

# **WEKO Bauleistungen See-Gaster vom 8. Juli 2016**

WEKO, 2016-07-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko\\_Bauleistungen\\_See-Gaster](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_Bauleistungen_See-Gaster)

FR: WEKO Bauleistungen See-Gaster du 8 juillet 2016

IT: WEKO Bauleistungen See-Gaster del 8 luglio 2016

## **Erwägungen**

### **E. 2**

OBERHOLZER Bauleistungen AG, Tunnelstrasse 5, 8732 Neuhaus,

### **E. 3**

OBERHOLZER Immobilien AG, Tunnelstrasse 5, 8732 Neuhaus, alle drei vertreten durch: RA Dr. Michael Tschudin, Wenger & Vieli AG; Dufourstrasse 56, 8034 Zürich;

### **E. 4**

Bernet Bau AG, Gewerbestrasse, 8737 Gommiswald, vertreten durch: RA Dr. Gion Giger, Walder Wyss AG, Postfach 1236, 8034 Zürich;

### **E. 5**

De Zanet AG, Wilenstrasse 1, 8722 Kaltbrunn, vertreten durch: RA Bernhard Rüdy; Goldschmiedstrasse 10, 8102, Oberengstringen;

### **E. 6**

Hagedorn AG, Rainstrasse 4, 8706 Meilen, vertreten durch: RA Dr. Franz Hoffet, RA Martin Thomann, Homburger AG, Prime Tower, Hardstrasse 201, 8005 Zürich;

### **E. 7**

Implenia Schweiz AG, Industriestrasse 24, 8305 Dietlikon, vertreten durch: RA Dr. Marcel Meinhardt, RA Dr. Frank Bremer, Lenz & Staehelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich;

### **E. 8**

Gebr. P. und J. Reichmuth AG, Schwerzistrasse 22, 8807 Freienbach,

### **E. 9**

Reichmuth Bauunternehmung AG, Schwerzistrasse 22, 8807 Freienbach, beide vertreten durch: RA Prof. Dr. Patrick L. Krauskopf, AGON Partners, Wiesenstrasse 17, 8008 Zürich;

### **E. 10**

Toller Unternehmungen AG, Speerstrasse 15, 8640 Rapperswil, vertreten durch: RA Marquard Christen, CMS von Erlach Poncet AG, Dreikönigstrasse 7, 8022 Zürich;

### **E. 11**

Walo Bertschinger AG St. Gallen, Sandrainstrasse 8, 9010 St. Gallen,

vertreten durch: RA Dr. Mani Reinert, Bär & Karrer AG, Brandchenkestrasse 90, 8027 Zürich.

Besetzung Vincent Martenet (Präsident, Vorsitz), Andreas Heinemann, Armin Schmutzler (Vizepräsidenten), Florence Bettschart-Narbel, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi, Daniel Lampart, Rudolf Minsch, Martin Rufer, Henrique Schneider, Danièle Wüthrich-Meyer

## 2 Inhaltsverzeichnis A Sachverhalt

.....	10 A.1	Gegenstand
der Untersuchung.....	10 A.2	Parteien
.....	10 A.2.1	Bernet
Bau AG.....	10 A.2.2	De Zanet
AG .....	11 A.2.3	Gebr. P.
und J. Reichmuth AG und Reichmuth Bauunternehmung AG .....	11 A.2.4	
Hagedorn AG .....	12 A.2.5	
Implenia Schweiz AG .....	12 A.2.6	
Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen, OBERHOLZER Bauleistungen AG und ANOBA Holding AG .....	13 A.2.7	
Toller Unternehmungen AG .....	14 A.2.8	
Walo Bertschinger AG St. Gallen .....	15 A.3	
Begriffe .....	15 A.4	
Verfahren .....	18 A.4.1	
Die Untersuchungseröffnung und die Hausdurchsuchung .....	18 A.4.2	
Die Einsprachen gegen die Durchsuchung und einvernehmliche Entsiegelungsverfahren .....	19 A.4.3	Selbstanzeigen gemäss
Art. 49a Abs. 2 KG .....	20 A.4.4	Ausdehnung der
Untersuchung und deren weiterer Verlauf .....	20 A.4.5	Die weiteren
Ermittlungshandlungen .....	21 A.4.6	Gewährung
von Akteneinsicht .....	23 A.4.7	
Einvernehmliche Regelung .....	23 A.4.8	
Geltendmachung der [...] .....	24 A.4.9	
Versand des Antrags und weitere Gewährung von Akteneinsicht .....	24 A.4.10	
Stellungnahmen der Parteien zum Antrag vom 20. Januar 2016.....	24	
A.4.10.1 Verfahren .....		
24 A.4.10.2 Inhalt der Stellungnahmen		
.....	25 A.4.10.2.1	Stellungnahme und
Anträge der Bernet Bau .....	26 A.4.10.2.2	Stellungnahme und
Anträge der Hagedorn .....	27 A.4.10.2.3	Stellungnahme und
Anträge der Oberholzer .....	28 A.4.10.2.4	Stellungnahme und
Anträge der Implenia .....	29 A.4.10.2.5	Stellungnahme und
Anträge der Walo .....	30 A.4.10.2.6	Stellungnahme und
Anträge der Toller.....	30 A.4.10.2.7	Stellungnahme und
Anträge der Reichmuth-Gesellschaften .....	32 A.4.10.2.8	Parteigutachten
von Swiss Economics .....	33 A.4.11	Anhörungen
.....	33 A.5	Kartellrechtlich
relevanter Sachverhalt .....	34 A.5.1	Einleitung
.....	34 A.5.2	
Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen, insbesondere zur Beweiswürdigung und zum Beweismass .....	34 A.5.2.1	
Grundsatz der freien Beweiswürdigung.....	35 A.5.2.2	

Beweismass .....	37	A.5.2.3
Beweisführungslast und objektive Beweislastverteilung .....	39	
A.5.2.4 Würdigung von verwertbaren Beweisen .....		
40		
3 A.5.2.4.1 Allgemeines .....		
40 A.5.2.4.2 Zum Antrag der Hagedorn auf Entfernung von in Pfäffikon beschlagnahmten Dokumenten aus den Akten .....	40	a.
Vorbringen der Hagedorn .....	40	b.
Würdigung des Antrags der Hagedorn .....	41	A.5.3
Zusammenarbeit in der Zeit zwischen 1977 bis Anfang 2002 .....	44	
A.5.3.1 Projektübergreifende Sitzungen unter Beteiligung der Untersuchungsadressaten und Herausbildung eines gemeinsamen Ziels .....	45	A.5.3.1.1
Treffen und Beschluss im Jahr 1977 .....	45	
A.5.3.1.2 Treffen und Beschluss im Jahr 1988 .....		
47 A.5.3.1.3 Treffen am 18. Mai 1994		
.....	48	A.5.3.1.4
Treffen am 25. Januar 1995 .....	50	A.5.3.1.5
Treffen am 1. März 1995 .....	54	A.5.3.1.6
Treffen Ende 2001 .....	56	A.5.3.1.7
Zwischenergebnis .....	57	A.5.3.2
Umsetzung der beschlossenen Zusammenarbeit: Verabredungen über die Zuteilung von einzelnen Projekten .....	61	A.5.3.3
Umsetzung der beschlossenen Zusammenarbeit: Regelmässige Treffen und Austausch von Listen («Submissionsprogramme»).....	71	A.5.3.3.1
Regelmässige Treffen im beschlossenen Rhythmus .....	71	A.5.3.3.2
Austausch von Submissionslisten zur Abklärung des Marktes und zur Interessensbekundung.....	75	A.5.3.4
Umsetzung der beschlossenen Zusammenarbeit: Teilweise Überwachung einer «gerechten» Verteilung zwischen den involvierten Unternehmen .....	77	A.5.3.5
Zwischenergebnis .....	79	A.5.4
Die Zusammenarbeit nach 2002 .....	80	A.5.4.1
Das MA-System .....	80	
A.5.4.1.1 Die Marktabklärungssitzungen und Submissionsprogrammssitzungen .....		
80 a. Jedem der acht Unternehmen war jeweils eine Kennziffer zugeordnet .....	81	b.
Zwischen Ende 2003 und Ende 2009 waren über 100 MA-Sitzungen geplant .....	82	c.
Eine Sitzungsplanung erfolgte auch in den Jahren 2002, 2003 und Anfang 2004 ..	91	d.
Von allen acht Unternehmen waren Personen beteiligt .....	93	e.
MA-Sitzungen fanden zwischen Mai 2004 und Juni 2009 regelmässig statt .....	94	f.
Auch von 2002 bis April 2004 fanden regelmässige Treffen zur Besprechung der «Submissionsprogramme» statt .....	106	g.
Ablauf der Sitzungen.....	108	h.
Jedes der acht Unternehmen war von 2002 bis Juni 2009 an Treffen in der Regel anwesend .....	109	i.
Zwischenergebnis zu den Sitzungen zwischen 2002 und Mitte 2009 .....	148	
A.5.4.1.2 Die Marktabklärungslisten und die Submissionsprogramme und ihr Austausch ...		
149 a. Beschreibung der Zeilen und Spalten der MA-Listen .....	149	
b. Meldung von Projekten für die MA-Listen bei der De Zanet .....	153	c.

Art, Anzahl und Wert der Bauprojekte auf den MA-Listen und den Submissionsprogrammen .....	158 d.
Dokumentation der Bekundung von Interessen an konkreten auf den MA-Listen aufgeführten Strassen- und/oder Tiefbauprojekten .....	161 e.
Entsprechende Aktualisierung der Listen durch die De Zanet und Versand der aktualisierten Listen .....	163
4 f. Die Bedeutungen der Zeilen zu den «Total A-Interessen» sowie den Gesamtwerten .....	163 g.
Zwischenergebnis .....	165
A.5.4.1.3 Zweck des MA-Systems und Einverständnis aller acht Unternehmen hiermit .....	166
166 a. Einleitung: Es geht um den Beweis von inneren Tatsachen .....	166
166 b. Zweck der Teilnahme an den MA-Sitzungen und der Geltendmachung von Interessen an einzelnen Projekten: Einvernehmliche Zuteilung von aufgelisteten Projekten und Ermöglichung von Schutzvereinbarungen .....	167
167 c. Das weitere Vorgehen nach der Interessensbekundung .....	182
182 d. Einverständnis der acht Unternehmen mit den Regeln des MA-Systems .....	186
186 e. Zwischenergebnis .....	188
A.5.4.1.4 Die Koordination nach den MA-Sitzungen: Gemeinsame Festlegungen betreffend die Zuteilung von einzelnen Projekten .....	189
189 a. Angaben der acht Unternehmen .....	189
189 b. Beweiswürdigung und Beweisergebnis: Gemeinsame Festlegung des schutznehmenden Unternehmens und der preislichen Höhen der Gewinnerofferte und der Stützofferten betreffend einzelne Bauprojekte.....	190
190 c. Ausgewählte Beispiele .....	196
196 d. Vorgehensweise bei der Abstimmung der einzureichenden Offerten aufeinander .....	211
211 e. Zwischenergebnis .....	222
A.5.4.1.5 Statistische Analysen betreffend die Zusammenarbeit der acht Unternehmen im Rahmen des MA-Systems .....	222
222 a. Überblick über die Datengrundlage und deren Verwendung .....	223
223 b. Kategorisierung und Quantifizierung der öffentlichen Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet und der diesbezügliche Aktivität der acht Unternehmen .....	227
227 c. Vom MA-System betroffene Projekte und Erfolgsquote .....	234
234 d. Das Bieterverhalten während und nach der MAL-Periode .....	248
248 e. Zwischenergebnis .....	253
A.5.4.1.6 Zwischenergebnis betreffend das MA-System .....	254
A.5.4.2 «Das Eigenoffertsystem» (EO-System).....	256
A.5.4.2.1 Inhalt der Eigenoffertlisten (EOL) und deren Verwaltung (Erstellung, Aktualisierung und Versand) .....	256
256 a. Begriff der Eigenofferte und deren Bedeutung .....	256
256 b. Beschreibung der EO-Listen .....	257
257 c. Meldung von Eigenofferten für die EO-Listen bei der Implenia.....	260
260 d. Anzahl und Wert der gemeldeten Eigenofferten .....	264
264 e. Erstellung der EOL durch die Implenia und Versand an alle acht Unternehmen ..	269
269 f. Die Rolle der Implenia im EO-System .....	271
271 g. Zwischenergebnis .....	272
272 A.5.4.2.2 Zweck und	

Funktionsweise des EO-Systems.....	272 a. Einleitung
.....	272 b. Zweck der
Meldung von Eigenofferten und Kostenvoranschlägen für die EO-Listen: Sicherung des gemeldeten Projekts vor den Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen	
.....	273 c. Das weitere
Vorgehen nach der Meldung der Eigenofferten für die EO-Listen .....	286 d.
Zwischenergebnis .....	288
A.5.4.2.3 Die Umsetzung des EO-Systems .....	
289	
5 a. Erfolg der Umsetzung .....	289 b.
Umsetzung am Beispiel ausgewählter Fälle .....	290 c.
Zwischenergebnis .....	296
A.5.4.2.4 Zwischenergebnis betreffend das EO-System .....	
296 A.5.4.3 Folgen der gemeinsamen Festlegungen des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Eingabesummen für den Wettbewerb .....	297 A.5.4.4
Umsätze der acht Unternehmen im Bereich Strassen- und Tiefbau im Untersuchungsgebiet und Verhältnis zum MAL-Umsatz und zum EOL-Umsatz ...	298 A.5.4.5
Überblick über die Konkurrenzsituation im Untersuchungsgebiet .....	301 A.5.4.5.1
Rahmenbedingungen der Konkurrenzsituation .....	301 a.
Distanzschutz und geografische Gegebenheiten .....	301 b.
Beschaffungsrecht .....	302 c. Preis
als entscheidender Wettbewerbsparameter .....	303 d.
Zwischenergebnis .....	304
A.5.4.5.2 Umfang der Konkurrenz im Untersuchungsgebiet .....	
304 A.5.4.5.3 Zwischenergebnis	
.....	306 A.5.5
Zusammenfassendes	
Beweisergebnis .....	306 B
Erwägungen	
.....	310 B.1.1
Geltungsbereich des Kartellgesetzes .....	310 B.1.1.1
Persönlicher Geltungsbereich .....	310 B.1.1.2
Sachlicher Geltungsbereich .....	311 B.1.1.3
Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich.....	312 B.1.2
Vorbehaltene Vorschriften.....	312 B.1.3
Formelles, insbesondere Gewährung des rechtlichen Gehörs .....	313 B.1.3.1
Anwaltswechsel der Reichmuth-Gesellschaften .....	314 B.1.3.2
Einsicht in die Screening-Datensätze .....	314 B.1.3.3
Keine zusätzlichen Erläuterungen der statistischen Analyse notwendig .....	315
B.1.3.4 Keine Überarbeitung der statistischen Analyse .....	315
B.1.3.5 Schutz von Geschäftsgeheimnissen .....	315
B.1.3.5.1 Keine Offenlegung von abgedeckten Informationen .....	
315 B.1.3.5.2 Keine Offenlegung der Umsätze und Sanktionshöhen der anderen Unternehmen .....	
316 B.1.3.6 Keine weiteren Beweismassnahmen .....	
317 B.1.3.7 Anhörung eines Gutachters von Swiss Economics als sachverständiger Zeuge ..	
318 B.1.3.8 Zwischenergebnis .....	
318 B.1.4 Verfügungsadressatinnen .....	
318 B.1.4.1 Allgemeines .....	

318 B.1.4.2 Adressaten der Verfügung nach Unternehmenszusammenschlüssen und Umstrukturierungen .....	319
B.1.4.2.1 Umstrukturierungen vor Erlass der Verfügung .....	
319 B.1.4.2.2 Praxis und Literatur .....	
..... 320 a. WEKO-Entscheidung im Fall Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich .....	320 b.
Rechtsprechung.....	320 c.
Literatur .....	321 d.
EU-Kartellrecht .....	321
6 B.1.4.2.3 Sichtweise der WEKO.....	
323 B.1.4.2.4 Anwendung im vorliegenden Fall .....	
..... 324 a. Oberholzer .....	324 b.
Batigroup/Implenia .....	328 c.
Bernet Bau.....	328 d.
Reichmuth .....	330 B.1.4.3
Adressaten der Verfügung bei gleichbleibenden Konzernverhältnissen .....	331
B.1.4.4 Zwischenergebnis .....	332
B.1.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede.....	332
B.1.5.1 Vorbemerkungen zum Beweismass .....	332
B.1.5.2 Wettbewerbsabrede .....	333
B.1.5.2.1 Unternehmen gleicher Marktstufen .....	
333 B.1.5.2.2 Vereinbarung .....	
..... 333 a. Voraussetzungen einer Vereinbarung .....	333 b. Anwendung in casu.....
..... 335 c. Vorliegen eines Dauerverstosses.....	336 B.1.5.2.3 Abgestimmte Verhaltensweise .....
..... 337 B.1.5.2.4 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung .....	337 B.1.5.2.5
Zwischenergebnis .....	339 B.1.5.3
Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs .....	341
B.1.5.3.1 Geschäftspartnerabrede zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe .....	
341 a. Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen .....	341 b. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern.....
..... 341 c. Rechtsfolge .....	342 B.1.5.3.2
Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung .....	342 a.
Relevanter Markt .....	343 b.
Zwischenergebnis .....	348 c.
Aussenwettbewerb .....	348 d.
Innenwettbewerb .....	351 e.
Zwischenergebnis .....	351 B.1.5.4
Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs .....	351
B.1.5.4.1 Erheblichkeit gemäss Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht .....	
351 B.1.5.4.2 Erheblichkeit gemäss bisheriger Praxis.....	352 a. Qualitative

Kriterien.....	353 b. Quantitative
Kriterien .....	354 c.
Gesamtwürdigung und Zwischenergebnis .....	358
B.1.5.4.3 Zwischenergebnis zur Erheblichkeit .....	
359 B.1.5.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen .....	
359 B.1.6 Massnahmen .....	
361 B.1.6.1 Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung.....	
361 B.1.6.2 Anordnung von Massnahmen .....	
364 B.1.6.3 Sanktionierung .....	
366 B.1.6.3.1 Allgemeines .....	
.....	366 B.1.6.3.2 Tatbestand
von Art. 49a Abs. 1 KG.....	366 a. Adressat der
Sanktionierung für das Verhalten des Unternehmens .....	366
7 b. Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG.....	368
B.1.6.3.3 Vorwerfbarkeit.....	
369 B.1.6.3.4 Bemessung .....	
.....	370 a. Maximalsanktion
.....	370 b. Konkrete
Sanktionsberechnung .....	371 B.1.6.3.5
Selbstanzeige – vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion .....	380 a.
Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion .....	380 b.
Subsumtion und Ergebnis .....	381
B.1.6.3.6 Verhältnismässigkeitsprüfung .....	
382 B.1.6.3.7 Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG .....	
.....	383 B.1.6.3.8 Ergebnis
.....	384 B.1.6.4
Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten .....	386 C
Kosten .....	387
D Ergebnis .....	390 E
Dispositiv .....	391
Tabellenverzeichnis Tabelle 1: Termine der Marktklärungsitzungen und Listen	
2002-2009 .....	90
Tabelle 2: Anzahl und Volumen der Submissionen pro	
Arbeitstyp .....	160
Tabelle 3: Anzahl der Schutzvergaben pro Unternehmen	
und Jahr sowie Wert der betroffenen Projekte gemäss HA-Listen	
.....	193
Tabelle 4: Beispiele von	
Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2004 .....	199
Tabelle 5: Beispiele von	
Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2005 .....	201
Tabelle 6: Beispiele von	
Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2006 .....	202
Tabelle 7: Beispiele von	
Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2007 .....	204
Tabelle 8: Beispiele von	
Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2008 .....	206
Tabelle 9: Beispiele von	
Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2009 .....	208
Tabelle 10: Offerteingaben	
der Ausschreibung [...].	220
Tabelle 11: Anzahl	
Submissionen und Submissionsvolumen pro Jahr (DOP; 2004– Mitte	
2009).....	228
Tabelle 12: Analyse der Zuschläge der Submissionen pro Unternehmen (DOP, 2004– Mitte	
2009).....	230

Tabelle 13: Addierte Umsätze der acht Unternehmen für verschiedene Projektgrößen (DOP, 2004-Mitte 2009)

.....	233
Tabelle 14: Anzahl Projekte und Volumen auf der MAL Anfang der jeweiligen untersuchten Jahre	233
.....	234
Tabelle 15: Übersicht auf Projekte der konsolidierten MAL	235
Tabelle 16: Anzahl und Wert der Submissionen der MAL und DOP	236
Tabelle 17: Anzahl und Volumen der Submissionen pro Arbeitstyp	238
Tabelle 18: Anzahl und Volumen der Submissionen pro Verfahren	239
Tabelle 19: Anzahl und Wert der in den MA-Listen dokumentierten Interessensbekundungen sowie gemeldete Projekte (identifizierte Projekte)	240
Tabelle 20: Anzahl in den MA-Listen dokumentierten Interessensbekundungen sowie gemeldete Projekte (nicht identifizierte Projekte)	241
Tabelle 21: Auszug aus Tabelle 15 Übersicht über identifizierte MAL-Projekte	241
Tabelle 22: Analyse der Projekte mit «Schutz» und «Freigabe» aus der MAL	242
Tabelle 23: Übersicht Anzahl und Wert der identifizierten Projekte der konsolidierten MAL und gemeinsame Anteile der acht Unternehmen daran	243
8 Tabelle 24: Umsetzung des MA-Systems und dessen Misserfolge (identifizierte Projekte der konsolidierten MAL; 2004 - Mitte 2009)	245
Tabelle 25: Anzahl und Volumen (in Mio. CHF) der Versuche, Umsetzung und Misserfolge des MA-Systems pro Jahr (identifizierte Projekte der konsolidierten MAL)	246
.....	246
Tabelle 26: Gemeldete Eigenofferten 2009	263
Tabelle 27: Gemeldete Eigenofferten 2007, 2008 und 2009	266
Tabelle 28: Umsätze pro Unternehmen im Strassen- und/oder Tiefbaubereich im Untersuchungsgebiet in den Jahren 2006, 2007, 2008	299
Tabelle 29: Anteil der EO-Umsätze in den Jahren 2006, 2007, 2008 an den Umsätze pro Unternehmen im Strassen- und/oder Tiefbaubereich im Untersuchungsgebiet.....	300
Tabelle 30: Umsatz der acht Unternehmen in den Jahren 2011, 2012, 2013	301
Tabelle 31: Maximalsanktion in CHF	371
Tabelle 32: Obergrenze für den Basisbetrag	373
Tabelle 33: Basisbetrag aller Unternehmen.....	376
Tabelle 34: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung aller Unternehmen	385

## 9 A Sachverhalt

### A.1 Gegenstand der Untersuchung

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