufgrund ihres Wissens, dass sie von der Beschwerdeführerin nicht unterboten wird, und des damit verbundenen geringeren Wettbewerbsdrucks zu einem tendenziell höheren Preis offeriert haben dürfte. Demzufolge ist darauf zu schliessen, dass die Abrede zwischen der Beschwerdeführerin und Bezzola Denoth den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt hat.

B-721/2018 Seite 20

### **E. 8**

Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG Nach Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (Bst. a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen, und (Bst. b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt wird. Der Effizienzbegriff des Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen (vgl. Botschaft KG 1995, 516; BGE 147 II 72 E. 7.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer, m.H.; STÜSSI/LÜTHI, Zulässige ARGE im Kartellrecht, BR 4/2015, S. 205 f., in Bezug auf Ausschreibungen). Die Beschwerdeführerin macht keine effizienzfördernden und prokompetitiven Effekte ihrer Abredebeteiligung stichhaltig geltend; solche sind auch nicht auszumachen. Die vorliegende Wettbewerbsabrede kann damit nicht gerechtfertigt werden.

### **E. 9**

Ergebnis Es ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht von einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 Bst. a und c KG zwischen der Beschwerdeführerin und Bezzola Denoth ausgegangen ist, welche die Abgabe einer – preislich höheren – Stützofferte durch die Beschwerdeführerin zum Gegenstand hatte. Die Submissionsabsprache hat den Wettbewerb – entgegen der Vorinstanz – nicht beseitigt, jedoch erheblich beeinträchtigt.

### **E. 10**

Sanktionierung Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei die ihr auferlegte Sanktion von Fr. (...) aufzuheben und sie sei mit einer gerichtlich festzusetzenden, jedoch den Betrag von Fr. (...) nicht übersteigenden Pauschalsanktion zu belegen. Sie bringt zur Begründung im Wesentlichen vor, dass die Sanktionsbemessung den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung nicht ausreichend Rechnung trage (vgl. Beschwerde, Rz. 14 ff.). Es ist daher zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin rechtmässig mit einer Verwaltungssanktion von Fr. (...) belastet hat. Dabei ist

B-721/2018 Seite 21 zunächst auf die Sanktionierbarkeit des in Frage stehenden Verhaltens der Beschwerdeführerin einzugehen, bevor die konkrete Sanktionsbemessung beurteilt wird.

## **E. 10.1**

Sanktionierbarkeit

### **E. 10.1.1**

Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Die Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG hat einen strafrechtsähnlichen Charakter (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer).

### **E. 10.1.2**

Nach den vorstehenden Erwägungen hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Beteiligung an einer unzulässigen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG rechtsgenügend nachgewiesen. Damit ist der objektive Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Zu beurteilen ist, ob auch Stützofferten als umsatzlose Abredebeteiligungen mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG zu ahnden sind.

### **E. 10.1.3**

Eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG setzt ein Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit voraus. Dieses stellt das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer; Urteil des BGER 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.2.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72], Publigroupe; vgl. in diesem Sinne auch die jüngere kartellrechtliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.2.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.2, Nikon; B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 654 ff., 674 ff., Swisscom ADSL; B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 14.3.5, Gaba). Für die Beurteilung der subjektiven Zurechenbarkeit und damit der Vorwerfbarkeit im engeren Sinne ist ein objektiver Sorgfaltsmassstab anzusetzen (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.2.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.). Die Vorinstanz führt aus, die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen gehandelt und die kartellrechtswidrige Submissionsab-sprache getroffen hätten, hätten dies zumindest

eventualvorsätzlich getan.

B-721/2018 Seite 22 Sodann seien die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt gewesen und hätten jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader oder der Geschäftsleitung angehört. Ihr Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen sei daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen (vgl. Verfügung, Rz. 130). Die Beschwerdeführerin wendet nichts gegen diese Beurteilung ein. Aufgrund der vorliegenden Aktenlage ist denn auch davon auszugehen, dass die für die Beschwerdeführerin handelnde Person – (...) B. \_\_\_\_\_ – in Ausübung der ihr ordentlich zugewiesenen geschäftlichen Tätigkeiten gehandelt und sich durch den bewussten Abschluss der vorliegenden Submissionsabsprache pflichtwidrig und damit schuldhaft verhalten hat. Vorliegend ist das pflichtwidrige Verhalten dieses Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin zuzurechnen, zumal die handelnde Person mit der betroffenen Geschäftstätigkeit ordnungsgemäss betraut war. Insgesamt besteht keine Veranlassung zu beanstanden, dass die Vorinstanz das subjektive Tatbestandsmerkmal des Verschuldens im Sinne von Vorwerfbarkeit mit Bezug auf die Beschwerdeführerin bejaht hat.

#### **E. 10.1.4**

Verfügungsadressat kann im Geltungsbereich des schweizerischen Kartellrechts (vgl. hierzu E. 2.2) nur sein, wer selbst Subjekt mit Rechtspersönlichkeit und somit Träger von Rechten und Pflichten ist (vgl. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 3.6, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne und B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 67 ff., Swisscom ADSL, jeweils m.w.H.). Im vorliegenden Fall wurde die Beschwerdeführerin aufgrund einer nachgewiesenen Stützofferte für ihre (umsatzlose) Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede sanktioniert. Die Beschwerdeführerin ist als Aktiengesellschaft rechtmässige Adressatin einer Verfügung, mit der ihr die Vorinstanz eine Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG auferlegt (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.w.H.).

#### **E. 10.1.5**

Was die Sanktionierbarkeit der in Frage stehenden Stützofferte anbelangt, führt die Vorinstanz aus, dass die Beschwerdeführerin zwar keinen Umsatz erzielt habe, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugedacht gewesen sei. Art. 49a Abs. 1 KG sehe jedoch eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt hätten. Das Entfallen der

B-721/2018 Seite 23 Belastung sei auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos geblieben sei oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen sei. Dieses Ergebnis entspreche auch nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und könne vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein (vgl. Verfügung, Rz. 135).

#### **E. 10.1.6**

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verpflichtet Art. 49a Abs. 1 KG zur Sanktionierung auch von umsatzlosen Beteiligungen an Submissionsabsprachen nach Art. 5 Abs. 3 KG in Form von Stützofferten. Demnach bildet Art. 49a Abs. 1 KG für die Sanktionierung der vorliegenden kartellrechtlich unzulässigen Verhaltensweise die hinreichende formell-gesetzliche Rechtsgrundlage. Ein Spielraum für eine davon abweichende Regelung auf Verordnungsstufe besteht nicht. Vielmehr hat der Gesetzgeber die grundlegenden Voraussetzungen für einen ganzen oder teilweisen Verzicht auf die Belastung mit einer Sanktion ebenfalls abschliessend auf Gesetzesstufe geregelt (vgl. Urteile des BVGer B-771/2012, B-807/2012, B-829/2012, B-880/2010, je vom 25. Juni 2018 E. 9.6.8.3, E. 11.5.8.3, E. 10.5.8.3, E. 11.4.8.3 Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere, Erne, Granella, Umbricht; BVGer B-645/2018 vom

## **E. 10.2**

Methode der Bemessung

### **E. 10.2.1**

Die Vorinstanz führt zur Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag aus, vor dem Hintergrund, dass auch Stützofferten nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren seien, sei vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Submissionsabrede betroffenen Umsatz einbeziehe und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtige.

B-721/2018 Seite 24 Vorliegend zog die Vorinstanz als Basisumsatz für alle drei abredebeteiligten Unternehmen die Offertsumme von Bezzola Denoth exklusive Mehrwertsteuer in der Höhe von Fr. (...) (Baumeisterarbeiten) sowie Fr. (...) (Baugrubenaushub; insgesamt Fr. [...]) heran. Denn dieser Betrag reflektiere die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gebe dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotenzial des Kartellrechtsverstosses. Es ergebe sich daraus für den Basisbetrag eine Obergrenze von Fr. (...) bzw. Fr. (...) und damit von insgesamt Fr. (...) (vgl. Verfügung, Rz. 136 ff.).

### **E. 10.2.2**

In den Art. 2 ff. SVKG hat der Bundesrat die Kriterien für die konkrete Sanktionsbemessung innerhalb des abstrakten – in Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. E. 10.1) festgelegten – Sanktionsrahmens präzisiert. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 2 Abs. 2 SVKG) wird darin konkretisiert. Ausgangspunkt ist die Festlegung eines Basisbetrags. Die diesbezügliche Bestimmung von Art. 3 SVKG lautet wie folgt: "Der Basisbetrag der Sanktion bildet je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat."

### **E. 10.2.3**

Mangels generell-abstrakter Vorgaben auf Verordnungsebene ist die konkrete Bemessungsmethode für die Sanktionierung von Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen demnach – innerhalb der nachfolgend noch zu nennenden Schranken – durch die Praxis der Wettbewerbsbehörden zu entwickeln (vgl. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.5, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne).

### **E. 10.2.4**

Bei der gerichtlichen Beurteilung der Rechtmässigkeit der Bemessungsmethode sind neben allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen wie dem Willkürverbot (Art. 9 BV), dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) und dem Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) auch die vom Kartellgesetz selber aufgestellten Anforderungen an die Sanktionsbemessung zu beachten (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.8.7, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht).

#### **E. 10.2.5**

So schreibt Art. 49a Abs. 1 KG weiter vor, dass ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis maximal 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren

B-721/2018 Seite 25 in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden kann. Dabei ist anerkannt, dass Kartellsanktionen schmerzen, aber ein Unternehmen auch nicht in den Konkurs treiben sollen. Der finanzielle Nachteil soll jedoch so gross sein, dass sich eine Beteiligung an der Zuwiderhandlung nicht lohnt (vgl. Urteile des BVGer B-2798/2018 vom 16. Februar 2021 E. 12.2.2, Na-xoo; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.7, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne, m.H. auf BGE 143 II 297 E. 9.7.2 m.H., Gaba; Erläuterungen der Vorinstanz zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 2 Abs. 2).

#### **E. 10.2.6**

Indem die Vorinstanz auf die Offertsumme von Bezzola Denoth als erfolgreiche Schutznehmerin und damit auf den Umsatz abstellt, den diese auf dem betroffenen – vorliegend von der Vorinstanz auf die einzelne Ausschreibung beschränkten – Submissionsmarkt erzielt hat, knüpft sie an einen Betrag an, der mit dem Verstoss eng zusammenhängt sowie dessen wirtschaftliche Bedeutung und potentielle Schädlichkeit widerspiegelt (vgl. – in Bezug auf Zusammenschlussvorhaben – BGE 146 II 217 E. 9.2.2.4, Swisscom ADSL, sowie zur volkswirtschaftlichen Schädlichkeit auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.9, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne). Eine solche Bemessungsmethode trägt dem Grundgedanken von Art. 3 SVKG Rechnung, wonach die Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag anhand eines tatnahen Umsatzes zu bestimmen ist (vgl. Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.5.2, Engadin II Rocca + Hotz; B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 18.3.3, Buchhändler Dargaud, m.w.H.). Sie entspricht im Übrigen auch der Praxis der EU-Wettbewerbsinstanzen (vgl. EuGH, C-580/12, EU:C:2014:2363, Rz. 57, Guardian Industries; EuG, T-211/08, EU:T:2011:289, Rz. 58 ff., belgisches Umzugskartell Putters, jeweils mit Hinweisen auf Ziff. 13 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1/2003 [ABl. 2006, C 210, S. 2]).

#### **E. 10.2.7**

Die von der Vorinstanz gestützt hierauf gewählte Methode zur Festlegung der Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag ist schlüssig und nachvollziehbar und damit mit den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen – insbesondere mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs. 2 BV – sowie mit den kartellgesetzlichen Vorgaben nach Art. 49a Abs. 1 KG vereinbar (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom

#### **E. 10.3**

Basisbetragsatz Es ist sodann die Rechtmässigkeit des Basisbetragsatzes zu beurteilen. Die Vorinstanz legt den Basisbetragsatz bei Bezzola Denoth als erfolgreich Schutznehmerin auf 10% des erzielten Umsatzes fest, woraus ein Basisbetrag von Fr. (...) (Baumeisterarbeiten) und Fr. (...) (Baugrubenaushub) und damit von insgesamt Fr. (...) resultiert (vgl. auch E. 10.2.1). Gegenüber der Beschwerdeführerin als schützendem Unternehmen erachtet die Vorinstanz einen Basisbetrag von Fr. (...) als angemessen (vgl. Verfügung, Rz. 141 f.). Hieraus ergibt sich für die Beschwerdeführerin ein Basisbetragsatz von knapp 5% (4,99%).

### **E. 10.3.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, dass der Basisbetragsatz von 5% dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und dem Gleichbehandlungsgebot nicht ausreichend Rechnung trage. Sie führt an, es lägen spezielle Umstände vor, welche die Vornahme einer im pflichtgemässen Ermessen gebildeten verhältnismässigen Pauschalsanktion erforderten. Es sei deshalb ein Basisbetragsatz von maximal 2,5% festzulegen. Als besonderen Umstand führt die Beschwerdeführerin zunächst an, dass es nicht um eine öffentliche Ausschreibung gehe. (...). Die Bauherrin habe (...) keine ernsthafte Absicht gehabt, einen Konkurrenten der Bezzola Denoth beim Auftrag zu berücksichtigen. Sie habe vielmehr keinen echten Wettbewerb angestrebt. Letztlich sei es der Bauherrin dienlich gewesen, dass die Beschwerdeführerin und Implenia eine höhere Offerte als Bezzola Denoth eingegeben hätten. Dies habe ihr ermöglicht, Preisverhandlungen mit Bezzola Denoth durchzuführen, welche in einem signifikanten Preisnachlass resultiert hätten (vgl. Beschwerde, Rz. 18 ff.).

### **E. 10.3.2**

Die Vorinstanz führt zur Begründung des Basisbetragsatzes von rund 5% an, Bezzola Denoth als Schutznehmerin und die Beschwerdeführerin als schützendes Unternehmen hätten sich an einer Abrede beteiligt, welche den Preis und auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand gehabt habe. Beide Unternehmen hätten dabei vorsätzlich gehandelt. In der Ökonomie sei das Schädigungspotenzial von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend seien zudem mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich

B-721/2018 Seite 27 anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen (vgl. Verfügung, Rz. 139 ff.). Es sei irrelevant, dass das vorliegende Projekt nicht im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung vergeben worden sei, zumal der durch eine private Vergabestelle durchgeführte Wettbewerb nicht weniger schützenswert sei. Sodann belege der Umstand, dass die Bauherrin um weitere Konkurrenzofferten gebeten habe, dass sie Wettbewerb zwischen den Bauunternehmen gewollt habe und dass die Vergabe an Bezzola Denoth nicht zum Vornherein klar gewesen sei. Es sei nicht nachvollziehbar, dass der Wettbewerb gerade dank der Offerten der Beschwerdeführerin gespielt habe, zumal sie mit Bezzola Denoth und Implenia ihre Angebote koordiniert habe. Der Basisbetrag der Beschwerdeführerin sei nur deshalb nicht höher anzusetzen, weil sie als Schutzgeberin keinen unmittelbaren finanziellen Nutzen an der Submissionsabrede hatte. Der in der vorinstanzlichen Verfügung festgelegte Basisbetrag der Schutzgeberin sei somit angemessen (vgl. Vernehmlassung, Rz. 20).

### **E. 10.3.3**

Der Sanktionsbetrag bestimmt sich nach Art. 49a Abs. 1 KG unter anderem nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Dies konkretisierend sieht Art. 3 SVKG vor, dass

der Basisbetrag je nach der "Schwere und Art des Verstosses" bis zu 10% des massgeblichen Umsatzes beträgt.

#### **E. 10.3.4**

Unter Schwere ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential. Zudem sind bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses unter anderem dessen Wirksamkeit und der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Dem Umstand, ob der Verstoss in einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs liegt, ist somit angemessen Rechnung zu tragen (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.4, BMW; BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f., Gaba; Urteil des BGer 2C\_985/2015 vom 9. Dezember 2019 E. 9.2.3.2, Swisscom ADSL; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.6.1, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne; m.w.H.; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 53).

#### **E. 10.3.5**

Den Wettbewerbsbehörden kommt bei der Festlegung des Basisbetragsatzes ein Ermessen zu, das sie pflichtgemäss auszuüben haben (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.5.2, Hors-Liste Medikamente Pfizer, m.H. auf BGE 146 II 217 E. 9.2.3.3, Swisscom ADSL; Urteil des BVGer B-581/2012 vom

B-721/2018 Seite 28

#### **E. 10.3.6**

Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten harten Kartellabreden gelten gemeinhin als Wettbewerbsverstösse mit hohem Schädigungspotential für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft (vgl. Botschaft KG 1995, 468 ff., 491, 517, 635; Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022 ff., 2036, nachfolgend: Botschaft KG 2002; BGE 135 II 60 E. 2.1, Domestic Interchange Fee; BGE 143 II 297 E. 5.2.4, Gaba; Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 8, Strassenbeläge Tessin, m.w.H.; ANDREAS HEINEMANN, in: Festschrift für Roland von Büren, S. 613; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 25, 50).

#### **E. 10.3.7**

Mit einer öffentlichen oder privaten Ausschreibung schaffen Ausschreiber eine Wettbewerbssituation unter den vom konkreten Vergabeverfahren angesprochenen Marktteilnehmern. Diese sollen in einen Wirtschaftlichkeits-Wettbewerb treten, wobei sie sich darum bemühen sollen, Mitbewerber mit einem insgesamt attraktiveren Angebot zu übertreffen. Dies im Wissen, dass nur der auf die Zuschlagskriterien bezogene günstigste Anbieter den Zuschlag erhält. Der Vergabewettbewerb soll es einem Ausschreiber ermöglichen, Leistungen zu vergleichen und das Angebot mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis und damit das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot wählen zu können. Der angestrebte Vergabewettbewerb spielt aber nur dann, wenn die Offerenten unabhängig voneinander um die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung wetteifern, indem sie ihr Angebot je individuell und im Sinne der Bedürfnisse des Ausschreibers zu optimieren versuchen. Die Ermittlung des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebots aus mehreren Angeboten obliegt allein dem Ausschreiber. Dieser tritt mit jedem teilnahmeberechtigten Anbieter in je ein Verhandlungsverhältnis im Hinblick auf einen allfälligen späteren Vertragsabschluss. Die Verhandlungsverhältnisse beinhalten dabei

immer ein Vertrauensverhältnis, welches neben dem Ausschreiber auch jeden teilnahmeberechtigten Anbieter zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet (Art. 2 ZGB; vgl. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, Rz. 470, 474). Als Ausfluss dieses Vertrauensverhältnisses und des zentralen Wettbewerbscharakters der Ausschreibung haben sowohl private als auch öffentliche Ausschreiber berechtigterweise ein hohes Vertrauen darin, dass Anbieter tatsächlich jeweils selbständig und unabhängig voneinander um den Vertragsabschluss wetteifern. Anbieter unterlaufen die Wettbewerbszielsetzung des Vergabe-

B-721/2018 Seite 29 rechts, wenn sie die zur Erzielung des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebots vorausgesetzte freie Willensbildung des Ausschreibers eigenmächtig durch Kontaktaufnahmen untereinander manipulieren oder auch nur zu manipulieren versuchen. Anbieter, welche ihr Angebot verdeckt, nicht selbständig und unabhängig ausarbeiten, spiegeln dem Ausschreiber treuwidrig eine unabhängige Offerteingabe und damit einen vermeintlich unverfälschten Wettbewerb vor. Das zentrale Hauptziel des Vergaberechts, den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern zu fördern, wird bei dieser Sachlage unterminiert und verfehlt (vgl. Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 7.3.2, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere, m.w.H.).

#### **E. 10.3.8**

Im Rahmen von Ausschreibungen getroffene harte Horizontalabreden sind nach allgemeiner Erkenntnis volkswirtschaftlich und sozial besonders schädlich. Sie gefährden nicht nur unmittelbar und auf gravierendste Weise das berechnete Interesse der ausschreibenden Stellen, das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot und namentlich den unverfälschten Marktpreis zu erzielern. Aufgrund marktfremder Preissteigerungen auf Kosten der Allgemeinheit, eines geringeren Effizienz- und Innovationswettbewerbs sowie verzögerter oder ausbleibender Strukturanpassungen verursachen Submissionsabsprachen vielmehr auch mittel- und langfristig hohe volkswirtschaftliche Kosten und Schäden (vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.6.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht, m.w.H.). Die besonders schädliche Qualität der vorliegenden – unter Art. 5 Abs. 3 KG fallenden – Submissionsabsprache bleibt im Übrigen auch im Fall einer Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bestehen (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.4, 9.4.4, Gaba).

#### **E. 10.3.9**

Auch bei Stützofferten handelt es sich um schwerwiegende Kartellrechtsverstösse mit einem gravierenden Gefährdungspotential. Die Einreichung einer Stützofferte stellt denn auch die notwendige Voraussetzung für die Organisation eines Schutzes und damit ebenfalls ein wettbewerbsvertäuschendes und volkswirtschaftlich schädliches Verhalten dar (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.9, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne).

#### **E. 10.3.10**

Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Schädlichkeit der vorliegenden Submissionsabsprache anders zu beurteilen wäre. Dies umso mehr, als die Beschwerdeführerin die Abrede durch Abgabe einer Stützofferte umgesetzt hat. Hinzu kommt, dass Bezzola Denoth als designierte

B-721/2018 Seite 30 Schutznehmerin den Zuschlag auch tatsächlich erhalten hat. An der Schädlichkeit der Absprache nichts zu ändern vermag der Umstand, dass Bezzola Denoth das günstigste Angebot eingereicht hat (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.6.5, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne). Es besteht – wie erwähnt (vgl. E. 7.3.6) – kein ernsthafter Zweifel daran, dass die designierte Schutznehmerin im Wissen um die Stützofferte einer anderen Anbieterin zu einem höheren Preis als unter Wettbewerbsbedingungen offeriert haben dürfte.

#### **E. 10.3.11**

Dass es sich bei dem betreffenden Bauprojekt nicht um eine öffentliche, sondern eine private Ausschreibung handelte, ändert – wie aufgezeigt (vgl. E. 7.3.4 ff.) – nichts an der Schädlichkeit des fraglichen Verhaltens für das Funktionieren des Wettbewerbs. Es ist aus den dargelegten Gründen ebenfalls unerheblich, ob die Bauherrin ursprünglich die Absicht hatte, Bezzola Denoth den Zuschlag zu erteilen. Dass sie neben Bezzola Denoth weitere Unternehmen zur Offertstellung eingeladen hat, kann objektiv betrachtet nur dahingehend vernünftig verstanden werden, dass sie eine Wettbewerbssituation schaffen wollte (vgl. E. 7.3.4). Selbst wenn es zutrifft, dass die von der Bauherrin eingeholten Konkurrenzofferten in der Folge eine Reduktion des Offertpreises von Bezzola Denoth bewirkt haben, änderte auch dies nichts an der Schädlichkeit der vorliegenden Submissionsabrede (vgl. auch E. 7.3.2 ff.).

#### **E. 10.3.12**

Des Weiteren begründet die Vorinstanz den im Vergleich zu Bezzola Denoth um die Hälfte reduzierten Basisbetragsatz damit, dass die Beschwerdeführerin als Schutzgeberin aus ihrer Abredeteilung – im Gegensatz zu Bezzola Denoth als Schutznehmerin – keinen Umsatz erzielt habe (vgl. Verfügung, Rz. 135 f., 142; Vernehmlassung, Rz. 20). Die hälftige Reduzierung des Basisbetragsatzes gegenüber der Beschwerdeführerin im Vergleich zur Schutznehmerin ist sachlich begründet und erscheint angemessen und ist deshalb bundesrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.3.13 f., Engadin IV Foffa Conrad).

#### **E. 10.3.13**

Bei der Beurteilung der Schwere ist nach dem Gesagten auch der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung angemessen zu berücksichtigen. Dabei sind wettbewerbsbeseitigende Beschränkungen tendenziell als schwerwiegender einzuordnen als jene, die den Wettbewerb "lediglich" erheblich beeinträchtigen (vgl. E. 10.3.4). Wie erwähnt ist die Vorinstanz zu

B-721/2018 Seite 31 Unrecht davon ausgegangen, dass die Abrede den Wettbewerb beseitigt hat (vgl. E. 7.1 ff.). Diesem Umstand müsste grundsätzlich durch eine Reduktion des Basisbetragsatzes Rechnung getragen werden. Da die Beschwerde jedoch aus noch aufzuzeigenden Gründen ohnehin abzuweisen ist, braucht dieser Aspekt nicht weiter erörtert zu werden.

#### **E. 10.3.14**

Insgesamt erscheint der von der Vorinstanz im mittleren Bereich des Spektrums festgelegte Basisbetragsatz mit Blick auf die Schwere der Abredeteilung der Beschwerdeführerin grundsätzlich weder als unangemessen noch als bundesrechtswidrig.

#### **E. 10.4**

## Erschwerungs- und Milderungsgründe

### **E. 10.4.1**

Die angefochtene Verfügung nimmt keine Erschwerungsgründe an (vgl. Verfügung, Rz. 145 ff.).

### **E. 10.4.2**

Nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG wird der Basisbetrag bei Wettbewerbsbeschränkungen nach den Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erhöht, wenn das Unternehmen zur Wettbewerbsbeschränkung angestiftet hat. Das Bundesverwaltungsgericht hat das Merkmal der anstiftenden Rolle im Kontext des Kartellrechts dahingehend präzisiert, dass ein Unternehmen – im Bewusstsein der Kartellrechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens – den Entschluss eines anderen Unternehmens weckt, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen oder sich daran zu beteiligen (vgl. Urteil des BVerG B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 8.4.3.1, Autohändler; GÜNTER HEINE, Zuckerbrot und Peitsche: Zur Kronzeugenregelung nach Kartellgesetz, in: Festschrift für Franz Riklin, 2007, 423 f.). Die Vorinstanz führt aus, es lasse sich den Akten nicht entnehmen, von wem bei dem in Frage stehenden Bauprojekt die Initiative in Form eines ersten Kontaktes ausgegangen sei. Vielmehr könne die Initiative zur Angebotskoordination sowohl von der Schutznehmerin als auch von den schützenden Unternehmen ausgegangen sein. Entsprechend dem Grundsatz in dubio pro reo könne keinem der beteiligten Unternehmen die Initiative zur Angebotskoordination nachgewiesen werden. Unter diesem Gesichtspunkt sei der Basisbetrag bei keiner Verfahrenspartei zu erhöhen (vgl. Verfügung, Rz. 69 f., 147).

### **E. 10.4.3**

Es besteht aufgrund der Akten kein Anlass, die nachvollziehbar begründete Beurteilung in der angefochtenen Verfügung in Frage zu stellen. Auch für das Bundesverwaltungsgericht sind keine hinreichenden Indizien für eine anstiftende Rolle der Beschwerdeführerin ersichtlich.

B-721/2018 Seite 32

### **E. 10.4.4**

Die angefochtene Verfügung gewährt der Beschwerdeführerin sodann unter dem Titel der mildernden Umstände gestützt auf Art. 6 Abs. 1 SVKG eine Sanktionsreduktion für gute Kooperation in der Höhe von 25% (vgl. Verfügung, Rz. 180).

### **E. 10.4.5**

Die Frage, ob der nach den Art. 3 und 4 SVKG berechnete Sanktionsbetrag wegen einer besonderen Kooperation der Beschwerdeführerin nach Art. 6 SVKG zu mindern ist, stellt sich erst dann, wenn ein Anspruch auf Sanktionserlass oder -reduktion unter dem Titel der Bonusregelung (Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG) zu verneinen ist (vgl. E. 11). Dies vor dem Hintergrund, dass eine Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung grundsätzlich höher ausfallen sollte als eine Minderung nach Art. 6 SVKG, zumal Letztere eine weniger weitreichende Zusammenarbeit voraussetzt (vgl. PICHT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 6 SVKG N. 14 f.; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 86 m.w.H.; TAGMANN, a.a.O., S. 278). Die Mitwirkung unter dem Titel der Bonusregelung sollte daher für ein Unternehmen

grundsätzlich zu einer grösseren Belohnung führen als die Kooperation unter dem Aspekt der milderen Umstände nach Art. 6 SVKG, ansonsten die Attraktivität und Wirksamkeit der Bonusregelung geschmälert werden könnten (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 8.3.6, Publigroupe, m.w.H.; ROTH/BOVET, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 49a KG N. 66; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 86). 11. Bonusregelung Strittig und zu prüfen ist somit, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Sanktion nach der Bonusregelung zu reduzieren ist. 11.1 Standpunkt der Beschwerdeführerin Die Beschwerdeführerin erhebt einen Anspruch auf eine – in den Rechtsbegehren nicht bezifferte – Sanktionsreduktion unter dem Titel der Bonusregelung nach Art. 12 ff. SVKG (vgl. Beschwerde, Rz. 21 ff.). Zur Begründung macht sie im Einzelnen geltend, sie habe der Vorinstanz sämtliche für sie greifbaren Informationen verzugslos zur Verfügung gestellt. Eine weitergehende Kooperation sei ihr objektiv unmöglich gewesen. Es widerspreche dem gesetzgeberischen Gedanken zur Selbstanzeige, kooperierenden Unternehmen einen (teilweisen) Erlass der Sanktion zu

B-721/2018 Seite 33 versagen, weil sie subjektiv und teils auch objektiv unmögliche Beweismittel nicht vorgelegt hätten. Dadurch würden Unternehmen zurückhaltender agieren, wenn sie sich für oder gegen eine Selbstanzeige entschieden. Die Auffassung der Vorinstanz habe zur Folge, dass ein Unternehmen zwingend umfassende Angaben zu einem Sachverhalt machen müsse und Teilinformationen zur Erlangung eines Selbstanzeigerstatus nicht genügen. Die Haltung der Vorinstanz stimme sodann nicht mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne (Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.5) überein, wonach Selbstanzeiger "den Wettbewerbsbehörden nach bestem Wissen zutreffende Informationen zur angezeigten Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung liefern" müssten [Hervorhebung durch die Beschwerdeführerin]. Schliesslich verlange auch das Gleichbehandlungsgebot, dass ihr der Selbstanzeigerstatus gewährt werde. Denn die Vorinstanz habe Implenia als Selbstanzeigerin anerkannt, obwohl diese erst Jahre nach der Untersuchungseröffnung in Bezug auf das in Frage stehende Projekt kooperiert und der Vorinstanz bereits seit Jahren vorliegende Beweismittel vorgelegt habe (vgl. Beschwerde, Rz. 5 ff., 24 ff.; Replik, Rz. 34, 36, 39). 11.2 Standpunkt der Vorinstanz Die Vorinstanz verneint einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Sanktionsreduktion unter dem Titel der Bonusregelung, berücksichtigt ihre Kooperation jedoch als mildernden Umstand im Sinne von Art. 6 SVKG mit einer Sanktionsreduktion in der Höhe von 25%. Die Vorinstanz führt zur Begründung aus, eine Selbstanzeigerin müsse einen kartellrechtlich relevanten Sachverhalt anzeigen. Die Beschwerdeführerin habe ihr kartellrechtswidriges Verhalten bei dem vorliegenden Bauprojekt vor der Zustellung des Verfügungsantrags jedoch nicht mit hinreichender Klarheit angezeigt. Zwar habe die Beschwerdeführerin in ihren Eingaben vom 7. Dezember 2012 und vom 19. April 2016 Indizien vorgelegt, wonach sie von einer Konkurrentin mit Kalkulationsdaten bedient worden sei. Durch offengehaltene Formulierungen habe sie sich jedoch nicht festgelegt. Nichts anderes ergebe sich aus der – in der Verfahrensgeschichte der Verfügung nicht erwähnten – Eingabe vom 17. Mai 2013. Es spiele dabei keine Rolle, aus welchen Gründen die Beschwerdeführerin den relevanten Sachverhalt nicht mit der gebotenen Klarheit angezeigt habe (vgl. Verfügung, Rz. 173 ff., 179; Vernehmlassung, Rz. 15, 17 f., 23, 26; Duplik, Rz. 6 f.).

B-721/2018 Seite 34 Dass die Beschwerdeführerin die Beteiligung an einem Wettbewerbsverstoss bereits in einem frühen Stadium nicht bestritten und in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats den Sachverhalt ausdrücklich und vollumfänglich anerkannt habe, sei jedoch als mildernder Umstand im Sinne von Art. 6 SVKG zu berücksichtigen (vgl. Verfügung, Rz. 177, 180; Vernehmlassung, Rz. 7, 18, 27; Duplik Rz. 7). 11.3 Bonusregelung im Allgemeinen 11.3.1 Nach Art. 49a Abs. 2 KG kann auf eine Belastung eines Unternehmens mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn dieses an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt. Die Voraussetzungen und Modalitäten des vollständigen Sanktionserlasses werden von der KG-Sanktionsverordnung (SVKG) in Art. 8 ff. und jene des teilweisen Sanktionserlasses in Art. 12 ff. SVKG näher ausgeführt. 11.3.2 Mit der Bonusregelung verfolgt der Gesetzgeber verschiedene Zwecke. Sie soll es den Wettbewerbsbehörden insbesondere ermöglichen oder wesentlich erleichtern, Sachverhalte, die mutmasslich Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG darstellen, zu untersuchen und aufzuklären (vgl. Botschaft KG 2002, 2038; PATRICK SOMMER, Praktische Verfahrensfragen bei Inanspruchnahme der Bonusregelung, Jusletter vom

## **E. 11**

Bonusregelung Strittig und zu prüfen ist somit, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Sanktion nach der Bonusregelung zu reduzieren ist.

### **E. 11.1**

Standpunkt der Beschwerdeführerin Die Beschwerdeführerin erhebt einen Anspruch auf eine - in den Rechtsbegehren nicht bezifferte - Sanktionsreduktion unter dem Titel der Bonusregelung nach Art. 12 ff. SVKG (vgl. Beschwerde, Rz. 21 ff.). Zur Begründung macht sie im Einzelnen geltend, sie habe der Vorinstanz sämtliche für sie greifbaren Informationen verzugslos zur Verfügung gestellt. Eine weitergehende Kooperation sei ihr objektiv unmöglich gewesen. Es widerspreche dem gesetzgeberischen Gedanken zur Selbstanzeige, kooperierenden Unternehmen einen (teilweisen) Erlass der Sanktion zu versagen, weil sie subjektiv und teils auch objektiv unmögliche Beweismittel nicht vorgelegt hätten. Dadurch würden Unternehmen zurückhaltender agieren, wenn sie sich für oder gegen eine Selbstanzeige entschieden. Die Auffassung der Vorinstanz habe zur Folge, dass ein Unternehmen zwingend umfassende Angaben zu einem Sachverhalt machen müsse und Teilinformationen zur Erlangung eines Selbstanzeigerstatus nicht genügen. Die Haltung der Vorinstanz stimme sodann nicht mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne (Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.5) überein, wonach Selbstanzeiger "den Wettbewerbsbehörden nach bestem Wissen zutreffende Informationen zur angezeigten Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung liefern" müssten [Hervorhebung durch die Beschwerdeführerin]. Schliesslich verlange auch das Gleichbehandlungsgebot, dass ihr der Selbstanzeigerstatus gewährt werde. Denn die Vorinstanz habe Implenia als Selbstanzeigerin anerkannt, obwohl diese erst Jahre nach der Untersuchungseröffnung in Bezug auf das in Frage stehende Projekt kooperiert und der Vorinstanz bereits seit Jahren vorliegende Beweismittel vorgelegt habe (vgl. Beschwerde, Rz. 5 ff., 24 ff.; Replik, Rz. 34, 36, 39).

### **E. 11.2**

Standpunkt der Vorinstanz Die Vorinstanz verneint einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Sanktionsreduktion unter dem Titel der Bonusregelung, berücksichtigt ihre Kooperation jedoch als mildernden Umstand im Sinne von Art. 6 SVKG mit einer Sanktionsreduktion in der Höhe von 25%. Die Vorinstanz führt zur Begründung aus, eine Selbstanzeigerin müsse einen kartellrechtlich relevanten Sachverhalt anzeigen. Die Beschwerdeführerin habe ihr kartellrechtswidriges Verhalten bei dem vorliegenden Bauprojekt vor der Zustellung des Verfügungsantrags jedoch nicht mit hinreichender Klarheit angezeigt. Zwar habe die Beschwerdeführerin in ihren Eingaben vom 7. Dezember 2012 und vom 19. April 2016 Indizien vorgelegen, wonach sie von einer Konkurrentin mit Kalkulationsdaten bedient worden sei. Durch offen gehaltene Formulierungen habe sie sich jedoch nicht festgelegt. Nichts anderes ergebe sich aus der - in der Verfahrensgeschichte der Verfügung nicht erwähnten - Eingabe vom 17. Mai 2013. Es spiele dabei keine Rolle, aus welchen Gründen die Beschwerdeführerin den relevanten Sachverhalt nicht mit der gebotenen Klarheit angezeigt habe (vgl. Verfügung, Rz. 173 ff., 179; Vernehmlassung, Rz. 15, 17 f., 23, 26; Duplik, Rz. 6 f.). Dass die Beschwerdeführerin die Beteiligung an einem Wettbewerbsverstoss bereits in einem frühen Stadium nicht bestritten und in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats den Sachverhalt ausdrücklich und vollumfänglich anerkannt habe, sei jedoch als mildernder Umstand im Sinne von Art. 6 SVKG zu berücksichtigen (vgl. Verfügung, Rz. 177, 180; Vernehmlassung, Rz. 7, 18, 27; Duplik Rz. 7).

### **E. 11.3**

Bonusregelung im Allgemeinen

#### **E. 11.3.1**

Nach Art. 49a Abs. 2 KG kann auf eine Belastung eines Unternehmens mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn dieses an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt. Die Voraussetzungen und Modalitäten des vollständigen Sanktionserlasses werden von der KG-Sanktionsverordnung (SVKG) in Art. 8 ff. und jene des teilweisen Sanktionserlasses in Art. 12 ff. SVKG näher ausgeführt.

#### **E. 11.3.2**

Mit der Bonusregelung verfolgt der Gesetzgeber verschiedene Zwecke. Sie soll es den Wettbewerbsbehörden insbesondere ermöglichen oder wesentlich erleichtern, Sachverhalte, die mutmasslich Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG darstellen, zu untersuchen und aufzuklären (vgl. Botschaft KG 2002, 2038; Patrick Sommer, Praktische Verfahrensfragen bei Inanspruchnahme der Bonusregelung, Jusletter vom 17. Oktober 2005, Rz. 4 f.); es soll nicht zuletzt auch der Untersuchungsaufwand des Sekretariats vermindert werden (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 12 Abs. 2; Damian Graf, Der Verwaltungsrat und die kartellrechtliche Bonusregelung, SZW 2014, S. 497; Tagmann/Zirlick, Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, Jusletter vom 10. August 2009, Rz. 39). Ein Unternehmen, das an einer entsprechenden Wettbewerbsabrede beteiligt war, soll für den von ihm bei deren Aufdeckung oder Nachweis erbrachten Beitrag belohnt werden (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.4, Engadin IV Foffa Conrad). (1) Vollständiger Sanktionserlass

#### **E. 11.3.3**

Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die Vorinstanz 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 den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, eine Untersuchung nach Art. 27 KG zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation), oder Beweismittel vorlegt, welche es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation).

#### **E. 11.3.4**

Es ist vorliegend unbestritten, dass die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG hat. Wie das Bundesverwaltungsgericht in einem dasselbe Bauprojekt betreffenden Parallelfall festgehalten hat, hat Bezzola Denoth den relevanten Verstoss als erstes Unternehmen angezeigt (vgl. Urteil des BVGer B-697/2018 vom 28. November 2023 E. 12.6.9, Engadin VIII Implenia). So hat Bezzola Denoth in der Ergänzung ihrer Selbstanzeige vom 4. Dezember 2012 - und somit kurze Zeit nach Eröffnung der Untersuchung am 30. Oktober 2012 - als erstes Unternehmen konkrete Hinweise auf den vorliegend in Frage stehenden Verstoss eingereicht. Zudem hat Bezzola Denoth der Vorinstanz in ihrer Eingabe vom 1. Februar 2013 und demnach bereits in einer frühen Phase des - bis zur Verfahrenstrennung am 23. November 2015 (vgl. Sachverhalt, L) einheitlich geführten - Untersuchungsverfahrens unaufgefordert je eine E-Mail der Bezzola Denoth an die Beschwerdeführerin vom 6. und 8. Juli 2011 (vgl. Sachverhalt, H) eingereicht, welche die Vorinstanz als entscheidende Beweismittel für eine Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin und Bezzola Denoth über die gegenseitige Koordination der Angebote einstuft (vgl. Verfügung, Rz. 181 f.). Es besteht aufgrund der Akten kein Anlass, diese Einschätzung anzuzweifeln.

#### **E. 11.3.5**

Im Streit stehen somit einzig die Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion nach der Bonusregelung. (2) Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung im Allgemeinen

#### **E. 11.3.6**

Für die weiteren Selbstanzeiger sehen Art. 12 Abs. 1 und 2 SVKG eine Sanktionsreduktion von bis zu 50% des nach den Bestimmungen der Art. 3-7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags vor, sofern das Unternehmen "an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt" (franz.: "a participé spontanément à une procédure") und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

#### **E. 11.3.7**

Das Instrument der Sanktionsreduktion nach Art. 12 ff. SVKG ist auf Selbstanzeiger anwendbar, welche eine oder mehrere Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nicht erfüllen. Es erfasst insbesondere Selbstanzeiger, die mangels zeitlicher Priorität für einen vollständigen Erlass der Sanktion nicht in Frage kommen (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.14, Engadin IV Foffa Conrad; Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 4 Bst. a; David/Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, N. 791; Dähler/Krauskopf, a.a.O., S. 147; Tagmann/Zirlick, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 144; Zimmerli, a.a.O., S. 675).

### **E. 11.3.8**

Die Bestimmung von Art. 49a Abs. 2 KG setzt für einen vollständigen Erlass oder eine Reduktion der Sanktion voraus, dass das betreffende Unternehmen "mitwirkt". Die Mitwirkung muss sich gemäss Wortlaut der Bestimmung auf die Aufdeckung und die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung beziehen. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter dem Begriff der Aufdeckung die Aufklärung eines Sachverhalts verstanden. Dies deutet darauf hin, dass "Mitwirkung" im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG primär die Unterstützung der Wettbewerbsbehörden bei der Ermittlung des Sachverhalts bedeutet (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.17, Engadin IV Foffa Conrad, m.w.H.).

### **E. 11.3.9**

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinen Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau sowie Musik Hug festgehalten, dass ein Selbstanzeiger überzeugend und auf die vorgeschriebene Weise mit der Wettbewerbsbehörde kooperieren müsse, um einen vollständigen Erlass oder eine Reduktion der Sanktion zu erhalten. Dabei verwies das Bundesverwaltungsgericht auf die Bestimmungen sowohl von Art. 8 Abs. 2 Bst. c (Pflicht zu uneingeschränkter Kooperation) als auch von Art. 12 Abs. 1 SVKG (vgl. zum Wortlaut 11.3.6). Zu einer ausreichenden Kooperation eines Selbstanzeigers gehöre auch, dass dieser den Wettbewerbsbehörden nach bestem Wissen zutreffende Informationen und Beweismittel zur angezeigten Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung liefert (vgl. Urteile des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.5, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht; B-807/2012 E. 8.5.5.5, Erne; B-829/2012 E. 7.5.5.5 Granella; B-771/2012 Cellere; B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 4.1.1, Musik Hug; B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 9.2.3, Luftfracht).

### **E. 11.3.10**

Die Mitwirkung im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG ist des Weiteren abzugrenzen von den allgemeinen gesetzlichen Mitwirkungspflichten der Parteien eines Verwaltungsverfahrens nach Art. 13 VwVG. Diese werden in Kartellverwaltungsverfahren durch die Auskunftspflicht nach Art. 40 KG konkretisiert und erweitert. Danach haben sowohl Beteiligte an Abreden und an Zusammenschlüssen als auch marktmächtige Unternehmen und betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Unterlagen vorzulegen (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 81, Swisscom ADSL; B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 5, Gaba; B-3882/2021 vom 16. Februar 2023 E. 4; B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.28, Engadin IV Foffa Conrad, m.w.H.).

### **E. 11.3.11**

Demgegenüber stellt die Mitwirkung des Selbstanzeigers im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG keine durchsetzbare Rechtspflicht dar. Sie erfolgt denn auch nicht aufgrund eines auf gesetzliche Mitwirkungs- und Auskunftspflichten gestützten Auskunftsbegehrens. Vielmehr hat die Mitwirkung unaufgefordert, d.h. freiwillig und aus eigenem Antrieb zu erfolgen. Der Verordnungsgeber hat dies in Art. 8 Abs. 2 Bst. b und Art. 12 Abs. 1 SVKG ausdrücklich festgehalten. Die Mitwirkung ist deshalb rechtlich eine Obliegenheit (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.28, Engadin IV Foffa Conrad).

### **E. 11.3.12**

Es fragt sich bei dieser Ausgangslage, nach welchen Kriterien über die Höhe der Reduktion zu befinden ist. Mit Blick auf den Wortlaut von Art. 49a Abs. 2 KG ist es zunächst naheliegend, auf den Beitrag des Selbstanzeigers bei der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung abzustellen. In diesem Sinne legte der Verordnungsgeber fest, dass für die Höhe der Reduktion die "Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg" massgebend sei (Art. 12 Abs. 2 SVKG). Das vom Verordnungsgeber vorgegebene Kriterium für die Festlegung der Höhe der Sanktionsreduktion ist demzufolge - im Einklang mit dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 2 KG und den Zwecken der Aufklärungs- und Ermittlungshilfe (vgl. Urteil des BVGer 645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.5 ff., Engadin IV Foffa Conrad) - der objektiv feststellbare Wert des Beitrags zur Erleichterung der Aufklärung und des Nachweises des Verstosses (sog. Mehrwert; Zimmerli, a.a.O., S. 650 ["beweisrechtlicher Mehrwert"]; vgl. auch David/Jacobs, a.a.O., S. 274; E. 11.3.2, UNCTAD, Competition Guidelines: Leniency Programmes, 2016, Ziff. 7.1 ["value added"] sowie rechtsvergleichend die Mitteilung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit, Rz. 5, 24 ff.). Die Mitwirkung muss sich somit in objektiv nachvollziehbarer Weise auf die Aufdeckung des Verstosses oder auf die Beweisführung und damit auf den Verfahrensausgang auswirken (vgl. Sommer, a.a.O., Rz. 26; Tagmann/Zirlick, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 146; Weber/Volz, a.a.O., Rz. 4.434). Dabei kann qualitativen und quantitativen Aspekten sowie dem Zeitpunkt der Mitwirkung Rechnung getragen werden (vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.10.1, 11.4.10.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht; Krauskopf, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49 Abs. 1-2 N. 96; Krauskopf/Senn, a.a.O., S. 18; Picht, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 12 SVKG N. 11; Tagmann/Zirlick, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 139g, 156a; vgl. auch Mitteilung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit, Rz. 5). Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang auch die der Wettbewerbsbehörde bereits vorliegenden Beweismittel (vgl. Urteile des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.4.11, Engadin IV Foffa Conrad, m.H.; B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.10.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht sowie rechtsvergleichend EuGH, EU:C:2007:277, Rz. 88, SGL Carbon).

#### **E. 11.3.13**

Eine Reduktion der Sanktion unter dem Aspekt der Bonusregelung kann somit angezeigt sein, wenn der Selbstanzeiger unaufgefordert einen erheblichen Beitrag zur Aufdeckung der Wettbewerbsbeschränkung oder zur Vereinfachung des Verfahrens erbracht hat (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.4.11, Engadin IV Foffa Conrad). Diese Anforderung entspricht auch dem Anliegen einer sachgerechten Abgrenzung zwischen der bonusrechtlichen Sanktionsreduktion und der Minderung der Sanktion für besonders gute Kooperation (vgl. E. 13.1.5).

#### **E. 11.3.14**

Die Wettbewerbsbehörde hat bei der Frage, ob und in welchem Umfang die Sanktion nach der Bonusregelung zu reduzieren ist, ein pflichtgemäss und unter Würdigung aller relevanten Umstände auszuübendes Ermessen (vgl. Botschaft KG 2002, 2039; Urteile des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 4.6 f., Musik Hug; B-2782/2007 vom 4. Oktober 2007 E. 5, Stiftung Pro Helvetia; Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.25, Engadin IV Foffa Conrad, m.w.H.).

#### **E. 11.3.15**

Ungeachtet des auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geltenden Untersuchungsgrundsatzes (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG) trägt das Unternehmen, das eine Sanktionsreduktion unter dem Titel der Bonusregelung geltend macht, die objektive Beweislast für den von ihm behaupteten Mehrwert seiner Mitwirkung (vgl. rechtsvergleichend EuGH, EU:C:2009:576, Rz. 297 f., Erste Group Bank; EuG, EU:T:2012:493, Rz. 51, Kuwait Petroleum). Dies entspricht der Grundregel der Beweislastverteilung nach Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210), die grundsätzlich auch im öffentlichen Recht gilt. Danach trägt diejenige Partei die Beweislast für das Vorliegen einer Tatsache, die aus dieser Tatsache Rechte ableitet (vgl. Urteil des BVGer B-697/2018 vom 28. November 2023 E. 14.2, Engadin VIII Implenia, m.w.H.).

## **E. 12**

Beurteilung im vorliegenden Fall

### **E. 12.1**

Strittig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für eine Sanktionsreduktion nach Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 12 SVKG erfüllt.

### **E. 12.2**

Die Beschwerdeführerin hat im Rahmen ihrer Bonusmeldung die folgenden Eingaben eingereicht: Am 1. November 2012 hat die Beschwerdeführerin eine Bonusmeldung für die Region "Unterengadin" eingereicht. Diese umfasst keine Hinweise auf das in Frage stehende Projekt. In ihrer Eingabe vom 7. Dezember 2012 führte die Beschwerdeführerin aus, es seien bei dem in Frage stehenden Projekt keine eigenen Kalkulationsdaten hinterlegt. Dies spreche dafür, dass sie diese von einem Konkurrenzunternehmen erhalten habe. Der exakte Ablauf sei für sie jedoch nicht eruierbar, weil sie keine Unterlagen zu diesem Projekt habe und der (Funktion) B. \_\_\_\_\_ sich nicht mehr genau erinnern könne (vgl. Vorinstanz, act. IX.B.7 [25-0038], S. 17). In ihrer Eingabe vom 17. Mai 2013 führte die Beschwerdeführerin über das in Frage stehende Projekt aus, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass sie von einem Mitbewerber die "Kalkulation erhalten" und dann "den Preis nachträglich erhöht" habe (vgl. Vorinstanz, act. IX.B.19 [25-0038], S. 3). In ihrer Eingabe vom 19. April 2016 hielt die Beschwerdeführerin erneut fest, sie habe "mutmasslich" die Kalkulationsdaten eines Konkurrenten erhalten. Sie erneuerte zudem ihre Aussage, dass sie in Bezug auf das vorliegende Projekt über keine Unterlagen mehr verfüge und sich auch B. \_\_\_\_\_ als (Funktion) nicht mehr genau an den Fall erinnern könne. Der exakte Ablauf sei dementsprechend nicht mehr eruierbar (vgl. Vorinstanz, act. 5 [22-0465/25-0038], S. 3).

### **E. 12.3**

Bei einer Würdigung dieser Eingaben fällt auf, dass die Beschwerdeführerin es jeweils als möglich bezeichnet hat, von einer Konkurrentin die Kalkulationsdaten über das betreffende Projekt erhalten zu haben. Ausser dem Hinweis, dass in ihrem IT-System keine eigenen Ansätze hinterlegt seien, liefert sie hierfür jedoch keine konkreten Hinweise. Vielmehr legt sich die Beschwerdeführerin - wie die Vorinstanz zutreffend festhält (vgl. Verfügung, Rz. 175) - insoweit nicht fest. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht dargetan, dass ihre Eingaben vom 7. Dezember 2012, 17. Mai 2013 und 19. April 2016 einen erheblichen Beitrag bei der Aufklärung des Kartellrechtsverstosses im Sinne der aufgezeigten Rechtsprechung (vgl. E. 11.3.12) erbracht hätten. Dies gilt umso mehr, als Bezzola Denoth bereits früh entscheidende Beweismittel vorgelegt hat (vgl. E. 11.3.4).

### **E. 12.3.1**

Die Beschwerdeführerin hat zwar in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 zum Verfügungsantrag des Sekretariats die Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede ausdrücklich anerkannt (vgl. Sachverhalt, Q). Sie führte im Einzelnen Folgendes aus: "[Die Beschwerdeführerin] bestreitet nicht bzw. anerkennt, in Bezug auf die Ausschreibung (...) an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG beteiligt gewesen zu sein." (vgl. Vorinstanz, act. 78 [22-0465], S. 1) Diese Anerkennung erfolgte jedoch erst zu einem späten Zeitpunkt des Verfahrens. Denn mit der Übermittlung des Verfügungsantrags an die Untersuchungsadressaten hat das Sekretariat seine Untersuchung des Sachverhalts sowie die rechtliche Würdigung (vorläufig) abgeschlossen. Es ist denn auch nicht ersichtlich und wird auch nicht aufgezeigt, dass die Anerkennung die Aufklärung des Kartellrechtsverstosses oder das Verfahren in erheblicher Weise erleichtert hätte.

### **E. 12.3.2**

Die Beschwerdeführerin hat demzufolge trotz ihrer Bemühungen um Mitwirkung keine näheren Informationen und keine Beweismittel über den Kartellrechtsverstoss vorgelegt. Sie hat ihre Angaben zu dem in Frage stehenden Kartellrechtsverstoss im weiteren Verlauf des Verfahrens auch nicht weiter substantiiert. Damit kann der von der Beschwerdeführerin bei der Aufdeckung des Verstosses oder der Vereinfachung des Verfahrens geleistete Mehrwert nicht als erheblich eingestuft werden. Aus welchen Gründen ihr - wie sie geltend macht - eine weitergehendere Mitwirkung nicht möglich war, ist - wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Vernehmlassung, Rz. 17) - nach dem Gesagten unerheblich (vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.10.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht).

### **E. 12.3.3**

Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion auf der Grundlage von Art. 12 ff. SVKG demzufolge zu Recht verneint. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in ihrer Sanktionsverfügung die Verfahrensgeschichte unvollständig wiedergegeben und entscheidrelevante Tatsachen nicht gewürdigt, geht schon aus diesem Grund ins Leere. Denn auch die in der angefochtenen Verfügung nicht aufgeführte Eingabe der Beschwerdeführerin vom 17. Mai 2013 enthält - wie auch ihre anderen Eingaben - keine Angaben, die weitere Aufschlüsse über den betreffenden Kartellrechtsverstoss liefern könnten.

### **E. 12.3.4**

In Anbetracht dessen sind die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin, mit denen sie ihren Anspruch auf eine Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung begründet, unerheblich. Dies betrifft insbesondere die Rüge der Verletzung der Rechtsgleichheit im Verhältnis zu Implenia. Zu letzterem Gesichtspunkt ist festzuhalten, dass weder das Bundesverwaltungsgericht noch das Bundesgericht bei der Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen an einzelne Entscheide oder eine Praxis der Verwaltungsbehörden gebunden sind, andernfalls der verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Rechts unterlaufen würde (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.3; Urteil des BVGer B-716/2018 vom 23. November 2023 E. 9.2.3.2, Engadin VI Implenia).

## **E. 13**

Sanktionsminderung nach Art. 6 Abs. 1 SVKG

### **E. 13.1**

Zu prüfen bleibt eine Sanktionsreduktion für eine besonders gute Kooperation ausserhalb der Bonusregelung unter dem Titel der mildernden Umstände nach Art. 6 Abs. 1 SVKG.

#### **E. 13.1.1**

Bei mildernden Umständen ist die Sanktion gemäss Art. 6 SVKG zu mindern. Als mildernder Umstand erwähnt Art. 6 Abs. 1 SVKG beispielhaft die Einstellung der Wettbewerbsbeschränkung spätestens vor Eröffnung eines Kartellverwaltungsverfahrens gemäss Art. 26-30 KG. Für Preis- und Gebietsabsprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG werden mit dem ausschliesslich passiven Verhalten sowie dem Unterlassen von vereinbarten Vergeltungsmassnahmen zwei weitere Milderungsumstände aufgeführt (Art. 6 Abs. 2 SVKG). Die Aufzählung ist nicht abschliessender Natur. Daher sind auch sonstige mildernde Umstände bei der Sanktionierung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens zu berücksichtigen. Es darf sich hierbei nicht um Aspekte handeln, die bereits bei der Festlegung des Basisbetrags zu berücksichtigen sind (vgl. Urteile des BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.6.1, CA Auto Finance Suisse; B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 15.2.7.1, Vifor; B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 778, ADSL II; B-831/2011 vom 18. Dezember 2011 E. 1628, SIX).

#### **E. 13.1.2**

Gemäss Praxis und Lehre stellt eine besonders gute Kooperation einer Untersuchungsadressatin ausserhalb der Bonusregelung einen Milderungsgrund im Sinne von Art. 6 SVKG dar (vgl. Urteile des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 7.4.5.3 und E. 8.3.6, Publigroupe; B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.8, Swisscom WAN-Anbindung; B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 15.2.7.12, Vifor; B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.6.3 f., CA Auto Finance Suisse; Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, Rz. 12; Peter Picht, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 6 SVKG N. 14; Roth/Bovet, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 49a KG N. 66; Tagmann/Zirlick, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 75, 86).

#### **E. 13.1.3**

Voraussetzung für die Annahme einer besonders guten Kooperation ist, dass die Mitwirkung über den Umfang hinausgeht, zu dem die Untersuchungsadressatin aufgrund ihrer Auskunftspflicht und Mitwirkungspflicht nach Art. 40 KG i.V.m. Art. 13 VwVG ohnehin verpflichtet war (vgl. Urteile des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.8, Swisscom WAN-Anbindung; B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 15.2.7.12, Vifor; B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.6.4, CA Auto Finance Suisse; Peter Picht, in: OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 6 SVKG N. 15; Roth/Bovet, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 49a KG N. 66; Tagmann/Zirlick, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 74 f., 86).

#### **E. 13.1.4**

Zwar sieht die Bestimmung von Art. 6 SVKG keine Obergrenze für eine Minderung vor. Die zu einer Minderung führende Kooperation ist jedoch - wie aufgezeigt (vgl. E. 10.4.5) - typischerweise weniger weitreichend als die Zusammenarbeit, welche die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass oder eine Reduktion der Sanktion nach der Bonusregelung

erfüllt.

#### **E. 13.1.5**

Die Bestimmung von Art. 6 SVKG regelt ebenfalls nicht, nach welchen Kriterien die Minderung zu bemessen ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil in Sachen Autoleasing CA Auto Finance Suisse (B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.6.5) den Umfang, in dem die Untersuchungsadressatin den Nachweis des Kartellrechtsverstosses erleichtert habe, als sachgerechtes Kriterium für die Bemessung einer Minderung bezeichnet. Es verwies dabei auf die Bestimmung von Art. 12 Abs. 2 SVKG, welche die Sanktionsreduktion für Folgeanzeiger im Rahmen der Bonusregelung an die Wichtigkeit des Beitrags zum Verfahrenserfolg knüpft. Der entscheidende Aspekt ist damit die erbrachte Verfahrenserleichterung (vgl. Urteile des BVGer B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 15.2.7.13 f., Medikamenteninformation Vifor, m.H. auf das EU-Recht; B-5918/2017 vom 12. Dezember 2023 E. 332 ff., Baubeschlüsse Siegenia; Peter Picht, in: OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 6 SVKG N. 14; Tagmann/Zirlick, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 86). Mit Blick auf eine sachgerechte Abgrenzung der Minderung der Sanktion von der - regelmässig höheren - Sanktionsreduktion im Rahmen der Bonusregelung (vgl. E. 10.4.5) kann eine Minderung bereits bei einem geringen Mehrwert erfolgen.

#### **E. 13.1.6**

In diesem Rahmen kann eine besonders gute Kooperation etwa im Liefern von Hinweisen, in der Erteilung von Auskünften und der Herausgabe von Unterlagen, nach welchen die Wettbewerbsbehörden nicht spezifisch gefragt haben, oder im Anerkennen des vom Sekretariat festgestellten Sachverhalts bestehen (vgl. Tagmann/Zirlick, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 75, 86; in diesem Sinne auch das Merkblatt des Sekretariats zur Einvernehmlichen Regelung vom 28. Februar 2018, Rz. 12).

#### **E. 13.2**

Die angefochtene Verfügung stuft die Kooperation der Beschwerdeführerin als mildernden Umstand im Sinne von Art. 6 Abs. 1 SVKG ein und gewährt ihr hierfür eine Sanktionsreduktion von 25%, woraus ein Sanktionsbetrag von Fr. (...) resultiert. Zur Begründung wird ausgeführt, die Beschwerdeführerin habe ihre Beteiligung an dem in Frage stehenden Wettbewerbsverstoss bereits in einem frühen Verfahrensstadium nicht bestritten. Zudem habe die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag den ihr vorgeworfenen Sachverhalt ausdrücklich und vollumfänglich anerkannt (vgl. Verfügung, Rz. 180).

#### **E. 13.3**

Wie aufgezeigt, hat die Beschwerdeführerin bereits mit Eingabe vom 7. Dezember 2012 und damit zu einem frühen Zeitpunkt der Untersuchung darauf hingewiesen, dass in Bezug auf das in Frage stehende Projekt möglicherweise ein Kartellrechtsverstoss vorliege (vgl. Sachverhalt, G; E. 12.2). Zudem anerkannte die Beschwerdeführerin - wie erwähnt - in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag vom 14. Juni 2017 die ihr vorgeworfene Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede ausdrücklich (vgl. E. 12.3.1). Die Kooperation der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren geht über die Erfüllung der gesetzlichen Auskunft- und Mitwirkungspflicht (vgl. E. 13.1.3) hinaus. Den Erwägungen der Vorinstanz lässt sich entnehmen, dass diese Mitwirkung das Verfahren in einem gewissen - wenn auch nicht erheblichen - Umfang erleichtert hat. Wenngleich diese

Beurteilung nicht empirisch überprüft werden kann, erscheint sie plausibel, zumal die gezeigte Kooperationsbereitschaft für die Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden regelmässig förderlich ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbsbehörden bei der Beurteilung, ob der Milderungsgrund der besonderen Kooperation vorliegt, über einen weiten Beurteilungsspielraum verfügen (vgl. Urteile des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 7.4.5.3, Publigroupe; B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 15.2.7.14, Vifor; B-2798/2018 vom 16. Februar 2021 E. 12.3.4, Naxoo; B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.6.23, CA Auto Finance Suisse; Tagmann/Zirlick, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 65, 75). In diesem Lichte ist die Einschätzung der Vorinstanz, es liege eine besonders gute Kooperation vor, der mit einer Minderung der Sanktion nach Art. 6 SVKG Rechnung zu tragen sei, bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

#### **E. 13.4**

Es ist sodann zu beurteilen, ob die Minderung der Sanktion in der Höhe von 25% rechtmässig ist. Wie aufgezeigt, hat die Kooperation der Beschwerdeführerin nur einen bescheidenen Beitrag zur Vereinfachung des Verfahrens und zum Nachweis des relevanten Kartellverstosses erbracht. Die Bemühungen der Beschwerdeführerin, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, sind weitgehend erfolglos geblieben und haben sich kaum erkennbar auf das Verfahren ausgewirkt. Eine Minderung der Sanktion im Umfang von 25% erscheint deshalb als zu hoch.

#### **E. 14**

August 2023 E. 15.2.7, Engadin IV Foffa Conrad).

B-721/2018 Seite 26 Das vorinstanzliche Vorgehen, die Bemessungsgrundlage für den Basis- betrag anhand der Offertsumme von Bezzola Denoth als Schutznehmerin festzulegen, ist demzufolge bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

#### **E. 14.1**

Nach Art. 62 Abs. 2 VwVG kann die Beschwerdeinstanz die angefochtene Verfügung zuungunsten einer Partei ändern, soweit diese Bundesrecht verletzt oder auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts beruht; wegen Unangemessenheit darf die angefochtene Verfügung jedoch nicht zuungunsten einer Partei geändert werden, ausser im Falle der Änderung zugunsten einer Gegenpartei (vgl. Urteil des BVGer B-6888/2018 vom 18. Februar 2019 E. 11; HÄBERLI, in: Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 62 N. 23 f.).

#### **E. 14.2**

Von einer reformatio in peius ist – insbesondere in Fällen, in denen die Vorinstanz ein Ermessen hat – zurückhaltend Gebrauch zu machen.

B-721/2018 Seite 45 Diese ist vielmehr auf Fälle zu beschränken, in denen der angefochtene Entscheid offensichtlich unrichtig und die Korrektur von erheblicher Bedeutung ist (vgl. BGE 105 Ib 348 E. 18; Urteile des BGer 8C\_592/2012 vom

#### **E. 14.3**

Vorliegend verfügt die Vorinstanz – wie erwähnt – über einen erheblichen Beurteilungsspielraum bei der Beurteilung der Frage, ob eine besonders gute Kooperation als mildernder Umstand nach Art. 6 Abs. 1 SVKG vorliegt und wie die Minderung zu bemessen ist. Eine Sanktionsreduktion im unteren Drittel des Spektrums erscheint unter den

vorliegenden Umständen jedenfalls nicht als offensichtlich fehlerhaft, umso mehr, als bislang kaum eine einschlägige gefestigte Gerichtspraxis zur Bemessung der Minderung bei besonderer Kooperation besteht. Es ist der Beschwerdeführerin zugute zu halten, dass sie während des gesamten vorinstanzlichen Verfahrens eine kooperative Haltung zeigte und sich um eine Mitwirkung bemühte. Es kann dabei – wie erwähnt (vgl. E. 13.3) –

B-721/2018 Seite 46 davon ausgegangen werden, dass sie dabei einen gewissen, geringfügigen Beitrag zur Vereinfachung des Verfahrens erbracht hat. Es ist sodann zu berücksichtigen, dass die Vorinstanz bei der Festsetzung des Basisbeitragsatzes statt von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs unzutreffend von der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ausgegangen war (vgl. E. 10.3.13).

#### **E. 14.4**

Aus diesen Gründen ist die angefochtene Verfügung im Sanktionspunkt weder offenkundig rechtswidrig noch ist ein gewichtiges öffentliches Interesse an ihrer Korrektur ersichtlich. Die Voraussetzungen für eine reformatio in peius wären demzufolge nicht erfüllt. 15. Ergebnis Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Begehren nicht durchdringt. Sie hat keinen Anspruch auf eine Sanktionsreduktion unter dem Titel der Bonusregelung, erfüllt jedoch die Anforderungen an eine besonders gute Kooperation als mildernder Umstand nach Art. 6 Abs. 1 SVKG. Obschon die gewährte Minderung von 25% als zu hoch erscheint, ist die in der angefochtenen Verfügung ausgesprochene Sanktion von Fr. (...) zu bestätigen. 16. Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens

#### **E. 15**

Ergebnis Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Begehren nicht durchdringt. Sie hat keinen Anspruch auf eine Sanktionsreduktion unter dem Titel der Bonusregelung, erfüllt jedoch die Anforderungen an eine besonders gute Kooperation als mildernder Umstand nach Art. 6 Abs. 1 SVKG. Obschon die gewährte Minderung von 25% als zu hoch erscheint, ist die in der angefochtenen Verfügung ausgesprochene Sanktion von Fr. (...) zu bestätigen.

#### **E. 16**

September 2016 E. 9.1, 9.2.6, Nikon; WEBER/VOLZ, a.a.O., N. 3.231; vgl. auch E. 10.2).

#### **E. 16.1**

Die Beschwerde richtet sich sinngemäss auch gegen die Auferlegung von Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens (vgl. Urteil des BVGer B-716/2018 vom 23. November 2023 E. 17, Engadin VI Implenia). Diese belaufen sich auf insgesamt Fr. 33'777.–. Der Betrag setzt sich zunächst aus einem Zeitaufwand von 53.3 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 200.– und von 10.75 Stunden zu einem Ansatz Fr. 290.– zusammen, was einen Betrag von Fr. 13'777.– ergibt. Die Vorinstanz rechnet sodann vom ursprünglichen Verfahren Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) Verfahrenskosten von Fr. 20'000.– hinzu. Die Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren richtet sich nach der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2). Entsprechend dem Verursacherprinzip ist gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Keine Gebührenpflicht besteht gemäss Art. 3 Abs. 2 GebV-KG für Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für

eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben oder

B-721/2018 Seite 47 sich die vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird. Die Gebühr bemisst sich gemäss Art. 4 GebV-KG nach dem Zeitaufwand. Die Beschwerdeführerin hat das der vorliegend angefochtenen Verfügung zugrunde liegende Untersuchungsverfahren mitverursacht, nach dessen Abschluss die Vorinstanz zu Recht auf eine Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede geschlossen hat. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die angefochtene Verfügung der Beschwerdeführerin die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens anteilmässig auferlegt. Die betreffende Abrede war des Weiteren bereits Gegenstand des ursprünglichen Verfahrens Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden). Da die vorinstanzlichen Verfahrenshandlungen zum Teil vor der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 erfolgten, ist es ebenfalls nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz vom ursprünglichen Verfahren Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) Verfahrenskosten von Fr. 20'000.– hinzurechnet. Es besteht kein Grund, den vorinstanzlichen Entscheid hinsichtlich der Verfahrenskosten abzuändern. Dies gilt umso mehr, als die Höhe der der Beschwerdeführerin anteilmässig auferlegten Verfahrenskosten weder unangemessen oder sonstwie unverhältnismässig erscheint.

#### **E. 16.2**

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin unterliegt mit ihrer Beschwerde, weshalb ihr die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Die Bemessung richtet sich nach dem gestützt auf Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG erlassenen Reglement des Bundesverwaltungsgerichts über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2). Danach bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwierigkeit der Streit Sache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 1 Abs. 1 VGKE). Nach Art. 4 VGKE beträgt die Gerichtsgebühr in Streitigkeiten mit Vermögensinteresse bei einem Streitwert zwischen Fr. 100'000.– und Fr. 200'000.– maximal Fr. 10'000.–. Die vorliegend angefochtene Sanktion beläuft sich auf Fr. (...). Angesichts des Streitwerts und der Komplexität der zu beurteilenden Fragen ist die

B-721/2018 Seite 48 Gerichtsgebühr entsprechend dem einverlangten Kostenvorschuss auf Fr. 10'000.– festzulegen. Im vorliegenden Fall ist die Beschwerde abzuweisen, weshalb die Kosten des Beschwerdeverfahrens im Umfang von Fr. 10'000.– der Beschwerdeführerin vollumfänglich aufzuerlegen sind.

#### **E. 16.3**

Da die Beschwerde sich als unbegründet erweist, ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 VwVG).

B-721/2018 Seite 49

#### **E. 17**

Oktober 2005, Rz. 4 f.); es soll nicht zuletzt auch der Untersuchungsaufwand des Sekretariats vermindert werden (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 12 Abs. 2; DAMIAN GRAF, Der Verwaltungsrat und die kartellrechtliche Bonusregelung, SZW 2014, S. 497; TAGMANN/ZIRLICK, Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, Jusletter vom 10. August 2009, Rz. 39). Ein

Unternehmen, das an einer entsprechenden Wettbewerbsabrede beteiligt war, soll für den von ihm bei deren Aufdeckung oder Nachweis erbrachten Beitrag belohnt werden (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.4, Engadin IV Foffa Conrad). (1) Vollständiger Sanktionserlass 11.3.3 Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die Vorinstanz 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 den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, eine Untersuchung nach Art. 27 KG zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1

B-721/2018 Seite 35 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation), oder Beweismittel vorlegt, welche es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). 11.3.4 Es ist vorliegend unbestritten, dass die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG hat. Wie das Bundesverwaltungsgericht in einem das- selbe Bauprojekt betreffenden Parallelfall festgehalten hat, hat Bezzola Denoth den relevanten Verstoss als erstes Unternehmen angezeigt (vgl. Urteil des BVGer B-697/2018 vom 28. November 2023 E. 12.6.9, Engadin VIII Implenia). So hat Bezzola Denoth in der Ergänzung ihrer Selbstanzeige vom 4. Dezember 2012 – und somit kurze Zeit nach Eröffnung der Untersuchung am 30. Oktober 2012 – als erstes Unternehmen konkrete Hinweise auf den vorliegend in Frage stehenden Verstoss eingereicht. Zudem hat Bezzola Denoth der Vorinstanz in ihrer Eingabe vom 1. Februar 2013 und demnach bereits in einer frühen Phase des – bis zur Verfahrenstrennung am 23. November 2015 (vgl. Sachverhalt, L) einheitlich geführten – Untersuchungsverfahrens unaufgefordert je eine E-Mail der Bezzola Denoth an die Beschwerdeführerin vom 6. und 8. Juli 2011 (vgl. Sachverhalt, H) eingereicht, welche die Vorinstanz als entscheidende Beweismittel für eine Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin und Bezzola Denoth über die gegenseitige Koordination der Angebote einstuft (vgl. Verfügung, Rz. 181 f.). Es besteht aufgrund der Akten kein Anlass, diese Einschätzung anzuzweifeln. 11.3.5 Im Streit stehen somit einzig die Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion nach der Bonusregelung. (2) Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung im Allgemeinen 11.3.6 Für die weiteren Selbstanzeiger sehen Art. 12 Abs. 1 und 2 SVKG eine Sanktionsreduktion von bis zu 50% des nach den Bestimmungen der Art. 3-7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags vor, sofern das Unternehmen "an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt" (franz.: "a participé spontanément à une procédure") und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. 11.3.7 Das Instrument der Sanktionsreduktion nach Art. 12 ff. SVKG ist auf Selbstanzeiger anwendbar, welche eine oder mehrere Voraussetzungen

B-721/2018 Seite 36 für einen vollständigen Erlass der Sanktion nicht erfüllen. Es erfasst insbesondere Selbstanzeiger, die mangels zeitlicher Priorität für einen vollständigen Erlass der Sanktion nicht in Frage kommen (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.14, Engadin IV Foffa Conrad; Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 4 Bst. a; DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, N. 791; DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 147; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 144; ZIMMERLI, a.a.O., S. 675). 11.3.8 Die Bestimmung von Art. 49a Abs. 2 KG setzt für einen vollständigen Erlass oder eine Reduktion der Sanktion voraus, dass das betreffende Unternehmen

"mitwirkt". Die Mitwirkung muss sich gemäss Wortlaut der Bestimmung auf die Aufdeckung und die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung beziehen. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter dem Begriff der Aufdeckung die Aufklärung eines Sachverhalts verstanden. Dies deutet darauf hin, dass "Mitwirkung" im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG primär die Unterstützung der Wettbewerbsbehörden bei der Ermittlung des Sachverhalts bedeutet (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.17, Engadin IV Foffa Conrad, m.w.H.). 11.3.9 Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinen Urteilen in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau sowie Musik Hug festgehalten, dass ein Selbstanzeiger überzeugend und auf die vorgeschriebene Weise mit der Wettbewerbsbehörde kooperieren müsse, um einen vollständigen Erlass oder eine Reduktion der Sanktion zu erhalten. Dabei verwies das Bundesverwaltungsgericht auf die Bestimmungen sowohl von Art. 8 Abs. 2 Bst. c (Pflicht zu uneingeschränkter Kooperation) als auch von Art. 12 Abs. 1 SVKG (vgl. zum Wortlaut 11.3.6). Zu einer ausreichenden Kooperation eines Selbstanzeigers gehöre auch, dass dieser den Wettbewerbsbehörden nach bestem Wissen zutreffende Informationen und Beweismittel zur angezeigten Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung liefert (vgl. Urteile des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.5, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht; B-807/2012 E. 8.5.5.5, Erne; B-829/2012 E. 7.5.5.5 Granella; B-771/2012 Cellere; B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 4.1.1, Musik Hug; B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 9.2.3, Luftfracht). 11.3.10 Die Mitwirkung im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG ist des Weiteren abzugrenzen von den allgemeinen gesetzlichen Mitwirkungspflichten der Parteien eines Verwaltungsverfahrens nach Art. 13 VwVG. Diese werden in Kartellverwaltungsverfahren durch die Auskunftspflicht nach Art. 40 KG

B-721/2018 Seite 37 konkretisiert und erweitert. Danach haben sowohl Beteiligte an Abreden und an Zusammenschlüssen als auch marktmächtige Unternehmen und betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Unterlagen vorzulegen (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 81, Swisscom ADSL; B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 5, Gaba; B-3882/2021 vom 16. Februar 2023 E. 4; B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.28, Engadin IV Foffa Conrad, m.w.H.). 11.3.11 Demgegenüber stellt die Mitwirkung des Selbstanzeigers im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG keine durchsetzbare Rechtspflicht dar. Sie erfolgt denn auch nicht aufgrund eines auf gesetzliche Mitwirkungs- und Auskunftspflichten gestützten Auskunftsbegehrens. Vielmehr hat die Mitwirkung unaufgefordert, d.h. freiwillig und aus eigenem Antrieb zu erfolgen. Der Verordnungsgeber hat dies in Art. 8 Abs. 2 Bst. b und Art. 12 Abs. 1 SVKG ausdrücklich festgehalten. Die Mitwirkung ist deshalb rechtlich eine Obliegenheit (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.28, Engadin IV Foffa Conrad). 11.3.12 Es fragt sich bei dieser Ausgangslage, nach welchen Kriterien über die Höhe der Reduktion zu befinden ist. Mit Blick auf den Wortlaut von Art. 49a Abs. 2 KG ist es zunächst naheliegend, auf den Beitrag des Selbstanzeigers bei der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung abzustellen. In diesem Sinne legte der Verordnungsgeber fest, dass für die Höhe der Reduktion die "Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg" massgebend sei (Art. 12 Abs. 2 SVKG). Das vom Verordnungsgeber vorgegebene Kriterium für die Festlegung der Höhe der Sanktionsreduktion ist demzufolge – im Einklang mit dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 2 KG und den Zwecken der Aufklärungs- und Ermittlungshilfe (vgl. Urteil des BVGer 645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.5 ff., Engadin IV Foffa Conrad) – der objektiv feststellbare Wert des Beitrags zur

Erleichterung der Aufklärung und des Nachweises des Verstosses (sog. Mehrwert; ZIMMERLI, a.a.O., S. 650 ["beweisrechtlicher Mehrwert"]; vgl. auch DAVID/JACOBS, a.a.O., S. 274; E. 11.3.2, UNCTAD, Competition Guidelines: Leniency Programmes, 2016, Ziff. 7.1 ["value added"] sowie rechtsvergleichend die Mitteilung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit, Rz. 5, 24 ff.). Die Mitwirkung muss sich somit in objektiv nachvollziehbarer Weise auf die Aufdeckung des Verstosses oder auf die Beweisführung und damit auf den Verfahrensausgang auswirken (vgl. SOMMER, a.a.O., Rz. 26; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 146; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 4.434). Dabei kann qualitativen

B-721/2018 Seite 38 und quantitativen Aspekten sowie dem Zeitpunkt der Mitwirkung Rechnung getragen werden (vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.10.1, 11.4.10.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht; KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49 Abs. 1-2 N. 96; KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 18; PICHT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 12 SVKG N. 11; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 139g, 156a; vgl. auch Mitteilung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit, Rz. 5). Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang auch die der Wettbewerbsbehörde bereits vorliegenden Beweismittel (vgl. Urteile des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.4.11, Engadin IV Foffa Conrad, m.H.; B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.10.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht sowie rechtsvergleichend EuGH, EU:C:2007:277, Rz. 88, SGL Carbon). 11.3.13 Eine Reduktion der Sanktion unter dem Aspekt der Bonusregelung kann somit angezeigt sein, wenn der Selbstanzeiger unaufgefordert einen erheblichen Beitrag zur Aufdeckung der Wettbewerbsbeschränkung oder zur Vereinfachung des Verfahrens erbracht hat (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.4.11, Engadin IV Foffa Conrad). Diese Anforderung entspricht auch dem Anliegen einer sachgerechten Abgrenzung zwischen der bonusrechtlichen Sanktionsreduktion und der Minderung der Sanktion für besonders gute Kooperation (vgl. E. 13.1.5). 11.3.14 Die Wettbewerbsbehörde hat bei der Frage, ob und in welchem Umfang die Sanktion nach der Bonusregelung zu reduzieren ist, ein pflichtgemäss und unter Würdigung aller relevanten Umstände auszuübendes Ermessen (vgl. Botschaft KG 2002, 2039; Urteile des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 4.6 f., Musik Hug; B-2782/2007 vom 4. Oktober 2007 E. 5, Stiftung Pro Helvetia; Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.25, Engadin IV Foffa Conrad, m.w.H.). 11.3.15 Ungeachtet des auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geltenden Untersuchungsgrundsatzes (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG) trägt das Unternehmen, das eine Sanktionsreduktion unter dem Titel der Bonusregelung geltend macht, die objektive Beweislast für den von ihm behaupteten Mehrwert seiner Mitwirkung (vgl. rechtsvergleichend EuGH, EU:C:2009:576, Rz. 297 f., Erste Group Bank; EuG, EU:T:2012:493, Rz. 51, Kuwait Petroleum). Dies entspricht der Grundregel der Beweislastverteilung nach Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210), die grundsätzlich auch im öffentlichen Recht gilt. Danach trägt diejenige Partei die Beweislast für das Vorliegen einer Tatsache, die aus dieser Tatsache Rechte

B-721/2018 Seite 39 ableitet (vgl. Urteil des BVGer B-697/2018 vom 28. November 2023 E. 14.2, Engadin VIII Implenia, m.w.H.). 12. Beurteilung im vorliegenden Fall 12.1 Strittig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für eine Sanktionsreduktion nach Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 12 SVKG erfüllt. 12.2 Die Beschwerdeführerin hat im Rahmen ihrer Bonusmeldung die folgenden Eingaben

eingereicht: Am 1. November 2012 hat die Beschwerdeführerin eine Bonusmeldung für die Region "Unterengadin" eingereicht. Diese umfasst keine Hinweise auf das in Frage stehende Projekt. In ihrer Eingabe vom 7. Dezember 2012 führte die Beschwerdeführerin aus, es seien bei dem in Frage stehenden Projekt keine eigenen Kalkulationsdaten hinterlegt. Dies spreche dafür, dass sie diese von einem Konkurrenzunternehmen erhalten habe. Der exakte Ablauf sei für sie jedoch nicht eruierbar, weil sie keine Unterlagen zu diesem Projekt habe und der (Funktion) B. \_\_\_\_\_ sich nicht mehr genau erinnern könne (vgl. Vorinstanz, act. IX.B.7 [25-0038], S. 17). In ihrer Eingabe vom 17. Mai 2013 führte die Beschwerdeführerin über das in Frage stehende Projekt aus, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass sie von einem Mitbewerber die "Kalkulation erhalten" und dann "den Preis nachträglich erhöht" habe (vgl. Vorinstanz, act. IX.B.19 [25-0038], S. 3). In ihrer Eingabe vom 19. April 2016 hielt die Beschwerdeführerin erneut fest, sie habe "mutmasslich" die Kalkulationsdaten eines Konkurrenten erhalten. Sie erneuerte zudem ihre Aussage, dass sie in Bezug auf das vorliegende Projekt über keine Unterlagen mehr verfüge und sich auch B. \_\_\_\_\_ als (Funktion) nicht mehr genau an den Fall erinnern könne. Der exakte Ablauf sei dementsprechend nicht mehr eruierbar (vgl. Vorinstanz, act. 5 [22-0465/25-0038], S. 3). 12.3 Bei einer Würdigung dieser Eingaben fällt auf, dass die Beschwerdeführerin es jeweils als möglich bezeichnet hat, von einer Konkurrentin die Kalkulationsdaten über das betreffende Projekt erhalten zu haben. Ausser dem Hinweis, dass in ihrem IT-System keine eigenen Ansätze hinterlegt

B-721/2018 Seite 40 seien, liefert sie hierfür jedoch keine konkreten Hinweise. Vielmehr legt sich die Beschwerdeführerin – wie die Vorinstanz zutreffend festhält (vgl. Verfügung, Rz. 175) – insoweit nicht fest. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht dargestellt, dass ihre Eingaben vom 7. Dezember 2012, 17. Mai 2013 und

## **E. 19**

April 2016 einen erheblichen Beitrag bei der Aufklärung des Kartellrechtsverstosses im Sinne der aufgezeigten Rechtsprechung (vgl. E. 11.3.12) erbracht hätten. Dies gilt umso mehr, als Bezzola Denoth bereits früh entscheidende Beweismittel vorgelegt hat (vgl. E. 11.3.4). 12.3.1 Die Beschwerdeführerin hat zwar in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 zum Verfügungsantrag des Sekretariats die Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede ausdrücklich anerkannt (vgl. Sachverhalt, Q). Sie führte im Einzelnen Folgendes aus: "[Die Beschwerdeführerin] bestreitet nicht bzw. anerkennt, in Bezug auf die Ausschreibung (...) an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG beteiligt gewesen zu sein." (vgl. Vorinstanz, act. 78 [22-0465], S. 1) Diese Anerkennung erfolgte jedoch erst zu einem späten Zeitpunkt des Verfahrens. Denn mit der Übermittlung des Verfügungsantrags an die Untersuchungsadressaten hat das Sekretariat seine Untersuchung des Sachverhalts sowie die rechtliche Würdigung (vorläufig) abgeschlossen. Es ist denn auch nicht ersichtlich und wird auch nicht aufgezeigt, dass die Anerkennung die Aufklärung des Kartellrechtsverstosses oder das Verfahren in erheblicher Weise erleichtert hätte. 12.3.2 Die Beschwerdeführerin hat demzufolge trotz ihrer Bemühungen um Mitwirkung keine näheren Informationen und keine Beweismittel über den Kartellrechtsverstoss vorgelegt. Sie hat ihre Angaben zu dem in Frage stehenden Kartellrechtsverstoss im weiteren Verlauf des Verfahrens auch nicht weiter substantiiert. Damit kann der von der Beschwerdeführerin bei der Aufdeckung des Verstosses oder der Vereinfachung des Verfahrens geleistete Mehrwert nicht als erheblich eingestuft werden. Aus welchen Gründen ihr – wie sie geltend macht – eine weitergehendere Mitwirkung nicht

möglich war, ist – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Vernehmlassung, Rz. 17) – nach dem Gesagten unerheblich (vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.10.3, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht).

B-721/2018 Seite 41 12.3.3 Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion auf der Grundlage von Art. 12 ff. SVKG demzufolge zu Recht verneint. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in ihrer Sanktionsverfügung die Verfahrensgeschichte unvollständig wiedergegeben und entscheidrelevante Tatsachen nicht gewürdigt, geht schon aus diesem Grund ins Leere. Denn auch die in der angefochtenen Verfügung nicht aufgeführte Eingabe der Beschwerdeführerin vom 17. Mai 2013 enthält – wie auch ihre anderen Eingaben – keine Angaben, die weitere Aufschlüsse über den betreffenden Kartellrechtsverstoss liefern könnten. 12.3.4 In Anbetracht dessen sind die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin, mit denen sie ihren Anspruch auf eine Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung begründet, unerheblich. Dies betrifft insbesondere die Rüge der Verletzung der Rechtsgleichheit im Verhältnis zu Implenia. Zu letzterem Gesichtspunkt ist festzuhalten, dass weder das Bundesverwaltungsgericht noch das Bundesgericht bei der Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen an einzelne Entscheide oder eine Praxis der Verwaltungsbehörden gebunden sind, andernfalls der verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Rechts unterlaufen würde (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.3; Urteil des BVGer B-716/2018 vom

## **E. 23**

November 2012 E. 3.5; 2A.363/2002 vom 26. Mai 2003 E. 1.2; Urteile des BVGer B-3328/2015 vom 18. Oktober 2017 E. 3.1; B-6888/2018 vom 18. Februar 2019 E. 11; B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.2.17 f., CA Auto Finance Suisse). Diese Praxis beruht unter anderem auf der Überlegung, dass eine reformatio in peius grundsätzlich im Widerspruch zur Funktion des Bundesverwaltungsgerichts steht, neben der Durchsetzung des objektiven Rechts auch Individualrechtsschutz zu gewähren (vgl. PETER BÖCKLI, Reformatio in peius – oder der Schlag auf die hilfeschuchende Hand, ZBl 1980, 97 ff., 106 ff.). Es sind deshalb die öffentlichen Interessen an der korrekten Anwendung des materiellen Rechts den Rechtsschutzinteressen der betroffenen Partei gegenüberzustellen (vgl. Urteil des BVGer B-3328/2015 vom 18. Oktober 2017 E. 3.2, m.w.H.). Die zurückhaltende Praxis des Bundesverwaltungsgerichts bei der Vornahme einer reformatio in peius wird teilweise kritisiert. So wird in der Lehre mitunter die Ansicht vertreten, eine derart weitgehende Zurückhaltung sei auf Bundesebene bei den unteren Rechtsmittelinstanzen, denen im System der Bundesrechtspflege eine wesentlich andere Rolle als dem Bundesgericht zukomme, nicht angezeigt (vgl. HÄBERLI, in: Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 62 N. 31). Es besteht im vorliegenden Fall jedoch kein Anlass, von der entsprechenden Praxis des Bundesverwaltungsgerichts abzuweichen, zumal dem Rechtsschutzgedanken (auch) im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine gewichtige Bedeutung zukommt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.