

WEKO bauleistungen-see-gaster-2016-07-08 vom 8. Juli 2016

WEKO, 2016-07-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_bauleistungen-see-gaster-2016-07-08

FR: WEKO bauleistungen-see-gaster-2016-07-08 du 8 juillet 2016

IT: WEKO bauleistungen-see-gaster-2016-07-08 del 8 luglio 2016

Erwägungen

E. 14

Mai 2003 bis heute darin, ein Strassen- und Tiefbauunternehmen – die Unternehmung Oberholzer – zu betreiben. Darüber hinaus ist anzunehmen, dass das Strassen- und Tiefbauunternehmen Oberholzer jedenfalls mit dem Spaltungsvertrag aus dem Jahr 2006 von der 1281 SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit (Fn 1259), 135. 1282 EuGH C-204/00 P, u. a. vom 7.1.2004, N 359, Aalborg Portland u. a./Kommission. 1283 RPW 2015/2, 297 Rz 270, Türprodukte; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 72, ADSL II.

325

Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen auf die Oberholzer AG Eschenbach übergegangen ist. 1150. Unabhängig davon muss sich die Oberholzer AG Eschenbach bzw. die OBERHOLZER Bauleistungen AG das Verhalten der Vertreter der Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen auch zurechnen lassen, da zwischen ihr und der Oberholzer AG Eschenbach stets eine strukturelle Verbindung im oben genannten Sinne (siehe dazu oben Rz 1142) bestand. Denn die beiden Gesellschaften standen schon vor der Gründung der neuen Muttergesellschaft, der ANOBA Holding AG, im Jahr 2012 unter der Kontrolle derselben natürlichen Personen, wodurch zwischen ihnen auf wirtschaftlicher und organisatorischer Ebene enge Bindungen bestanden. So weisen die Handelsregisterauszüge der beiden Gesellschaften enge personelle Verflechtungen auf, da die bei der Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen im Verwaltungsrat vertretenen Personen dieselben waren und sind, welche auch bei der Oberholzer AG Eschenbach in dieser Funktion tätig waren und sind. Diese Personen sind [Vertreter der] Oberholzer als Präsident der beiden Verwaltungsräte sowie [...] als Mitglied des Verwaltungsrats. Auch die Revisionsstelle war bei beiden Gesellschaften stets dieselbe (OBT AG). Zudem hat [Vertreter der Oberholzer] dem Sekretariat an Einvernahmen auch Fragen betreffend die Zeit vor der Gründung der [...] beantwortet, ohne anzugeben, dass damals ein anderes Bauunternehmen gehandelt habe. 1284 Kommt hinzu, dass Herr [Vertreter der Oberholzer], heute [...] bei der OBERHOLZER Bauleistungen AG, und bis heute für die Gesellschaft zeichnungsberechtigt mit Einzelprokura, zuvor bei der Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen Einzelprokura hatte. Letztere Einzelprokura wurde mittlerweile gelöscht. Wegen dieser personellen und organisatorischen Verflechtungen ist anzunehmen, dass die beiden Gesellschaften stets dieselben geschäftlichen Leitlinien angewandt haben und damit eine strukturelle Verbindung bestand und besteht. 1151. Im Einklang mit den obigen Ausführungen kann die OBERHOLZER Bauleistungen AG somit für das Handeln der Unternehmung Oberholzer in der Zeit von 1988 bis Mitte 2009 ins Recht gefasst werden. Dies gilt aber auch für die OBERHOLZER Immobilien AG, da diese die Bauunternehmung ebenfalls betrieben hat, rechtlich und wirtschaftlich noch existiert und noch heute zum

Konzern Oberholzer gehört. Im Folgenden wird darauf eingegangen, inwiefern die ANOBA Holding AG für das Verhalten des Unternehmens Oberholzer einstehen muss. 1152. Die Heranziehung der ANOBA Holding AG ist jedenfalls nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Gesellschaft erst 2012 gegründet worden ist. Zwar ist ein Erwerberunternehmen grundsätzlich nicht ins Recht zu fassen, wenn diejenigen Unternehmensträger rechtlich oder wirtschaftlich noch bestehen, welche das Unternehmen zum Zeitpunkt des KG-Verstosses betrieben haben. Wie erläutert besteht hiervon aber jedenfalls dann eine Ausnahme, wenn zwischen den an der Transaktion beteiligten Gesellschaften im Zeitpunkt der Übertragung eine strukturelle Verbindung besteht. Dies ist vorliegend der Fall, da [Vertreter der Oberholzer] bei allen drei Gesellschaften als Präsident des Verwaltungsrats und [...] als [...] des Verwaltungsrats fungiert hat und fungiert. Die Gründung der ANOBA Holding AG durch Vertreter der Oberholzer AG Eschenbach sowie der Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen, welche dann die beiden anderen Oberholzer-Gesellschaften übernommen hat, stellt lediglich eine Umstrukturierung des Unternehmens Oberholzer und keinen Erwerb der beiden Oberholzer-Gesellschaften durch eine andere wirtschaftlich selbständige Unternehmung dar. 1153. Voraussetzung für die Heranziehung der ANOBA Holding AG ist entsprechend der obigen Ausführungen allerdings, dass die OBERHOLZER Bauleistungen AG, welche derzeit jedenfalls das Strassen- und Tiefbauunternehmen betreibt, heute auch von der ANOBA Holding AG betrieben wird. Davon ist auszugehen, wenn zwischen der ANOBA Holding AG und der OBERHOLZER Bauleistungen AG ein Konzernverhältnis vorliegt. 1154. Die WEKO nimmt an, dass ein Konzern vorliegt, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem

1284 Vgl. z. B. Act. n° [...].

326

Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind. 1285 Die von den einzelnen Tochtergesellschaften betriebenen Unternehmen gelten in der Regel nicht als eigene Unternehmen, sofern die Muttergesellschaft erstens ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und zweitens diese Möglichkeit auch tatsächlich ausgeübt hat bzw. ausübt, so dass die betroffene Konzerngesellschaft nicht in der Lage war bzw. ist, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. 1155. Das Bundesverwaltungsgericht hat festgehalten, es könne aufgrund einer 100-prozentigen Angehörigkeit einer Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft sowie diverser personeller Verflechtungen zwischen diesen Gesellschaften davon ausgegangen werden, dass eine Tochtergesellschaft zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich selbständig auftrete. Folglich liege ein Konzern vor, 1286 in dem die leitende Muttergesellschaft «Repräsentantin» der wirtschaftlichen Einheit Konzern und damit des Unternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und Abs. 1 bis KG sei. 1287 Das Bundesgericht hat diese Rechtsauslegung im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren nicht beanstandet. 1288 1156. Gemäss der Praxis der EU-Kommission und nach der Rechtsprechung des EuGH kann die Muttergesellschaft für die Kartellrechtsverstöße eines Unternehmens herangezogen werden, wenn die Muttergesellschaft in der Lage ist, einen entscheidenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft, deren Vertreter den Kartellrechtsverstoss begangen haben, auszuüben und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausgeübt hat. Wenn eine Tochtergesellschaft zu 100 % im Eigentum einer Muttergesellschaft steht, ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die erste Voraussetzung erfüllt und es besteht in diesem Fall die Vermutung, dass die zweite

Voraussetzung ebenfalls erfüllt ist.¹²⁸⁹ Der EuGH hat weiter klargestellt, dass eine Einflussnahme der Konzernmutter auf die Tochtergesellschaft in strategischen Angelegenheiten genügt¹²⁹⁰ und es insbesondere nicht erforderlich ist, dass der Einfluss auf den konkreten Geschäftsbereich ausgeübt wird, in dem der Kartellrechtsverstoss stattgefunden hat.¹²⁹¹ Anzumerken bleibt, dass eine Beherrschungsmöglichkeit freilich auch bei Beteiligungsverhältnissen unter 100 %, je nach Ausgangslage und Aktionärsstruktur sogar bei Beteiligungsverhältnissen unter

1285 RPW 2011/1, 109 Rz 95, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC). Vgl. auch Urteil des BVerfG, RPW 2010/2, 336 E. 4.2, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. 1286 Urteil des BVerfG, RPW 2010/2, 336 E. 4.1 Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. 1287 Vgl. auch Urteil des BVerfG B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 28 ff., ADSL II. 1288 Urteil des BVerfG 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO. 1289 Urteil des EuGH C-90/09 P vom 20.1.2011, General Química et al./Kommission; (kommentiert in WuW 2011/3, 315 ff.); siehe auch Urteil des EuGH 107/82 vom 25.10.1983, AEG Telefunken/Kommission, Slg. 1983 3151 N 50; Urteil des EuGH C-286/98 P vom 16.11.2000, Stora/Kommission, Slg. 2000 I-9925 N 29; Urteil des EuGH C-97/08 P vom 10.9.2009, Akzo Nobel et al./Kommission, Slg. 2009 I-8237 N 60. 1290 Ebenso die WEKO in RPW 2007/2, 200 Rz 65, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. 1291 Urteil des EuGH C-97/08 P vom 10.9.2009, Akzo Nobel et al./Kommission, Slg. 2009 I-8237 N 72 ff. Vgl. auch die kurze Darstellung der europäischen Praxis in CHRISTIAN BÜGER, Die Haftung der Konzernmutter für kartellrechtsverstöße ihrer Tochter nach deutschem Recht, WuW 2011/2, 131 f.; vgl. weiter zum Thema LAURA LA ROCCA, The controversial issue of the parent-company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary, ECLR 2011/2, 68–77; FRÉDÉRIQUE WENNER/BERTUS VAN BARLINGEN, European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability, in: Competition Policy Newsletter 2010/1, 23 ff.; ALEXANDER RIESENKAMPFF/UDO KRAUTHAUSEN, Liability of Parent Companies for Antitrust Violations of their Subsidiaries, ECLR 2010/1, 38–42; KARL HOFSTETTER/MELANIE LUDESCHER, Der Konzern als Adressat von Bussen im EU-Kartellrecht, in: Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Kunz/Herren/Cottier/Matteotti (Hrsg.), 2009, 485–509, welche die EU-Praxis aus Unternehmenssicht kritisieren. Vgl. demgegenüber die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 23.4.2009, C-97/08 P, Akzo Nobel et al./Kommission, Rz 35 ff.

327

50 %, ¹²⁹² bestehen kann, ¹²⁹³ nur ist die Beherrschungsmöglichkeit in diesem Fall nicht derart offenkundig, wie es bei einer 100-prozentigen Beteiligung der Fall ist. Damit ist im europäischen Kartellrecht die Muttergesellschaft grundsätzlich nach denselben Gesichtspunkten heranzuziehen, welche auch vom Bundesverwaltungsgericht als relevant betrachtet wurden. ¹¹⁵⁷. Die praktisch bedeutsamste Art und Weise der Ausübung von bestehenden Kontrollmöglichkeiten ist in der Installierung von personellen Verflechtungen und in Entscheidungen der in beiden Gesellschaften vertretenen Personen zu sehen. Denn wenn an den massgeblichen Entscheidungsstellen der Mutter- und der Tochtergesellschaft dieselben Personen sitzen, so wird eine doppelt vertretene Person in dem Entscheidungsgremium der einen Gesellschaft keine Entscheidung fällen können, ohne

dabei die Interessen der anderen Gesellschaft zu berücksichtigen, in deren Entscheidungsgremium die Person ebenfalls sitzt. Dementsprechend muss angenommen werden, dass eine Muttergesellschaft auf die Entscheidung einer Tochtergesellschaft tatsächlich Einfluss genommen hat, wenn eine natürliche Person sowohl bei der Mutter- wie auch bei der Tochtergesellschaft eine leitende Funktion inne hat und diese Person unternehmerische Entscheidungen (mit) getroffen hat.¹²⁹⁴ 1158. Nach alledem ist anzunehmen, dass auch die ANOBA Holding AG Trägerin des Unternehmens Oberholzer ist, welches den KG-Verstoss zu verantworten hat. Denn die ANOBA Holding AG hält [...] % der Anteile der OBERHOLZER Bauleistungen AG. Die Anteile der Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen (bzw. der OBERHOLZER Immobilien AG) werden zwar nur zu [...] % von der ANOBA Holding AG gehalten – wer die sonstigen Anteile an der OBERHOLZER Immobilien AG hält, ist den Wettbewerbsbehörden nicht bekannt. Wie erläutert bestand in casu zum Zeitpunkt der Umstrukturierung aber – mit Blick auf die personellen Verflechtungen – eine strukturelle Verbindung zwischen der Oberholzer AG Eschenbach, der Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen sowie der ANOBA Holding AG (siehe oben Rz 1150). Diese besteht auch noch heute, da [Vertreter der Oberholzer] Präsident des Verwaltungsrats aller drei Gesellschaften ist und in der Geschäftsführung, d.h. der operativen Leitung der OBERHOLZER Bauleistungen AG tätig ist. Es ist nicht ersichtlich, wie [Vertreter der Oberholzer] die Aufgaben bei der OBERHOLZER Bauleistungen AG wahrzunehmen vermag, ohne dabei die Interessen der Muttergesellschaft zu beachten, welcher er als Präsident des Verwaltungsrats vorsteht. Aufgrund dieser Umstände ist anzunehmen, dass die ANOBA Holding AG Kontrollmöglichkeiten gegenüber den Tochtergesellschaften hat und diese – jedenfalls wegen der personellen Verflechtungen – auch ausgeübt hat. 1159. Gemäss den vorangehenden Ausführungen können die ANOBA Holding AG, die OBERHOLZER Bauleistungen AG sowie die OBERHOLZER Immobilien AG für das Handeln des Strassen- und Tiefbauunternehmens Oberholzer ins Recht gefasst werden. Dies gilt obwohl die ANOBA Holding AG erst nach dem KG-Verstoss gegründet worden ist. Dies deshalb, da zwischen der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG und der OBERHOLZER Immobilien AG zum Zeitpunkt der Gründung und bis heute strukturelle Verbindungen bestanden bzw. bestehen. Daher ist die Gründung der ANOBA Holding AG und die «Übernahme» der beiden anderen Gesellschaften lediglich als Umstrukturierung des Strassen- und Tiefbauunternehmens Oberholzer zu qualifizieren.

1292 Beispielsweise bei Vorliegen eines Aktionärs mit einer Beteiligung von 35–50 % und im Übrigen einer breiten Streuung des Aktionariats sowie dem gleichzeitigen Vorhandensein von wirtschaftlichen Abhängigkeiten gegenüber diesem einen Grossaktionär (z. B. wesentlichster Darlehensgeber der Gesellschaft). 1293 Vgl. zum Ganzen SKOCZYLAS (Fn 1259), 113 f. 1294 In dem Sinn bereits RPW 2004/2, 420 Rz 60, Swisscom ADSL; RPW 2003/1, 92 Rz 23 drittes Lemma, VSW-Aufnahmebedingungen.

328

b. Batigroup/Implenia 1160. Auf das Unternehmen Batigroup ist die oben zitierte WEKO-Entscheidung i.S. Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich¹²⁹⁵ anwendbar. Denn im Falle des Unternehmens Batigroup/Implenia ist die ehemalige Unternehmensträgerin Batigroup Holding AG infolge einer Absorptionsfusion untergegangen. Aus der WEKO-Entscheidung kann damit gefolgert werden, dass das Unternehmen Implenia, welches von der ZB Didumos AG/Implenia AG/Implenia Bau AG

bzw. Implenia Schweiz AG getragen wird, die Sanktion des Unternehmens Batigroup, welche der Batigroup Holding AG hätte auferlegt werden können, zu zahlen hätte. Da das Unternehmen Batigroup wegen der Verjährung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG jedoch nicht mehr sanktioniert werden könnte, ist diese Möglichkeit nicht von Bedeutung. 1161. Aus der ratio der genannten WEKO-Entscheidung, welche gerade keinen Dauerverstoss zum Gegenstand hatte, kann aber auch gefolgert werden, dass die neu entstehende Gesellschaft bei einem Dauerverstoss auch für den KG-Verstoss eintreten muss, welchen die absorbierte Gesellschaft handelnd für das Vorgängerunternehmen verursacht hat. Damit kann die (Sanktions-)Verfügung auch hinsichtlich Verhaltensweisen des Unternehmens Batigroup an die Implenia AG/Implenia Bau AG bzw. Implenia Schweiz AG gerichtet werden, obwohl damals die ZB Didumos AG/Implenia AG/Implenia Bau AG bzw. die Implenia Schweiz AG noch gar nicht existierten. 1162. Ein solches Ergebnis entspricht im Übrigen auch (weitgehend) den Lösungsansätzen im Schrifttum sowie in der EU-Praxis. Denn die ehemalige Unternehmensträgerschaft (insbesondere die Batigroup Holding AG) existiert im Falle der Implenia nicht mehr. Gleichzeitig ist das Strassen- und Tiefbauunternehmen Implenia wirtschaftlich betrachtet dasselbe wie das Strassen- und Tiefbauunternehmen Batigroup. Letzteres folgt insbesondere aus der personellen Kontinuität, aus dem Umstand, dass die ZB Didumos AG/Implenia AG/Implenia Bau AG bzw. die Implenia Schweiz AG gemäss Fusionsvertrag die Aktiven und Passiven der Batigroup Holding AG übernommen hat, sowie daraus, dass sich das Unternehmen Implenia selbst als Nachfolgerin der Batigroup und der Zschokke Holding AG bezeichnet. 1296. Der in der Literatur vertretenen Ansicht, wonach eine Sanktionierung des Erwerbers in jedem Fall ausser Betracht falle, selbst wenn er das gesamte operative Geschäft des delinquierenden Veräusserers übernommen habe oder der kriminelle Unternehmensträger gerade durch Umstrukturierung untergegangen sei, 1297 ist aus den bereits erläuterten Gründen nicht zu folgen (siehe dazu Rz 1144). 1163. Damit kann jedenfalls die die Bauunternehmung Implenia betreibende Implenia Bau AG bzw. Implenia Schweiz AG für einen Kartellrechtsverstoss des Unternehmens Batigroup/Implenia herangezogen werden. Das gleiche gilt im Übrigen mit Blick auf die anzuwendenden rechtlichen Massstäbe auch für Verhaltensweisen des Unternehmens vor der Gründung der Batigroup Holding AG. Denn auch diesbezüglich liegen Absorptionsfusionen vor (siehe dazu Rz 19), wobei das Unternehmen wirtschaftlich betrachtet jeweils weiter existierte. Wie die Implenia selbst ausführt, ist die Implenia AG als Konzernmuttergesellschaft zu bezeichnen. 1298 Auch sie kann damit neben der Implenia Schweiz AG als Verfügungsadressatin herangezogen werden. c. Bernet Bau 1164. Würde man annehmen, dass das Unternehmen Bernet Bau bis August 2008 bzw. Dezember 2009 wegen der Verbundenheit der (Jules) Hagedorn AG bzw. der [...] und der Bernet Bau AG nicht ausschliesslich von der Bernet Bau AG getragen worden ist (siehe dazu

1295 RPW 2013/4, 540 Rz 84, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 1296 Vgl. Act. n° [...]; s. a.

<http://www.implenia.com/de-ch/uber-uns/geschichte.html> (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016). 1297 DAMIAN K. GRAF, Zurechnung von Unternehmensbussen, Die Auferlegung kartell-, steuer- und kernstrafrechtlicher Geldbussen im Konzern und bei Umstrukturierungen, GesKR 2015, 356, 364. 1298 Vgl. Act. n° [...].

Rz 1088, 1091), so wäre auch für dieses Unternehmen anzunehmen, dass es sich veränderte und unterschiedliche Rechtsträgerinnen hatte. Dies würde nur nicht gelten, wenn man annehmen würde, dass das Unternehmen Bernet Bau stets wirtschaftlich selbständig gewesen wäre. Zudem ist jedenfalls zu berücksichtigen, dass die [...] seit Dezember 2009 alle Anteile an der Bernet Bau AG hält. 1165. Die Bernet Bau AG war stets Trägerin des Unternehmens Bernet Bau und kann damit für das Verhalten der Bernet Bau ins Recht gefasst werden. 1166. Für die Hagedorn AG und die [...] könnte dies indes nur gelten, wenn die Bernet Bau AG wegen des Einflusses der Hagedorn-Gesellschaften nicht wirtschaftlich selbständig handelte. Dies wäre anzunehmen, wenn zwischen der (Jules) Hagedorn AG bzw. der [...] einerseits und der Bernet Bau AG ein Konzernverhältnis vorlag. 1167. Wie bereits erläutert, ist ein Konzernverhältnis anzunehmen, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind. 1299 Die von den einzelnen Tochtergesellschaften betriebenen Unternehmen gelten in der Regel nicht als eigene Unternehmen, sofern die Muttergesellschaft erstens ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und zweitens diese Möglichkeit auch tatsächlich ausgeübt hat bzw. ausübt, so dass die betroffene Konzerngesellschaft nicht in der Lage war bzw. ist, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten (vertiefend dazu Rz 1154 ff.). 1168. Vorliegend hielt die Hagedorn AG bis zum 17. September 2006 [...] % der Anteile der Bernet Bau AG. Der Stimmenanteil der Hagedorn AG im Verwaltungsrat betrug damit [...] %. Zudem gab es eine enge personelle Verflechtung derart, dass [Vertreter der Hagedorn] in beiden Unternehmen seit 2002 stets in Leitungsfunktion tätig war. Denn wie bereits erläutert, ist [Vertreter der Hagedorn], der mindestens seit 1999 in leitender Funktion bei der Hagedorn tätig ist, 1300 bis heute Vizepräsident des Verwaltungsrats der Bernet Bau AG mit Berechtigung zur Einzelunterschrift. Zuvor war [Vertreter der Hagedorn] zudem Präsident des Verwaltungsrats und davor Delegierter des Verwaltungsrats der Bernet Bau AG, jeweils mit Berechtigung zur Einzelunterschrift. 1301 Jedenfalls bis zum 17. September 2006 lag damit ein Konzernverhältnis vor, weshalb sich die Hagedorn das Verhalten des Anbieters Bernet Bau für diese Zeit zurechnen lassen muss. Vergleichbares gilt für die Zeit zwischen dem

E. 17

September 2006 und dem 6. August 2008. Zwar hielt die Hagedorn AG in dieser Zeit nur noch [...] % der Anteile an der Bernet Bau AG. Allerdings bestanden in diesem Zeitraum die aufgezeigten personellen Verflechtungen im gleichen Masse. 1169. In der Zeit zwischen dem 7. August 2008 und dem 28. Dezember 2009 hielt zwar nicht mehr die Hagedorn AG Anteile an der Bernet Bau AG, wohl aber die [...], welcher die Hagedorn AG am 6. August 2008 fast ihre gesamten an der Bernet Bau AG gehalten Aktien übertragen hatte ([...] % des Aktienkapitals der Bernet Bau AG). [...] % des Aktienkapitals der Bernet Bau AG übertrug die Hagedorn AG zu diesem Zeitpunkt an Herrn [Vertreter der Bernet]. Der Umstand, dass nun die [...] % des Aktienkapitals der Bernet Bau AG hielt, führte jedoch nicht zu einem Verlust der Kontrollmöglichkeiten. Denn die [...] war in dieser Zeit eng mit der Hagedorn AG verflochten. So hielt die [...] zum Zeitpunkt der Übertragung zwar keine Aktien an der Hagedorn AG. Allerdings sind die Aktieninhaber der Hagedorn AG sowie der [...] letztlich die gleichen Personen (u. a. Mitglieder der Familie [...]) und zugleich war [Vertreter der Hagedorn], Verwaltungsratspräsident, [Vertreter] und Inhaber der Hagedorn AG, der Präsident des Verwaltungsrats der [...]. Mit Blick darauf ist anzunehmen, dass die Bernet Bau AG nach wie vor nicht unabhängig von den Hagedorn-Gesellschaften agieren konnte.

1299 RPW 2011/1, 109 Rz 95, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC). Vgl. auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.2, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. 1300 <https://www.hagedorn.ch/hagedorn-geschichte> (zuletzt aufgerufen am 8.7.2016). 1301 Vgl. Auszug aus dem Handelsregister des Kantons St. Gallen, CHE-106.630.654.

330

1170. Vor dem Hintergrund der Ausführungen zur Möglichkeit der Heranziehung der ANOBA Holding AG für das Verhalten des Unternehmens Oberholzer vor der Gründung der ANOBA Holding AG (siehe oben Rz 1152), ist eine Heranziehung der [...] für das Verhalten der Bernet Bau AG vor der Übernahme von [...] % des Aktienkapitals, d. h. vor dem 7. August 2008, nicht ausgeschlossen. Denn wie erläutert kann selbst dann, wenn die ehemaligen Unternehmens-träger rechtlich oder wirtschaftlich noch existieren, ein Unternehmensträger herangezogen werden, wenn zwischen der übertragenden Gesellschaft und der empfangenden Gesellschaft im Zeitpunkt der Übertragung eine strukturelle Verbindung bestand (siehe oben Rz 1146). Dies ist in casu gegeben, da die Aktieninhaber und verantwortlichen Personen der [...] und der Hagedorn AG zum Zeitpunkt des Erwerbs der Anteile von der Hagedorn AG weitgehend identisch waren (siehe oben Rz 1169). Die Hagedorn AG und die [...] waren damit im Zeitpunkt der Übertragung des Aktienpaktes personell und somit auch wirtschaftlich eng verflochten. 1171. Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass die Hagedorn AG für das Verhalten des Unternehmens Bernet Bau in der Zeit bis zum 6. August 2008 und die [...] für das Verhalten des Unternehmens Bernet Bau in der Zeit bis zum 29. August 2009 ins Recht gefasst werden können. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit, die Bernet Bau AG, welche stets Trägerin des Unternehmens war, zum Adressat der (Sanktions-) Verfügung zu machen (siehe oben Rz 1165). 1172. Die [...] kann vorliegend hingegen nicht für das Verhalten des Unternehmens Bernet Bau vor der Übernahme von 100 % des Aktienkapitals im Dezember 2009 ins Recht gefasst werden. Denn anders als bei den geschilderten Übertragungsvorgängen zwischen den Oberholzer-Gesellschaften und den Hagedorn-Gesellschaften, wurde das Unternehmen Bernet Bau nicht zwischen zwei Rechtsträgerinnen übertragen, welche strukturelle Verbindungen hatten. So erwarb die [...] die Anteile an der Bernet Bau AG zu fast [...] von der [...]. 1302 Die [...] und die [...] haben untereinander aber keine Querbeteiligungen. Zudem gibt es zwischen diesen beiden Gesellschaften auch keine personellen Verflechtungen (siehe oben Rz 5 ff., 15 ff.) und es bestehen auch noch alle (ehemaligen) Unternehmensträgerinnen (die Hagedorn AG, die [...] sowie die Bernet Bau AG). d. Reichmuth 1173. Die Gebr. P. und J. Reichmuth AG war bis Mitte 2009 alleinige Trägerin des Unternehmens Reichmuth. Da diese Gesellschaft rechtlich und wirtschaftlich noch existiert, kann sie für das Verhalten der Unternehmung Reichmuth ins Recht gefasst werden. 1174. Die Reichmuth Bauunternehmung AG wurde erst im Jahr 2013 gegründet, wobei die Gebr. P. und J. Reichmuth AG 100 % der Anteile an der Reichmuth Bauunternehmung AG hält. Die Führung der Bauunternehmung wurde nach ihrer Gründung der Reichmuth Bauunternehmung AG übertragen. 1175. Entsprechend der obigen Ausführungen kann die Reichmuth Bauunternehmung AG ebenfalls für das Verhalten der Bauunternehmung Reichmuth herangezogen werden. Zwar ist grundsätzlich der Unternehmensträger ins Recht zu fassen, der rechtlich oder wirtschaftlich noch existiert. Die Heranziehung eines neuen Unternehmensträgers ist aber auf jeden Fall zulässig, soweit zwischen der übertragenden Person und der empfangenden Person eine strukturelle

Verbindung besteht, insbesondere, wenn sich die Unternehmensträgerschaft bei konzerninternen Umstrukturierungen verändert (siehe oben Rz 1146, 1152, 1170). 1176. Letzteres ist vorliegend der Fall, da die Reichmuth Bauunternehmung AG von Vertretern der Gebr. P. und J. Reichmuth AG gegründet wurde und Herr [...], welcher in den Zeitpunkten der Gründung der Reichmuth Bauunternehmung AG sowie der Übertragung der Bauunternehmung auf die neue Tochtergesellschaft Verwaltungsratspräsident der Gebr. P. und J. Reichmuth AG war, zugleich auch Verwaltungsratspräsident der Reichmuth Bauunternehmung AG

1302 Vgl. Act. n° [...].

331

wurde bzw. war und bis heute [Vertreter] der Bauunternehmung ist. Die Gründung der Reichmuth Bauunternehmung AG und die Übertragung der Bauunternehmung auf die neue Tochtergesellschaft stellt somit lediglich eine Umstrukturierung dar, weshalb auch die Reichmuth Bauunternehmung AG für das Verhalten des Bauunternehmens in der Zeit bis Mitte 2009 ins Recht gefasst werden kann. Dies gilt im Übrigen auch, weil die Reichmuth Bauunternehmung AG eine Gesellschaft «erworben» hat, deren damalige Wirtschaftskraft und deren Vermögen (zumindest auch) auf der früheren (unzulässigen) Kartellrente basierten. 1177. Die Reichmuth Bauunternehmung AG wendet hiergegen ein, sie könne gar nicht herangezogen werden, weil sie im Zeitpunkt des Kartellrechtsverstosses noch gar nicht existiert habe. 1303 Dieser Einwand überzeugt nicht. Es ist zwar unstrittig, dass die Reichmuth Bauunternehmung AG erst im Jahr 2013 gegründet wurde. Welche Unternehmensträger für das Verhalten des kartellrechtlichen Rechtssubjekts «Unternehmen» herangezogen werden kann, ist indessen eine Rechtsfrage. Wie bereits erläutert (siehe oben Rz 1130 ff.), vertritt die WEKO in dieser Rechtsfrage die Auffassung, dass die aktuellen Unternehmensträger für das Verhalten des kartellrechtlichen Rechtssubjekts in der Vergangenheit eintreten müssen, wenn das Unternehmen wirtschaftlich betrachtet noch fortbesteht (wirtschaftliche Kontinuität) und dieses Unternehmen von der sanktionierten Gesellschaft aktuell getragen wird. Hiermit wird die spezialpräventive Wirkung der kartellrechtlichen Sanktionen gewährleistet und erreicht, dass aktuelle Unternehmensträger als Profiteure eines vergangenen Kartellrechtsverstosses des «Unternehmens» ins Recht gefasst werden können (Rz 1145 f.). Dies verstösst auch nicht gegen die Unschuldsvermutung (siehe unten Rz 1353). B.1.4.3 Adressaten der Verfügung bei gleichbleibenden Konzernverhältnissen 1178. Wie bereits erläutert, hatte nur das Bauunternehmen Walo – zumindest in der Zeit zwischen 2002 und heute eine gleichbleibende Struktur der Unternehmensträgerschaft. Damit stellt sich bei ihr «nur» die Frage, welche Gesellschaften für das Verhalten der Walo herangezogen werden können. 1179. Die Walo Bertschinger AG St. Gallen war stets Trägerin der Unternehmung und kann damit für das Verhalten der Walo ins Recht gefasst werden. Entsprechend der oben aufgeführten Massstäbe (siehe insbesondere Rz 1154 ff.) gilt dies aber auch für die [...]. Denn diese Gesellschaft hielt und hält [...] % der Anteile an der Walo Bertschinger AG St. Gallen. Zwar hat die [...] Befugnisse betreffend operative Entscheidungen auf die [...] übertragen. An der zuletzt genannten Gesellschaft hält die [...] allerdings ebenfalls [...] % der Anteile (siehe oben Rz 33 ff.). Kommt hinzu, dass neben den aus den Beteiligungsverhältnissen folgenden Kontrollmöglichkeiten zudem personelle Verflechtungen der Verwaltungsräte der [...], der operativ handelnden [...] sowie der Walo Bertschinger AG St. Gallen bestehen. So ist Herr [...] Verwaltungsratspräsident der [...],

Delegierter des Verwaltungsrats der [...] sowie Vizepräsident des Verwaltungsrats und Delegierter des Verwaltungsrats der Walo Bertschinger AG St. Gallen. Bei allen drei Gesellschaften ist laut Handelsregister nur er mit Einzelunterschrift zeichnungs- berechtigt. Darüber hinaus haben auch andere Personen in mindestens zwei der drei Gesell- schaften Funktionen inne.¹³⁰⁴ Damit ist anzunehmen, dass die Kontrollmöglichkeiten auch aus- geübt worden sind. ¹¹⁸⁰. Daraus folgt, dass für das Handeln der Unternehmung Walo sowohl die Walo Bertschin- ger AG St. Gallen als auch die [...] und die [...] ins Recht gefasst werden können.

¹³⁰³ Act. n° [...]. ¹³⁰⁴ Vgl. Handelsregisterauszüge der [...] AG (Auszug des Handelsregisters des Kantons Zürich; [...]), der [...] (Auszug des Handelsregisters des Kantons Zürich; [...]) und der Walo Bertschinger AG St. Gallen (Auszug des Handelsregisters des Kantons St. Gallen; CHE-105.782.853).

332

B.1.4.4 Zwischenergebnis 1181. Aus den vorgängigen Ausführungen ergibt sich somit, dass folgende juristische Perso- nen jeweils für das Handeln der Unternehmen ins Recht gefasst werden können: - De Zanet AG für das Unternehmen De Zanet, - Hagedorn AG für das Unternehmen Hagedorn, - OBERHOLZER Bauleistungen AG, OBERHOLZER Immobilien AG sowie ANOBA Holding AG für das Unternehmen Oberholzer, - Implenia Schweiz AG und Implenia AG für das Unternehmen Batigroup/Implenia, - Walo Bertschinger AG St. Gallen, [...] sowie [...] für das Unternehmen Walo, - Reichmuth Bauunternehmung AG und Gebr. P. und J. Reichmuth für das Unter- nehmen Reichmuth, - Toller Unternehmungen AG für das Unternehmen Toller und - Bernet Bau AG, Hagedorn AG und [...] für das Verhalten des Unternehmens Bernet Bau bis zum 6. Dezember 2008 sowie Bernet Bau AG und [...] für das Verhalten des Unternehmens Bernet Bau zwischen dem 7. Dezember 2008 und Mitte 2009. ¹¹⁸². Zu Klarstellung sei erneut darauf hingewiesen, dass allein aus dem Umstand, dass eine (natürliche oder juristische) Person als Unternehmensträgerin zu qualifizieren ist, nicht folgt, dass diese auch zum Adressat einer (Sanktions-)Verfügung gemacht werden muss. Vielmehr steht es im Ermessen der WEKO, aus den als Unternehmensträgerinnen zu qualifizierenden Personen diejenigen auszuwählen, welche zur Zahlung der Sanktion verpflichtet werden.¹³⁰⁵ Gegen welches Unternehmen in casu die Massnahmen ergehen sollen, wird an anderer Stelle geklärt (siehe dazu unten Rz 1337). B.1.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede ¹¹⁸³. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtferti- gen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzu- lässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Inwiefern dies auf die Zusammenarbeit der acht Unternehmen zutrifft, wird nachfolgend dargestellt. B.1.5.1 Vorbemerkungen zum Beweismass ¹¹⁸⁴. Wie bereits erläutert gelten je nach von Gesetzes wegen festzustellendem Sachverhalt Unterschiede bezüglich des zu erfüllenden Beweismasses (siehe oben Rz 129 ff.). Massge- blich für das zu erfüllende Beweismass ist danach insbesondere, ob der Nachweis einer be- stimmten Tatsache die Klärung komplexer, multikausaler Wirtschaftsprozesse erfordert oder nicht. Ist dies der Fall, so muss kein Vollbeweis erbracht werden, sondern es genügt, wenn die Wettbewerbsbehörden davon überzeugt sind, dass eine bestimmte Tatsache mit überwiegen- der Wahrscheinlichkeit vorgelegen hat. ¹¹⁸⁵. Dementsprechend muss z. B. bei der Prüfung, ob eine Preisabrede i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a. KG vorliegt, hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer solchen

Preisabrede grundsätzlich der Vollbeweis erbracht werden. Denn die Klärung der inneren Tatsache, ob ein Einverständnis über die gemeinsame Preisfestlegung

1305 RPW 2015/2, 246 Rz 270, Türprodukte; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 72, ADSL II.

333

vorliegt, erfordert in der Regel nicht die Aufklärung komplexer, multikausaler Wirtschaftsprozesse. Etwas anderes gilt demgegenüber im Hinblick auf die tatsächlichen Voraussetzungen der Marktabgrenzung, der Widerlegung der Vermutung, dass eine Abrede den Wettbewerb beseitigt, oder – soweit dies rechtlich überhaupt geklärt werden muss (siehe dazu unten Rz 1267 ff.) – bezüglich der Prüfung der Erheblichkeit nach quantitativen Kriterien. B.1.5.2 Wettbewerbsabrede 1186. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). B.1.5.2.1 Unternehmen gleicher Marktstufen 1187. Eine Wettbewerbsabrede erfordert mithin zunächst das Zusammenwirken von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen. Bei der vorliegend untersuchten Zusammenarbeit haben acht Unternehmen zusammengearbeitet (siehe oben Rz 1089). 1188. Unternehmen sind dann auf der gleichen Marktstufe tätig, wenn sie infolge der Austauschbarkeit der von ihnen angebotenen Güter und/oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die an der Abrede beteiligten Unternehmen sich tatsächlich konkurrenzieren (aktueller Wettbewerb) oder ob sie nur der Möglichkeit nach (potentiell) in Konkurrenz zueinander stehen. 1306 Unternehmen, welche auf der derselben Marktstufe den Wettbewerb durch eine Vereinbarung oder eine Abstimmung der Verhaltensweise beschränken, haben eine horizontale Abrede getroffen. 1307 1189. In casu handelt es sich bei den acht Unternehmen um Unternehmen gleicher Marktstufe, da sie alle acht als Anbieter von Strassen- und Tiefbauleistungen auf dem Markt für die Erbringung solcher Arbeiten im Untersuchungsgebiet (zur Bestimmung des relevanten Markts, siehe unten Rz 1228 ff.) tätig waren. Ohne eine entsprechende Zusammenarbeit hätten die acht Unternehmen bezüglich der von ihnen angebotenen Leistungen – soweit nicht wie bei der Hagedorn und der Bernet Bau identische Unternehmensträger vorlagen – miteinander in Konkurrenz gestanden. B.1.5.2.2 Vereinbarung a. Voraussetzungen einer Vereinbarung 1190. Vereinbarungen unterscheiden sich von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch einen stärkeren Bindungswillen. 1308. Tatbestandlich erfordert eine abgestimmte Verhaltensweise zudem zwingend ein der Abstimmung entsprechendes Verhalten der beteiligten Unternehmen, während eine Vereinbarung «nur» einen Konsens der beteiligten Unternehmen über die wettbewerbswidrige Zusammenarbeit erfordert. 1309 Bei einer Vereinbarung wird die Umsetzung des Konsenses durch die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen erst im

1306 Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.2.16, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.2.1.8, Siegenia-Aubi AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 5.2.13, SFS unimarket AG/WEKO. 1307 Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBI 1995 468, 545. 1308 THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 100. 1309 Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence,

Rahmen der Prüfung der Widerlegung der Beseitigungsvermutung, der allfälligen Erheblichkeitsprüfung sowie der allfälligen Festsetzung einer angemessenen Sanktion thematisiert. 1191. Die nachfolgenden Erörterungen beschränken sich auf Vereinbarungen, da in der vorliegenden Untersuchung die Tatbestandsvariante der abgestimmten Verhaltensweisen nicht einschlägig ist. Der Begriff der Vereinbarung ist dabei recht weit zu verstehen und geht insbesondere über den zivilrechtlichen Begriff eines Vertrags hinaus. Für eine Vereinbarung bedarf es jedenfalls keiner formellen vertraglichen Grundlage (z. B. Vertragsdokument).¹³¹⁰ Als Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten ausserdem sowohl erzwingbare als auch nicht erzwingbare Vereinbarungen. Erstere können in vertragsrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Form gekleidet sein. Unter Zweiteren sind Übereinkünfte von Gesellschaften zu verstehen, die zwar auf einem Konsens beruhen, rechtlich aber nicht durchsetzbar sein sollen;¹³¹¹ es wird also auf die freiwillige Einhaltung solcher Vereinbarungen vertraut. Aus kartellrechtlicher Sicht sind beide dieser Formen von Vereinbarungen gleichwertig, weshalb nicht untersucht werden muss, ob eine Vereinbarung gemäss den Abredeteilnehmern erzwingbar sein soll oder nicht.¹³¹² Es genügt auch ein «Gentlemen's Agreement»,¹³¹³ wobei allein entscheidend ist, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen derart kooperieren, dass sie bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.¹³¹⁴ 1192. Wie aus den vorstehenden Ausführungen hervorgeht, ist für das Vorliegen einer Vereinbarung erforderlich, dass ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der wettbewerbswidrigen Zusammenarbeit vorliegt. Mit Blick auf das Obligationenrecht ist anzunehmen, dass ein solcher Konsens durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zustande kommt (Art. 1 Abs. 1 OR¹³¹⁵), wobei die entsprechenden Erklärungen entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder auch nur durch konkludentes Verhalten erfolgen können (Art. 1 Abs. 2 OR). 1193. Ob Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage und keine Rechtsfrage.¹³¹⁶ Eine Rechtsfrage wäre diesbezüglich nur zu entscheiden, wenn kein tatsächlicher Konsens bestünde und die Frage geklärt werden müsste, welchen Sinn die Unternehmen ihren gegenseitigen Äusserungen nach Treu und Glauben zumessen durften und mussten.¹³¹⁷ Bei der Prüfung eines solch normativen Konsenses wäre(n) wiederum nicht nur die Erklärungen der Parteien massgebend, sondern ebenso die Umstände, unter denen sie abgegeben worden sind.¹³¹⁸ Da nachfolgend gezeigt wird, dass ein natürlicher Konsens vorliegt, ist Letzteres aber nicht von Bedeutung.

¹³¹⁰ Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, Elektroinstallationsbetriebe Bern; ferner BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1308), Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81. ¹³¹¹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1308), Art. 4 Abs. 1 KG N 94, m.w.H. ¹³¹² Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, Gebro/WEKO. ¹³¹³ Vgl. zum Ganzen BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1308), Art. 4 Abs. 1 KG N 83 und N 94 m.w.H. ¹³¹⁴ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.13, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.1.1.20, Siegenia-Aubi AG/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, Gebro/WEKO. ¹³¹⁵

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (OR); SR 220. 1316 Vgl. etwa Urteil des BGer 5A_127/2013 vom 1.7.2013, E. 4.1; BGE 116 II 695, E. 2. 1317 BGE 123 III 35, 39 f. E. 2b. 1318 BGE 126 III 119, 120 E. 2a; BGE 125 III 435, 436 f. E. 2a/aa m.w.H.

335

b. Anwendung in casu 1194. In casu hat die Beweiswürdigung ergeben, dass die acht Unternehmen tatsächlich zu einem Konsens gekommen sind. Dabei wurde dies nicht aus ausdrücklichen (Rahmen-)vereinbarungen oder entsprechenden Vertragsdokumenten gefolgert, sondern aus der Art und Weise der Zusammenarbeit und aus entsprechenden Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie der Toller (siehe zum Ergebnis der Beweiswürdigung Rz 1068 ff.). Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist an dieser Stelle nur Folgendes auszuführen: 1195. Die Beweiswürdigung hat ergeben, dass die Zusammenarbeit im Rahmen des MA-Systems erfolgte, um im Untersuchungsgebiet vergebene Strassen- und/oder Tiefbauprojekte, für welche nicht bloss eine Eigenofferte einzureichen war, zwischen den acht Unternehmen einvernehmlich aufzuteilen. So wollten die acht Unternehmen mit Hilfe der MA-Listen, der MA-Sitzungen sowie der Interessensabklärung ermöglichen, hinsichtlich der im Untersuchungsgebiet zu vergebenden Strassen- und/oder Tiefbauprojekte einvernehmlich den Zuschlaggewinnern (schutznehmendes Unternehmen) und die Höhe der Gewinneroffertsumme sowie der Stützoffertsummen vor Ablauf der Eingabefrist festlegen. Es erfolgte also eine (konkludente) Einigung über die Art und Weise der Zusammenarbeit sowie über das Ziel dieser Zusammenarbeit. Diese Einigung bestand nach dem Beweisergebnis jedenfalls zwischen 2002 und Mitte 2009 zwischen allen acht Unternehmen (zur Art und Weise der Zusammenarbeit sowie zum Zweck siehe insbesondere Rz 282 ff., 602 ff., 649 ff., 664 ff., 671 ff., 854 ff.). 1196. Weiter hat die Beweiswürdigung ergeben, dass die Zusammenarbeit im Rahmen des EO-Systems erfolgte, um im Untersuchungsgebiet vergebene Strassen- und/oder Tiefbauprojekte, für welche der Bauherr jeweils die Einreichung einer Eigenofferte verlangte, zwischen den acht Unternehmen aufzuteilen. So wollten die acht Unternehmen mit Hilfe der EO-Listen gewährleisten, dass dasjenige Unternehmen, welches als Erstes auf Anfrage des Bauherrn eine Eigenofferte erstellte und das Projekt für die EO-Listen meldete, auch den Zuschlag für das Projekt erhielt. Der Modus operandi, von dem alle acht Unternehmen gleichermassen ausgingen, war der Folgende: Wenn eines der acht Unternehmen für einen – in der Regel privaten – Bauherrn eine Eigenofferte erstellte, konnte es das betreffende Projekt für die EO-Listen bei der Implenia bzw. ihrer Rechtsvorgängerin (Batigroup) melden. Die Implenia (bzw. die Batigroup) setzte das Projekt daraufhin auf die EO-Liste und vermerkte, welches Unternehmen die Eigenofferte gemeldet hat. Die ständig aktualisierten EO-Listen wurden von der Implenia bzw. der Batigroup vor den in der Regel alle zwei bis vier Wochen stattfindenden MA-Sitzungen an alle Unternehmen versandt. Wenn nun ein weiteres Unternehmen vom Bauherrn eines gemeldeten Projekts um eine Eigenofferte gebeten wurde, so hatte sich dieses Unternehmen bei dem meldenden Unternehmen über den Eingabepreis zu erkundigen und einen höheren Preis für seine Eigenofferte einzugeben. Es bestand also auch diesbezüglich eine (konkludente) Einigung über die Art und Weise der Zusammenarbeit sowie über das Ziel dieser Zusammenarbeit. Diese Einigung bestand zwischen den acht Unternehmen nach dem Beweisergebnis jedenfalls zwischen 2002 und Mitte 2009 (zur Art und Weise der Zusammenarbeit sowie zum Zweck siehe insbesondere Rz 864 ff., 924 ff., 988 ff., 990 ff.,

1031 ff.). 1197. Da die acht Unternehmen durch die Kombination des MA-Systems und des EO-Systems erreichten, dass grundsätzlich alle im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte der soeben beschriebenen Koordination zugeführt wurden oder jedenfalls werden konnten, hat die Beweiswürdigung weiter ergeben, dass die acht Unternehmen mindestens zwischen 2002 und Mitte 2009 möglichst viele der insgesamt im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte einvernehmlich zuteilen wollten (siehe Rz 1080). 1198. Die tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG sind vorliegend also erfüllt: Es liegt ein Konsens zwischen den acht Unternehmen darüber vor, dass sie möglichst viele der insgesamt im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Rahmen des MA-Systems und des EO-Systems

336

einvernehmlich zuteilen wollten (nachfolgend: «Gesamtabrede»). Dabei ist davon auszugehen, dass diese Gesamtabrede auch eine Übereinkunft über das «Wie» der Zuteilung enthält. Diese ist in dem geschilderten Konsens über die Funktionsweise und den Zweck des MA-Systems sowie in dem aufgezeigten Konsens über die Funktionsweise und den Zweck des EO-Systems zu erblicken. Denn diese Konsense zwischen den acht Unternehmen konkretisieren die Art und Weise der Zuteilung der Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet zwischen den acht Unternehmen. 1199. Umgesetzt wurde diese Gesamtabrede insbesondere dann, wenn mindestens zwei der acht Unternehmen hinsichtlich eines Strassen- und/oder Tiefbauprojekts im Untersuchungsgebiet vor Ablauf der Eingabefrist gemeinsam festlegten, welches Unternehmen den Zuschlag erhalten sollte und wie hoch die Eingabesummen der einzureichenden Offerten sein sollen. In jedem dieser Fälle erfolgte eine Einigung über die Preise, welche die Unternehmen jeweils vom Abnehmer der Leistung verlangen wollten, sowie darüber, welches Unternehmen den Vertrag mit dem Bauherrn schliessen sollte. Es ist bewiesen, dass alle acht Unternehmen wiederholt derartige Vereinbarungen getroffen haben (siehe oben Rz 221 ff., 679 ff., 747 ff., 978 ff., 989, 999 ff., 1030). Die einzelne, auf ein konkretes Projekt bezogene Abrede wird nachfolgend als Einzelsubmissionsabreden bezeichnet. Sie müssen in casu keiner isolierten kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden, da sie «Umsetzungsabreden» der Gesamtabrede über die Zuteilung von im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten darstellen und somit von dieser bereits miterfasst sind. Eine kartellrechtliche Bewertung dieser Abreden wäre nur notwendig, wenn keine Gesamtabrede vorläge.^{1319 c.} Vorliegen eines Dauerverstosses 1200. Für die Qualifizierung der Gesamtabrede als dauerhaft bestehende und wirkende Abrede ist es kartellrechtlich unerheblich, dass diese Abrede durch Einzelsubmissionsabreden umgesetzt wurde. Denn die WEKO hat Abreden, welche über eine längere Zeit bestanden und wirkten, als Dauerabrede qualifiziert, auch wenn es einzelner Umsetzungsakte bedurfte.¹³²⁰ Dies wurde von der Rechtsprechung bestätigt.¹³²¹ Für das Vorliegen eines Dauerverstosses ist es damit nur erforderlich, dass ein einheitlicher und fortdauernder Zweck bestand.¹³²² Ist dies der Fall, so ist ein Dauerverstoss anzunehmen, denn es wäre «gekünstelt», ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten quasi zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen.¹³²³ 1201. Für die Beteiligung an einer als Dauerverstoss zu qualifizierenden Dauerabrede ist es im Übrigen nicht erforderlich, dass ein Unternehmen nachweislich an allen Bestandteilen der Gesamtabrede unmittelbar mitgewirkt hat und dass die Dauerabrede immer umgesetzt wird. Die WEKO

hat insbesondere festgehalten, dass ein Dauerverstoss nicht deshalb abzulehnen ist, weil Kartellmitglieder die einzelnen Bestandteile der Abrede unterschiedlich konsequent umsetzen oder zeitweise die Umsetzung aussetzen, um andere Kartellmitglieder zu konkurrieren.¹³²⁴ Erforderlich ist lediglich, dass der einheitliche und fortdauernde Zweck der Zusammenarbeit bejaht werden kann.¹³²⁵

1319 Vgl. insbesondere RPW 2009/3, 204 ff. Rz 49 ff., Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2012/2, 386 ff. Rz 935 ff., Wettbewerbsabreden im Kanton Aargau; RPW 2013/4, 558 ff. Rz 166 ff., Wettbewerbsabreden im Kanton Zürich. 1320 RPW 2004/3, 739 Rz 41, Markt für Schlachtschweine – Teil B; RPW 2008/1, 95 Rz 81 ff., Strassenbeläge Tessin; RPW 2013/2, 154 Rz 75, Abrede im Speditionsbereich; RPW 2015/2, 225 Rz 193 ff., Tunnelreinigung. 1321 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, Strassenbeläge Tessin. 1322 Vgl. Fn 1320. 1323 RPW 2015/2, 225 Rz 193, Tunnelreinigung. 1324 RPW 2013/2, 154 Rz 75, Abrede im Speditionsbereich. 1325 Siehe Fn 1324.

337

1202. Diese Praxis entspricht der Lösung im EU-Kartellrecht. Wie bereits erläutert, ist eine rechtsvergleichende Berücksichtigung des EU-Kartellrechts bei der Auslegung des Schweizer Kartellrechts grundsätzlich zulässig¹³²⁶ (siehe oben Rz 1138). Die Berücksichtigung des EU-Kartellrechts in Bezug auf die gleichen Tatbestandsmerkmale kann allenfalls dort seine Grenze finden, wo aufgrund der Unterschiede in der Sache (Volkswirtschaft der Schweiz ist kleiner) oder des entgegenstehenden Willens des Schweizer Gesetzgebers (z. B. keine Verbotsgesetzgebung im Schweizer Kartellrecht) eine spezifische Lösung notwendig ist.¹³²⁷ Auch nach dem EU-Kartellrecht bedarf es für einen Dauerverstoss bzw. die Teilnahme daran eines gemeinsamen und dauerhaften Ziels.¹³²⁸ Ein «Ausstieg» aus einer Dauerabrede wird dabei nur angenommen, wenn der «Ausstieg» den anderen Unternehmen unmissverständlich kommuniziert wird.¹³²⁹ 1203. In casu verfolgten die acht Unternehmen mit ihrer Zusammenarbeit fortdauernd die Zuteilung bzw. Aufteilung der im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte (siehe oben Rz 671 ff., 988 f., 1068 ff., 1080). Es bestand damit fortdauernd über alle Umsetzungsakte hinweg ein einheitliches Ziel. Es ist nicht anzunehmen, dass dieser Zweck – auch nicht für einige der acht Unternehmen – vor Mitte 2009 nicht mehr bestand. Des Weiteren verhielten sich alle acht Unternehmen – teilweise nicht im gleichen Masse – systemkonform (siehe oben Rz 534 ff., 593 ff., 747 ff., 853, 893 ff., 919 ff., 988 ff., 1029 ff.). Es ist dabei zudem nicht ersichtlich, dass eines oder mehrere der acht Unternehmen seinen bzw. ihren «Ausstieg» aus der Zusammenarbeit erklärten. Die Gesamtabrede stellt mithin eine Dauervereinbarung zwischen den acht Unternehmen dar, welche jedenfalls zwischen 2002 und Mitte 2009 bestand. B.1.5.2.3 Abgestimmte Verhaltensweise 1204. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das soeben beschriebene Verhalten der acht Unternehmen jedenfalls als abgestimmte Verhaltensweise zur Zuteilung von im Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten qualifiziert werden kann. Denn die Beweiswürdigung hat ergeben, dass die acht Unternehmen im Rahmen des MA-Systems und des EO-Systems Informationen darüber austauschten, welches Unternehmen an welchem Strassen- und/oder Tiefbauprojekt interessiert war. Nach dieser Abstimmung kam es dann in einer Vielzahl von Fällen zu einer der Abstimmung entsprechenden Verhaltensweise, namentlich zu Einzelsubmissionsabreden betreffend diejenigen Projekte, in Bezug auf welche eine Abstimmung stattgefunden hat (siehe oben Rz 221 ff., 679 ff., 747 ff., 978 ff., 989, 999 ff.,

1030, 1199). Mit Blick auf die oben erläuterten rechtlichen Voraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise (siehe oben Rz 1190) ist das Verhalten der acht Unternehmen folglich auch als eine abgestimmte Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. B.1.5.2.4 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 1205. Art. 4 Abs. 1 KG erfordert neben einer Vereinbarung zwischen Unternehmen der gleichen oder verschiedener Marktstufen, dass die Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

1326 RPW 2015/2, 299 Rz 293, Türprodukte; BGE 139 I 72, 89 E. 8.2.3 m.w.H., Publigruppe; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 167 ff., ADSL II. 1327 Vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 472, 531; RPW 2015/2, 299 f. Rz 293 ff., Türprodukte; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 170, ADSL II. 1328 Vgl. dazu die Nachweise in RPW 2015/2, 225 Rz 194 Fn 265, Tunnelreinigung. 1329 Vgl. RPW 2015/2, 300 Rz 294 f., Türprodukte.

338

1206. Eine «Wettbewerbsbeschränkung» liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt. 1330 Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen. 1331 1207. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» – wie bereits das Wort «oder» im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ. 1332 Die Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale führt dazu, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG eher zu bejahen ist und sich insbesondere an dieser Stelle regelmässig eine Beurteilung der Wirkungen erübrigt, da bereits ein «Bezwecken» zu bejahen ist. 1333 Denn für die Unterstellung unter Art. 4 Abs. 1 KG ist es nicht erforderlich, dass die Wettbewerbsabrede bereits umgesetzt worden ist und dadurch bestimmte Wirkungen im Markt ausgelöst hat. 1334 1208. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben». 1335 Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich. 1336 1209. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, war die Gesamtabrede dazu geeignet, Wettbewerbsbeschränkungen zu bewirken. Dies gilt schon deshalb, weil die Gesamtabrede darauf gerichtet war, Einzelsubmissionsabreden hinsichtlich Strassen- und/oder Tiefbauprojekte zu treffen. Solche Einzelsubmissionsabreden über den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen der Offerten sind ihrem Zweck nach darauf gerichtet, den Wettbewerb zwischen den offerteinreichenden Unternehmen um den Erhalt des Auftrags auszuschliessen. Da bei einer Submission die nachgefragte Leistung in der Regel durch den Bauherrn klar definiert ist (z. B. Asphaltieren der Kantonsstrasse xy) und deshalb der Wettbewerb zwischen den Anbietern hauptsächlich über den Preis der Leistung erfolgt, ist eine Ausschaltung des (Preis-) Wettbewerbs durch die Teilnehmer der Einzelsubmissionsabrede objektiv dazu geeignet Wettbewerbsbeschränkungen hervorzurufen. Die WEKO hat dementsprechend bereits mehrfach entschieden, dass Einzelsubmissionsabreden objektiv geeignet sind, Wettbewerbsbeschränkungen zu verursachen. 1337 Ergänzend sei hinzuzufügen, auch wenn dies an dieser Stelle nicht

1330 BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1308), Art. 4 Abs. 1 KG N 42 und 51. 1331 BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1308), Art. 4 Abs. 1 KG N 63; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO. 1332 Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, BMW. 1333 So auch: Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO. 1334 Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.9, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2.6, Siegenia-Aubi AG/WEKO. 1335 Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.9, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2.6, Siegenia-Aubi AG/WEKO; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1308), Art. 4 Abs. 1 KG N 69. 1336 Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.9, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2.6, Siegenia-Aubi AG/WEKO; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1308), Art. 4 Abs. 1 KG N 71. Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO. 1337 RPW 2009/3, 204 f. Rz 55 ff., Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2012/2, 390 Rz 967 ff., Wett- bewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2013/4, 561 Rz 181 ff., Wett- bewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

339

von Bedeutung ist, dass die WEKO ebenfalls mehrfach entschieden hat, dass Einzelsubmissionsabreden Wettbewerbsbeeinträchtigungen bzw. -Beseitigungen bewirken. 1338 Da Einzelsubmissionsabreden Wettbewerbsbeschränkungen bewirken und bezwecken, hat die WEKO dementsprechend bereits festgestellt, dass eine Systemvereinbarung, welche darauf gerichtet ist, Submissionen unter den teilnehmenden Unternehmen einvernehmlich aufzuteilen, und die zu Einzelsubmissionsabreden führt, eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt (und bewirkt). 1339 1210. Die Gesamtabrede war auch deshalb dazu geeignet, Wettbewerbsbeschränkungen zu bewirken, weil die erfolgte Interessensabklärung im Rahmen des MA-Systems (siehe dazu insbesondere Rz 574 ff.) bewirken kann, dass die beteiligten Unternehmen nur noch Offerten für Projekte einreichen, bezüglich derer sie wissen, dass die jeweils anderen sieben Unternehmen kein Interesse an ihnen haben. Derartiges würde die Anzahl der Offerten pro Submission und die Auswahlmöglichkeiten des Bauherrn verringern. Dies würde wiederum zu einer Erhöhung der Preise führen, da kein Preiswettbewerb mehr vorläge. Schon die Interessensabklärung an sich ist daher dazu geeignet, Wettbewerbsbeschränkungen hervorzurufen. Zudem erleichtert das MA-System eine Zuweisung von Projekten im Sinne eines Rotationskartells, da die MA-Listen einen Überblick darüber geben, welche Projekte in welcher Region und zu welchem Wert ausgeschrieben werden. Dies ermöglicht eine wechselseitige Zuweisung von Projekten an den regelmässig stattfindenden MA-Sitzungen, da die acht Unternehmen so gemeinsam über einen erheblichen Anteil der gesamten Nachfrage nach Strassen- und Tiefbauleistungen in ihrem Gebiet diskutieren und entscheiden konnten. 1211. Kommt hinzu, dass das EO-System, welches ebenfalls ein Aspekt der Gesamtabrede war, den Grundsatz beinhaltet, dass das Unternehmen, welches eine Eigenofferte für ein Projekt erstellt hat und diese Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet hat, das schutznehmende Unternehmen sein sollte (siehe Rz 1031 ff.). Das EO-System sollte nach dem Willen der acht Unternehmen also dazu führen, dass Bauherren, welche von mindestens einem der acht Unternehmen eine Eigenofferte verlangten, keine Chance auf eine echte Konkurrenzof-

ferte hatten, weil das EO-System vorsah, dass ein anderes angefragtes Unternehmen keine günstigere Offerte einreichen sollte. 1212. Die Gesamtabrede war mithin dazu geeignet, Wettbewerbsbeschränkungen zu bewirken. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Gesamtabrede auch tatsächlich Wettbewerbsbeschränkungen bewirkte (siehe dazu unten Rz 1271 ff.).

B.1.5.2.5 Zwischenergebnis 1213. Aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt sich, dass zwischen den acht Unternehmen zwischen 2002 und Mitte 2009 die Wettbewerbsabrede bestand, möglichst viele der insgesamt im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Rahmen des MA-Systems und des EO-Systems einvernehmlich zuzuteilen («Gesamtabrede»). Dabei ist davon auszugehen, dass diese Gesamtabrede auch eine Übereinkunft über das «Wie» der Zuteilung enthielt. Diese ist in dem geschilderten Konsens über die Funktionsweise und den Zweck des MA-Systems sowie in dem aufgezeigten Konsens über die Funktionsweise und den Zweck des EO-Systems zu erblicken. Umgesetzt wurde diese Gesamtabrede insbesondere dann, wenn mindestens zwei der acht Unternehmen hinsichtlich eines Strassen- und/oder Tiefbauprojekts im Untersuchungsgebiet vor Ablauf der Eingabefrist gemeinsam festlegten, welches Unternehmen den Zuschlag erhalten sollte und wie hoch die Eingabesummen

1338 RPW 2009/3, 204 f. Rz 55, Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2012/2, 390 Rz 971 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2013/4, 561 Rz 183, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 1339 Vgl. RPW 2008/1, 95 Rz 82, Strassenbeläge Tessin; RPW 2009/3, 205 Rz 60, Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2015/2, 224 Rz 182 ff., Tunnelreinigung.

340

der einzureichenden Offerten sein sollen. In jedem dieser Fälle liegen Einzelsubmissionsabreden vor, welche in casu als Umsetzungsakte der Gesamtabrede keiner isolierten kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden. 1214. Gegen dieses Ergebnis bringen die Bernet Bau, die Hagedorn, die Oberholzer, die Reichmuth-Gesellschaften und die Toller im Wesentlichen zwei Einwände vor (siehe dazu oben Rz 83 ff., 89 ff., 95 ff., 100 ff., 107 ff.). Zum einen führen sie aus, dass das Parteigutachten habe belegt, dass keine Gesamtabrede vorliege. Zum anderen wird auf vergangene Verfügungen der WEKO betreffend Submissionsabreden verwiesen und ausgeführt, die Qualifizierung des Verhaltens der acht Unternehmen als Gesamtabrede stelle eine unzulässige Praxisänderung dar. 1215. Der Verweis auf das Parteigutachten überzeugt nicht. Das ökonomische Parteigutachten enthält schon gar keine rechtlichen Ausführungen, weshalb ihm nicht entnommen werden kann, dass keine «Gesamtabrede» im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Aber auch soweit mit dem Parteigutachten die Sachverhaltsfeststellungen, welche insbesondere in den Rz 751 ff. dargestellt sind, bestritten werden sollen, überzeugt das Gutachten – wie bereits dargestellt – nicht (siehe dazu insbesondere Rz 834 ff., 842 ff.). Die bereits gemachten Ausführungen sind hier nicht in Gänze zu wiederholen. Hier sei nur Folgendes festgehalten: Das Parteigutachten scheint bei seiner Analyse davon auszugehen, dass eine «Gesamtabrede» erfordert, dass als Folge eines Konsenses betreffend alle Projekte in einem bestimmten Markt sämtliche Projekte gemeinsam zugeteilt werden müssten. Eine solche Voraussetzung ist dem Gesetz aber nicht zu entnehmen. Für die Frage der Abrede ist danach «nur» der tatsächliche oder normative Konsens der Unternehmen massgeblich. Die WEKO definiert die Gesamtabrede in Übereinstimmung mit ihren früheren Entscheidungen¹³⁴⁰ vorliegend dementsprechend als Vereinbarung der acht Unternehmen darüber, sich regelmässig zu

treffen und aktuelle Strassen- und Tiefbausubmissionen im Untersuchungsgebiet auf die dargelegte Art und Weise vorzubesprechen, wobei das dauerhafte Ziel der Aufteilung von Strassen- und Tiefbauprojekten bestand. Sowohl die statistischen Analysen des Sekretariats als auch das Parteigutachten betreffen mithin nur die Auswirkungen bzw. die Umsetzung dieser genannten Gesamtabrede. Wie auch der statistischen Analyse des Sekretariats ist dem Parteigutachten dabei zu entnehmen, dass es zwischen dem Bieterverhalten der acht Unternehmen während der MAL-Periode und dem Bieterverhalten der acht Unternehmen in der post-MAL-Periode statistisch signifikante Unterschiede gab. Oben ist dargelegt, dass diese Unterschiede auf das MA-System zurückzuführen sind. 1216. Auch der Verweis auf andere Verfügungen der WEKO betreffend Submissionsabreden¹³⁴¹ überzeugt nicht. Eine Praxisänderung könnte allenfalls dann vorliegen, wenn gleiche Sachverhalte rechtlich ungleich behandelt würden. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von bereits entschiedenen Submissionsabredenfällen,¹³⁴² in denen nur Einzelsubmissionsabreden angenommen wurden, insbesondere durch die umfassende Institutionalisierung der Zusammenarbeit (MA- und EO-System), durch das Vorhandensein von gemeinsamen Regeln über das «Wie» der Zusammenarbeit, durch die stets gleichbleibende Anzahl und die identische Zusammensetzung der zusammenarbeitenden Unternehmen im Rahmen des MA-Systems und des EO-Systems, durch die Nachweisbarkeit einer dauerhaften, gemeinsamen Zielsetzung sowie dadurch, dass eine stetige Umsetzung

1340 RPW 2008/1, 85, Strassenbeläge Tessin; RPW 2013/2, 154 Rz 73 ff., Abrede im Speditionsbereich; RPW 2015/2, 225 Rz 194, Tunnelreinigung. 1341 Vgl. RPW 2008/1, 85, Strassenbeläge Tessin; RPW 2009/3, 196, Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2012/2, 264, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2013/4, 524, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; RPW 2015/2, 193, Tunnelreinigung. 1342 RPW 2009/3, 196, Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2012/2, 264, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2013/4, 524, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

341

der Gesamtabrede durch die Teilnehmer der Gesamtabrede nachgewiesen werden konnte. Ob der vorliegende Fall mit WEKO-Verfügungen vergleichbar ist, in denen in Bezug auf Submissionen eine Gesamtabrede angenommen wurde,¹³⁴³ kann dahin stehen, da in casu ohnehin die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen. B.1.5.3 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 1217. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. B.1.5.3.1 Geschäftspartnerabrede zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe a. Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen 1218. Wie bereits erläutert, handelt es sich bei den acht Unternehmen um Unternehmen gleicher Marktstufe, da sie alle acht als Anbieter von Strassen- und Tiefbauleistungen tätig waren (siehe oben Rz 1187 ff.). Ohne eine entsprechende Zusammenarbeit hätten die acht Unternehmen bezüglich der von ihnen angebotenen Leistungen – soweit nicht wie bei der Hagedorn und der Bernet Bau identische

Unternehmensträger vorlagen – miteinander im Wettbewerb gestanden. b. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern 1219. Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfasst Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern liegt dabei vor, wenn Unternehmen eine Abrede darüber treffen, dass sie die Abnehmer der von ihnen angebotenen Leistungen untereinander aufteilen wollen.¹³⁴⁴ Entscheidend für die Unterstellung unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG ist dabei die Wirkung und nicht das Mittel der Wirkungserzeugung.¹³⁴⁵ Daher ist Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG weit auszulegen und erfasst nicht nur Abreden, in denen die Aufteilung direkt festgelegt ist (z. B. Kundenschutzklauseln zwischen Konkurrenzunternehmen)¹³⁴⁶, sondern auch solche Abreden, welche indirekt zu einer Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern führen.¹³⁴⁷ Die WEKO hat dementsprechend bereits entschieden, dass auch solche Abreden von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfasst sind, welche nur, aber immerhin, den Mechanismus der Zuteilung von Geschäftspartnern umfasst.¹³⁴⁸ 1220. In casu beinhaltete die Gesamtabrede, dass die acht Unternehmen möglichst viele der insgesamt im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte einvernehmlich zuteilen wollten (siehe oben Rz 1186 ff., 1213 ff.). Zwar ist dieser Abrede – anders als etwa bei einer Kundenschutzvereinbarung zwischen Konkurrenten – nicht unmittelbar zu

1343 RPW 2008/1, 85 Strassenbeläge Tessin; RPW 2015/2, 193, Tunnelreinigung. Siehe zu einer «Gesamtabrede» im Bereich Spedition: RPW 2013/2, 154 Rz 73 ff., Abrede im Speditionsbereich. 1344 Vgl. CR LCart-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1309), Art. 5 LCart N 474. 1345 PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 434. 1346 RPW 1999/1, 67 Rz 8, Reine Gase und Mischgase. 1347 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1345), Art. 5 KG N 437 ff. 1348 RPW 2008/1, 96 Rz 91 ff., Strassenbeläge Tessin.

342

entnehmen, welcher Geschäftspartner welchem Unternehmen zugeordnet ist. Da diese Gesamtabrede jedoch auf die Aufteilung der Abnehmer der Leistungen der acht Unternehmen gerichtet war (siehe oben Rz 647, 671 ff., 976, 988 ff.) und es in Umsetzung der Gesamtabrede tatsächlich zu einer Vielzahl von Zuteilungen von Projekten bzw. Geschäftspartnern kam (siehe oben Rz 221 ff., 679 ff., 747 ff., 978 ff., 989, 999 ff., 1030), wirkte die Gesamtabrede jedenfalls wie eine Geschäftspartnerabrede. Da auch die indirekte Verursachung der Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfasst ist, stellt die Gesamtabrede also eine von Art. 5 Abs. 3 KG erfasste Geschäftspartnerabrede dar. Kommt hinzu, dass die Gesamtabrede betreffend das MA- und das EO-System konkrete Festlegungen über das «Wie» der Zuteilung von Projekten, mithin Geschäftspartnern, enthielt (für das MA-System siehe insbesondere Rz 649 ff., 674 ff.; für das EO-System siehe insbesondere Rz 924 ff., 978 ff.). Wie bereits erläutert reicht alleine dieser Umstand für die Annahme einer Geschäftspartnerabrede aus (siehe oben Rz 1219). 1221. Die Gesamtabrede stellt damit eine Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG dar. Hinzuweisen ist darauf, dass diese Gesamtabrede durch Einzelsubmissionsabreden umgesetzt wurde, welche jeweils als Preis- und Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG zu qualifizieren wären,¹³⁴⁹ in casu als «Umsetzungsabreden» der Gesamtabrede aber keiner isolierten kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden müssen. c. Rechtsfolge 1222. Liegen Abreden vor, welche unter die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 KG fallen, so wird für diese

Abreden vermutet, dass sie eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung haben. Vorliegend greift damit die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in Bezug auf die Gesamt- abrede, weil es sich bei ihr um eine Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG handelt. B.1.5.3.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 1223. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller bzw. tatsäch- licher und potentieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unter- nehmen) bestand. 1224. Die Beweisführungslast dafür liegt bei den Wettbewerbsbehörden, da im verwaltungs- rechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt. Die Wettbewerbsbehörden ha- ben den massgeblichen Sachverhalt entsprechend auch hinsichtlich der Frage, ob trotz der Abrede noch ein wirksamer Wettbewerb besteht, von Amtes wegen zu ermitteln. Die Parteien trifft jedoch eine Mitwirkungspflicht. 1225. In Bezug auf das zu erfüllende Beweismass gilt es zu beachten, dass die Prüfung der Widerlegung der Beseitigungswirkung in der Regel die Aufklärung von komplexen, multikau- salen Wirtschaftsprozessen erfordert. Dies deshalb, weil es teilweise um sich über lange Zeit- räume erstreckende Umstände geht und im relevanten Markt – je nach Untersuchungsgegen- stand – eine Vielzahl von Anbietern und Nachfragern aufeinandertreffen. Auch kann das Problem bestehen, dass die von einer Abrede betroffene Leistung nicht homogen ist, ein Markt an den geografischen «Rändern» nicht klar abgrenzbar ist und Anbieter sowie Nachfrager sich nicht immer vergleichbar verhalten. Mit Blick auf die Anforderungen, die beim Nachweis von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen an das Beweismass zu stellen sind (siehe

1349 Vgl. RPW 2009/3, 207 ff. Rz 74 ff., Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2012/2, 392 f. Rz 995 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2013/4, 591 Rz 820, Wett- bewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

343

oben Rz 1184 f.) dürfte es für die Widerlegung der Beseitigungsvermutung also ausreichen, dass nachgewiesen wird, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit Restwettbewerb be- steht. 1226. Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede Wettbewerb besteht, bleibt es dabei, dass die gesetzliche Vermutung greift und gestützt auf diese von einer Beseitigung des Wett- bewerbs auszugehen ist. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das damit die objektive Beweislast trägt.1350 1227. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzlich vermutete Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies beurteilen zu können, ist zunächst der re- levante Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die Gesamtabrede auswirken. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf dem re- levanten Markt trotz des Vorliegens von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle bzw. tatsächliche und potentielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herstel- len konnte und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Gegebenenfalls ist bei Wi- derlegung der Vermutung anschliessend zu prüfen, ob der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist. a. Relevanter Markt 1228. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht aus- tauschbar sind.1351 1229. Bei dieser Abgrenzung sind

Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.¹³⁵² Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 1360 ff). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird. Dieser Umstand kann wiederum dazu führen, dass der Inhalt der Marktabgrenzung je nach untersuchter Verhaltensweise (Abreden, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Unternehmenszusammenschluss) divergiert, obwohl er denselben Wirtschaftsbereich betrifft.¹³⁵³

¹³⁵⁰ Siehe in diesem Sinne auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, Implenia (Ticino) SA/WEKO. ¹³⁵¹ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), Publigroupe SA et al./WEKO. ¹³⁵² Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Marktabgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40. ¹³⁵³ So auch das Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 276, ADSL II unter Verweis auf ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 164 f., sowie die EU-Praxis; vgl. auch STEINVORTH (Fn 1352), 924 ff.

344

(i) Marktgegenseite 1230. Für alle drei Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an (siehe Rz 1228). «Marktgegenseite» sind dabei die Abnehmer derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.¹³⁵⁴ Untersuchen die Wettbewerbsbehörden z. B. das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, so kommt es für die Marktabgrenzung auf die Sicht der Abnehmer des durch das marktbeherrschende verkaufte Produkts an.¹³⁵⁵ Werden hingegen die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede untersucht, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht. ¹²³¹. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies: Bei der oben beschriebenen Gesamtabrede waren alle (privaten und öffentlichen) Bauherren, welche zwischen 2002 und Mitte 2009 Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet vergeben haben, Marktgegenseite der acht Unternehmen. Denn die acht Unternehmen sind übereingekommen, möglichst alle im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte einvernehmlich zuzuteilen (siehe oben Rz 1194 ff., 1219 ff.). (ii) Sachlich relevanter Markt 1232. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU¹³⁵⁶, der hier analog anzuwenden ist).¹³⁵⁷ ¹²³³. Massgebend ist also, ob aus Sicht der Marktgegenseite Waren oder Dienstleistungen

miteinander im Wettbewerb stehen.¹³⁵⁸ Dies hängt insbesondere davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher Hinsicht austauschbar sind.¹³⁵⁹ Entscheidend sind grundsätzlich die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.¹³⁶⁰ 1234. Geht man von der dauerhaft wirkenden Gesamtabrede aus, so ist davon auszugehen, dass der relevante Markt in sachlicher Hinsicht jedenfalls alle Strassen- und Tiefbauleistungen, welche von den (öffentlichen und privaten) Bauherren im Untersuchungsgebiet in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 nachgefragt worden sind. Denn diese Strassen- und Tiefbauleistungen sollten grundsätzlich zugeteilt werden und bezüglich dieser Nachfrage hätten die acht Unternehmen dauerhaft in Konkurrenz gestanden, wenn sie nicht eine Abrede getroffen hätten. 1235. Eine derartige sachliche Markttabgrenzung entspricht dem Ergebnis nach der Markttabgrenzung, welche die WEKO für eine vergleichbare Dauer-Gesamt-/Systemabrede über die Zuteilung von Strassenbauprojekten im Kanton Tessin im Fall Strassenbeläge Tessin vorgenommen hat. Auch dort wurde in sachlicher Hinsicht ein relevanter Markt für Strassen- und

1354 Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269, ADSL II; RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, Rz 281. 1355 Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269 ff., ADSL II 1356 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). 1357 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 1358 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, Hors-Liste Medikamente/Pfizer. 1359 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), Buchpreisbindung. 1360 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO.

345

Belagsbau angenommen.¹³⁶¹ Vergleichbares gilt für den Fall Tunnelreinigung, bei dem es um eine Dauer-Gesamtabrede über die Zuteilung von Tunnelreinigungsaufträge ging. Auch in diesem Fall hat die WEKO den sachlich relevanten Markt leistungsbezogen abgegrenzt («Markt für Tunnelreinigungen»).¹³⁶² 1236. Was in casu unter Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten zu verstehen ist, wurde schon an anderer Stelle festgestellt und ist für die Bestimmung des sachlich relevanten Markts zu übernehmen (siehe dazu oben Rz 37, 567). Die Prüfung der Substituierbarkeit dieser Leistungen durch andere Leistungen (z. B. Hochbau) erübrigt sich – anders als etwa bei Produktmärkten – bei Submissionen, da die relevanten Bauherren jeweils ohnehin projektspezifische Strassen- und Tiefbauleistungen nachgefragt haben.¹³⁶³ Die projektspezifisch nachgefragte Leistung (z. B. Asphaltierung [eines Autobahnteilstücks]) kann dementsprechend zwar von mehreren Unternehmen erbracht werden, nicht aber durch eine «andere» Leistung (z. B. Asphaltierung einer [...]strasse) ersetzt werden. Dieser Umstand führt auch dazu, dass die WEKO entsprechend der obigen Ausführungen davon ausgegangen ist, dass für eine Einzelsubmissionsabrede in sachlicher Hinsicht der Markt für die Erbringung der durch den Bauherrn nachgefragten Bauleistung relevant ist.¹³⁶⁴ 1237. Denkbar wäre es, den sachlich relevanten Markt für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen weiter zu

separieren. So hat auch die WEKO schon zwischen den Märkten Belags- und Strassenbau einerseits sowie Tiefbau andererseits unterschieden; diese Trennung sei jedoch fließend.¹³⁶⁵ Da diese Ausführungen im Zusammenhang mit der Prüfung eines Unternehmenszusammenschlusses stehen, sind sie entsprechend der obigen Ausführungen (siehe Rz 1229) vorliegend nicht zwingend zu berücksichtigen. Allerdings leuchtet es unmittelbar ein, dass Strassenbauleistungen (z. B. Asphaltierung) nicht durch Tiefbauleistungen (z. B. Kanalbau) substituiert werden können. Zudem kann ein Strassen- und Tiefbauauftrag, welcher sowohl Asphaltarbeiten als auch Tiefbauarbeiten (z. B. Strassenbau mit Sanierung der Werksleitungen) beinhaltet, nicht durch eine Strassenbauleistung oder eine Tiefbauleistung substituiert werden.¹²³⁸ Für eine solche Separierung spricht auch, dass die Anbietersubstituierbarkeit je nach Art der nachgefragten Leistung (Strassenbau-, Strassen- und Tiefbau- oder Tiefbauprojekt) unterschiedlich ausfiel. So hat die statistische Analyse gezeigt, dass die Umsatzanteile der acht Unternehmen umso höher sind, je höher der Anteil der Strassenbauleistungen (Belags- und Pflasterungsarbeiten) bei einem Projekt war (siehe dazu und zum Folgenden Rz 785 ff.). So haben die acht Unternehmen bei DOP-Projekten, bei denen laut Ausschreibung hauptsächlich Strassenbauarbeiten nachgefragt wurden, einen gemeinsamen Umsatzanteil von 76 %. Bei DOP-Projekten, bei denen es um die Erbringung von reinen Tiefbauleistungen ging, liegt der gemeinsame Umsatzanteil der acht Unternehmen dagegen bei 41 %. Dies korrespondiert mit der Erkenntnis, dass in der MAL-Periode neben den acht Unternehmen im Bereich Strassenbau nur 11 andere Unternehmen den Zuschlag erhielten, während bei DOP-Projekten, bei denen (auch) Tiefbauleistungen nachgefragt wurden, die Anzahl der sonstigen Gewinnerunternehmen höher waren (39 externe Unternehmen im Bereich «reiner Tiefbau», 17 externe Unternehmen im Bereich «Strassenbau mit Tiefbauaufgaben»). Aus der statistischen Analyse sowie den Angaben der Verfahrensparteien geht auch hervor, dass ein auf Tiefbau spezialisiertes Unternehmen nicht ohne Weiteres Strassenbauleistungen anbieten kann. Hingegen sind sämtliche Strassenbauunternehmen in der Lage, auch Tiefbauleistungen anzubieten und

1361 RPW 2008/1, 97 Rz 102, Strassenbeläge Tessin. 1362 RPW 2015/2, 226 Rz 201 ff., Tunnelreinigung. 1363 Vgl. RPW 2013/4, 592 Rz 827 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 1364 Vgl. RPW 2002/1, 141 Rz 25, Submission Schweizerische Landesbibliothek; RPW 2009/3, 206 f. Rz 67, Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2012/2, 391 Rz 982 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2013/4, 592 Rz 823 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 1365 Vgl. RPW 2007/1, 103 Rz 28 und 105 Rz 49 ff., Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG.

346

entsprechende Arbeiten auszuführen (siehe oben Rz 787). Auch die Befragung der acht Unternehmen hat ergeben, dass die Konkurrenzsituation im Bereich Strassenbau eine andere ist als in den Bereichen Strassen- und Tiefbau sowie im Tiefbau (siehe oben Rz 1061 ff.). Gegen eine Separierung könnte hingegen sprechen, dass nicht ausgeschlossen ist, dass Tiefbauunternehmen im Einzelfall auch Strassenbauleistungen erbracht haben könnten – sei es, weil sie Maschinen gemietet, aber mit Strassenbauunternehmen in einer ARGE zusammengearbeitet oder Strassenbauunternehmer als Subunternehmer beauftragt haben. Tiefbauunternehmen waren also möglicherweise in der Lage, Strassenbauunternehmen zu konkurrenzieren.¹²³⁹ Ob eine Zwei- oder Dreiteilung des Strassen- und Tiefbaumarkts

angezeigt ist, kann vorliegend jedoch offengelassen werden. Denn die Gesamtabrede ist selbst dann als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung anzusehen, wenn von einer Separierung des Markts für Strassen- und Tiefbauleistungen ausgegangen wird (siehe dazu unten Rz 1290, 1303). 1240. In sachlicher Hinsicht ist daher von einem relevanten Markt für die Erbringung von Strassen- und/oder Tiefbauleistungen auszugehen, wobei es denkbar – aber für die vorliegende Untersuchung nicht von Bedeutung – ist, dass dieser Markt in mehrere Teilmärkte unterteilt werden könnte. (iii) Räumlich relevanter Markt 1241. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).¹³⁶⁶ 1242. In welchem Gebiet die Marktgegenseite der Gesamtabrede – d. h. die privaten und öffentlichen Bauherren, welche zwischen 2002 und Mitte 2009 Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten im Untersuchungsgebiet durchführen lassen wollten – die Erbringung der massgeblichen Leistung nachfragte, ist vorliegend nicht gänzlich aufklärbar. Dies deshalb, weil es unmöglich ist, alle massgeblichen privaten und öffentlichen Bauherren betreffend ihr Nachfrageverhalten zu befragen. Dies ist aber auch nicht notwendig, da es, wie erläutert, für den Nachweis eines Umstands, welcher die Aufklärung von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen erfordert, auch ausreicht, wenn ein Umstand mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen wird (siehe oben Rz 1184 f.). Bei der Abklärung eines räumlich relevanten Markts für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen bedarf es einer derartigen Aufklärung. Denn der Beobachtungszeitraum liegt teilweise über zehn Jahre zurück und erstreckt sich über einen Zeitraum von fast acht Jahren. Kommt hinzu, dass, wie erwähnt, die Identität aller Nachfrager kaum aufklärbar ist und keine der von den Unternehmen erbrachte Strassen- und/oder Tiefbauleistung mit einer anderen Strassen- und/oder Tiefbauleistung exakt identisch ist. Nur die folgenden Umstände können für die Bestimmung des räumlich relevanten Markts herangezogen werden. 1243. Wie bereits erläutert, besteht für die acht Unternehmen ein gewisser Distanzschutz (siehe auch oben Rz 1046 ff.).¹³⁶⁷ Denn die zunehmende Distanz des Sitzes und/oder Werks einer Unternehmung vom Ausführungsort führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags. Hinzu kommt die generelle Tendenz der Auftraggeber, ihnen bekannte, demnach meist ortsansässige respektive ortskundige, und damit in der Regel regional tätige Unternehmen zu favorisieren.¹³⁶⁸ Aus dem DOP ergibt sich dementsprechend, dass mindestens 80 % aller zwischen 2004 und 2013 eingereichten Offerten für DOP-Projekte von Un-

¹³⁶⁶ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), Publigroupe SA et al./WEKO. ¹³⁶⁷ RPW 2013/4, 594 Rz 835, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. ¹³⁶⁸ RPW 2012/2, 392 Rz 988, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2013/4, 594 Rz 835, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

347

ternehmen eingereicht wurden, welche die Offerte von ihrer Niederlassung im Untersuchungsgebiet versendet haben. Von allen DOP-Projekten wurden zwischen 2004 und 2013 zudem 88 % von Unternehmen gewonnen, welche ihren Sitz im Untersuchungsgebiet hatten. 1244. Wie das Nachfrageverhalten der privaten Bauherren im relevanten Zeitraum war, geht aus den DOP-Berechnungen zwar nicht hervor. Für die privaten Bauherren ist aber anzunehmen, dass sie eher in noch grösserem Masse bei

Unternehmen in der Region der Bezirke See-Gaster, March und Höfe Eigenofferten angefragt haben. Denn es ist kein Grund ersichtlich, dass vorliegend die privaten Bauherren ein anderes Nachfrageverhalten zeigten als die öffentlichen Bauherren. Davon ist insbesondere auszugehen, da Private nicht an das gesetzliche Gebot gebunden sind, bei freihändigen Verfahren und Einladungsverfahren auch ortsfremde Unternehmen einzuladen (vgl. Art. 35 Abs. 2 VöB), und häufig eher kleinere Aufträge vergeben, für die es sich für Unternehmen aus anderen Regionen (z. B. Zürich, St. Gallen Stadt oder Zug) nicht lohnt, extra eine Baustelle im Untersuchungsgebiet einzurichten. Dies werden auch die Nachfrager berücksichtigen. 1245. Darüber hinaus können zur Beantwortung der Frage, wo die Nachfrager die von ihnen gewünschte Leistung nachfragen, auch die natürlichen und geografischen Gegebenheiten berücksichtigt werden. Denn diese führen – gerade in Verbindung mit einem gewissen Distanzschutz im Baugewerbe – dazu, dass Nachfrager von Strassen- und Tiefbauleistungen nur dort Leistungen anfragen, von wo aus ein Transport des Baumaterials, der Baumaschinen und des Personals mit Blick auf das zu zahlende Entgelt noch lohnt. Gerade Gebirge oder Seen können so natürliche Hindernisse darstellen, welche die Anbieter jenseits dieser natürlichen Grenzen gegenüber Anbietern, welche innerhalb dieser natürlichen Grenzen ihren Sitz oder einen Werkhof haben, benachteiligen, da derartige natürliche Grenzen die Transport- und Koordinationskosten erheblich erhöhen können. 1246. Wie erläutert (siehe oben Rz 1047), ist das Gebiet der Bezirke See-Gaster, March und Höfe im Norden und Süden jeweils durch Bergzüge begrenzt. Dazwischen liegt die Linth-Ebene, welche strassenbautechnisch gut erschlossen ist und in der alle acht Unternehmen ihren Sitz und ihre Werkhöfe haben. Im Osten begrenzen der Bergzug um den Speer und den Mattstock sowie der Walensee diese Ebene. «Durchlässe» in andere grössere, flache Gebiete finden sich lediglich längs des Zürichsees Richtung Nordwesten sowie entlang des Walensees entlang nach Osten Richtung Walenstadt. Diese natürlichen Gegebenheiten führen dazu, dass die Unternehmen in der Linth-Ebene, am Zürichsee sowie im Norden des Kantons Glarus ähnlich hohe – aber nie dieselben¹³⁶⁹ – Gesamtkosten für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet hatten und haben. Damit besteht ein Anreiz, lediglich bei den im Untersuchungsgebiet ansässigen Strassen- und Tiefbauunternehmen Strassen- und/oder Tiefbauleistungen anzufragen. 1247. Da die Marktabgrenzung ein Hilfsmittel zur Untersuchung der Auswirkung einer Abrede sowie zur Ermöglichung der Abschöpfung der Kartellrente ist, ist bei der Definition des räumlich relevanten Markts aber auch der Abredeinhalt zu berücksichtigen. Die vorliegende Gesamtabrede bezog sich nur, aber immerhin, auf Projekte im Untersuchungsgebiet. Projekte, welche etwa im Kanton Zürich oder im Kanton Glarus durchgeführt wurden, waren von ihr hingegen gar nicht erfasst, weshalb der freie Wettbewerb in diesen Gebieten durch die Gesamtabrede kaum tangiert werden konnte. Insbesondere konnte die Gesamtabrede ihrem Inhalt nach nicht bewirken, dass die acht Unternehmen in Gebieten jenseits des Gebiets der Bezirke See-Gaster, March und Höfe Kartellrenten erzielten. 1248. Mit Blick auf das Beweismass, welches bei komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen gilt, folgt aus den genannten Umständen, dass vorliegend von einem räumlich relevanten Markt auszugehen ist, welcher das Gebiet der Bezirke der See-Gaster, March und Höfe umfasst.

¹³⁶⁹ Siehe Act. n° [...].

(iv) Zeitlich relevanter Markt 1249. Während der zeitlich relevante Markt bei Einzelsubmissionsabreden durch den Zeitpunkt der Ausschreibung bzw. Anfrage nach einer Offerte sowie durch die Vergabeentscheidung bzw. die Durchführung der Bauarbeiten begrenzt ist, gilt dies nicht für den für die Gesamtabrede zeitlich relevanten Markt. Denn die Gesamtabrede bestand und wirkte dauerhaft und stetig mindestens seit dem Jahr 2002 bis Mitte 2009 (siehe oben Rz 1200 ff.). b. Zwischenergebnis 1250. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die Gesamtabrede der Markt für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 relevant war. Was das ungefähre Marktvolumen angeht, sei auf Rz 1257 verwiesen. 1251. Gegen diese Marktabgrenzung wird in den Stellungnahmen zum Antrag geltend gemacht, die relevanten Märkte seien vorliegend die Beschaffungsmärkte, bezüglich derer es zu Einzelsubmissionsabreden gekommen sei. Wie bereits erläutert, ist diese Annahme nicht überzeugend, da die Definition des relevanten Markts ausgehend vom Abredegegenstand zu erfolgen hat (siehe oben Rz 1230). Da vorliegend eine Gesamtabrede, welche den gesamten Strassen- und Tiefbaumarkt im Untersuchungsgebiet betraf, untersucht wird und sich zudem Abreden bei Einzelsubmissionen auf das Bieterverhalten bei anderen Submissionen auswirken (siehe oben Rz 1035 ff.), sind nicht die einzelnen Beschaffungsmärkte als relevanten Märkte anzusehen (siehe auch 1232 ff.). Weiter wird im eingereichten Parteigutachten ausgeführt, es sei eine Separierung der Märkte anzunehmen. Auch dies ist indes abzulehnen. Denn die Marktabgrenzung ist lediglich ein Hilfsinstrument, um die Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede zu bestimmen (siehe oben Rz 1229). Wenn davon ausgegangen werden kann, dass selbst bei einer Separierung der Märkte auf jedem der Teilmärkte eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, welche sanktionierbar ist, so ist es irrelevant, ob ein Gesamtmarkt oder Teilmärkte angenommen werden. 1370 Wie bereits dargelegt, ist selbst bei einer Separierung in drei Teilmärkte, auf jedem der drei Märkte eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen (siehe oben Rz 1239 und unten Rz 1290). c. Aussenwettbewerb 1252. Nachfolgend gilt es festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch tatsächlichen oder potentiellen Aussenwettbewerb diszipliniert wurden. Da hierbei wiederum komplexe, multikausale Wirtschaftsprozesse abzuklären sind, reicht es aus, wenn angenommen werden kann, dass die massgeblichen Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegen (siehe oben Rz 1225). (i) Tatsächlicher Aussenwettbewerb auf dem relevanten Markt 1253. Nachfolgend wird darauf eingegangen, ob, und wenn ja, in welchem Umfang die acht Unternehmen in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 auf dem relevanten Markt tatsächlich einer Konkurrenz durch andere Unternehmen ausgesetzt waren. 1254. Zunächst ist zu betonen, dass das Beschaffungsrecht für den Aussenwettbewerb durchaus eine Bedeutung hatte, da nicht alle Projekte öffentlich und somit ohne Begrenzung der Anbieterzahl durch den Auftraggeber vergeben wurden. Das Beschaffungsrecht vermochte aber auf keinen Fall den Wettbewerb zwischen den acht Unternehmen einerseits sowie anderen Unternehmen auszuschliessen (siehe dazu oben Rz 1049 ff.). 1255. Aus dem DOP und den Antworten auf den marktbezogenen Fragebogen des Sekretariats ergibt sich, dass die acht Unternehmen im Untersuchungsgebiet mehr als die Hälfte des Werts aller Strassen- und/oder Tiefbauaufträge im Untersuchungsgebiet – unabhängig davon,

1370 So auch: RPW 2015/2, 226 Rz 201 ff., Tunnelreinigung.

ob sie von der öffentlichen Hand oder von Privaten in Auftrag gegeben wurden – für sich verbuchen konnten (siehe oben Rz 1058 ff.). Wiederholt sei an dieser Stelle nur, dass die acht Unternehmen in der Zeit zwischen 2004 und Mitte 2009 zusammen 57 % des im DOP enthaltenen Auftragsvolumens der Strassen- und Tiefbauprojekte, welche im Untersuchungsgebiet von den Kantonen St. Gallen und Schwyz, den Gemeinden im Untersuchungsgebiet und des Bezirks March ausgeschrieben worden waren, erhielten (CHF 79.4 Mio. von CHF 138.5 Mio.). Betrachtet man nur DOP-Projekte, mit denen ausschliesslich Strassenbauleistungen nachgefragt wurden, so beträgt der gemeinsame Umsatzanteil der acht Unternehmen sogar 76 %. Die gemeinsamen Umsatzanteile der acht Unternehmen im Bereich Strassen- und Tiefbau sowie im Tiefbau lagen tiefer (58 % bzw. 41 %). Die Umsatzanteile der acht Unternehmen veränderten sich im Zeitraum der MAL-Periode, fiel aber nie unter 51 % (2006). In den Jahren 2004, 2007 und 2008 lag der Anteil über 60 %, in den Jahren 2005, 2006 und 2009 über 50 % (siehe oben Rz 782 f.). Da kein Grund ersichtlich ist, dass für privat ausgeschriebene Projekte eine grundlegend andere Verteilung der Umsatzanteile bestand als bei Projekten, welche von öffentlicher Hand vergeben worden waren, ist anzunehmen, dass eine vergleichbare Verteilung der Umsätze auch bezüglich der privat vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte bestand. Denkbar ist allenfalls, dass der gemeinsame Umsatzanteil der acht Unternehmen bei privaten Bauherren sogar höher ausfiel als bei von der öffentlichen Hand vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten (siehe dazu oben Rz 1059).

1256. Aus dem Vorgegangenen kann gefolgert werden, dass sich die Umsatzanteile der acht Unternehmen einerseits sowie der Konkurrenten andererseits sich in der Zeit zwischen 2002 und 2004 in ähnlichen Bereichen bewegt haben müssen wie danach. Dieser Umstand ist indes im Hinblick darauf, dass Wettbewerbsbeschränkungen ohnehin erst für ihre Wirkungen nach dem 1. April 2004 sanktioniert werden dürfen, ohnehin nicht von Bedeutung.

1257. Mit Blick auf die Marktabgrenzung ist aus den vorgenannten Umständen zu folgern, dass die acht Unternehmen in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 einen ungefähren Marktanteil von über 55 % auf dem Markt für Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet hatten. Es ist dabei anzunehmen, dass sich der gemeinsame Marktanteil der acht Unternehmen im Zeitraum der MAL-Periode veränderte, aber nie unter 50 % fiel. Müsste man den Markt für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen separieren, so wäre anzunehmen, dass die gemeinsamen Marktanteile der acht Unternehmen bei über 75 % im Bereich Strassenbau, ca. 55 % im Bereich Strassen- und Tiefbau und ca. 40 % im Bereich Tiefbau gelegen hätten. Mit Blick auf diesen geschätzten Marktanteil kann nun anhand der Umsatzzahlen der acht Unternehmen im Bereich Strassen- und Tiefbau in den Kantonen St. Gallen und Schwyz (siehe oben Rz 1039) für die Jahre 2006 bis 2008 das ungefähre Marktvolumen geschätzt werden. Dieses beträgt für den genannten Zeitraum etwa CHF 218 Mio.

1258. Allein aus den Marktanteilen kann indes nicht auf eine Beseitigungswirkung einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG geschlossen werden.

1371 Zu beachten ist auch die Anzahl und die Bedeutung der Konkurrenzunternehmen. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der gemeinsame Marktanteil der externen Unternehmen fragmentiert ist (siehe oben Rz 779) und bis zu 16 externe Strassen- und/oder Tiefbauunternehmen als Konkurrenten der acht Unternehmen angesehen werden können (siehe oben Rz 1062 f.). Allerdings ist vorliegend auch nicht anzunehmen ist, dass der gesamte von den acht Unternehmen erzielte Umsatz auf erfolgreiche Einzelsubmissionsabreden zurückgeht. Zwar ist erwiesen, dass die acht Unternehmen nahezu alle Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet haben (siehe oben Rz 895 ff.) und damit ihr im Untersuchungsgebiet erzielter Eigenoffert-Umsatz

auch auf die Koordination im Rahmen des EO-Systems zurückzuführen ist (siehe oben Rz 1043). Bei Strassen- und Tiefbauprojekten im Untersuchungsgebiet, für welche keine Eigenofferten einzureichen waren, ist hingegen erwiesen, dass Projekte auch «freigegeben» wurden, da die interessierten Unternehmen wussten, dass ein externes Unternehmen eine Offerte einreichen wird und sich dieses Unternehmen nicht in die Koordination mit einbeziehen lassen wollte (siehe oben Rz 649 ff.). Bisweilen

1371 Vgl. CR LCart-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1309), Art. 5 LCart N 485 ff.

350

wurde eine Einzelsubmissionsabrede auch durch externe Unternehmen unterlaufen (siehe oben Rz 830 f.). Gerade in derartigen Situationen hat Aussenwettbewerb dazu geführt, dass keine Einzelsubmissionsabrede getroffen wurde. 1259. Zu beachten ist aber wiederum, dass dann, wenn erfolgreich gemeinsam der Zuschlags- empfänger sowie die Höhe der Eingabesummen koordiniert worden war, eine Beseitigung des Wettbewerbs – im Hinblick auf den für die Einzelsubmissionsabrede relevanten Markt – anzunehmen ist. Eine solche Beseitigungswirkung hat die WEKO für Einzelsubmissionsabreden wiederholt festgehalten¹³⁷² und dies gilt auch für die in casu vorliegenden Einzelsubmissionsabreden. Insgesamt finden sich in den HA-Listen der Zeit zwischen 2004 und 2009 etwa 240 Projekte mit einem Gesamtwert von über CHF 59 Mio., bei denen es zu Einzelsubmissionsabreden gekommen ist (siehe oben Rz 686, 815 ff.). Zu wiederholen ist an dieser Stelle, dass unter diese 240 Einzelsubmissionsabreden nur diejenigen Projekte fallen, bei denen die Ha- gedorn bzw. die Bernet Bau als schutznehmendes oder schutzgebendes Unternehmen beteiligt ist. Die WEKO geht daher davon aus, dass in grösserem Umfang Einzelsubmissionsabreden getroffen wurden, wobei diese Projekte nicht immer identifiziert werden konnten (siehe oben Rz 699). Zu erwähnen ist auch, dass hinsichtlich nahezu aller 392 identifizierten MAL- Projekte im Wert von CHF 198 Mio. zumindest Interessen geltend gemacht worden sein müssen. Darüber hinaus wurden auch bezüglich der 358 nicht identifizierten MAL-Projekte Interessen geltend gemacht – dies ist jedenfalls für die Projekte anzunehmen, bezüglich derer in den MA-Listen Interessen der Unternehmen eingetragen sind. Da davon auszugehen ist, dass die Interessensgeltendmachung den Wunsch nach Stützofferten implizierte (siehe oben Rz 609, 626, 809 ff.), ist anzunehmen, dass es in all den genannten Fällen zumindest den Versuch einer Einzelsubmissionsabrede gegeben hat. 1260. Zu beachten ist ferner, dass bisweilen auch externe Unternehmen im Rahmen von Einzelsubmissionsabreden geschützt wurden (siehe oben Rz 1065); damit ist anzunehmen, dass die von externen Unternehmen erzielten Umsätze mit Strassen- und Tiefbauprojekten aus dem Untersuchungsgebiet nicht immer Ergebnisse des freien Wettbewerbs waren. 1261. Mit Blick auf die vorgenannten Umstände könnte zumindest für den Strassenbau von einer wettbewerbsbeseitigenden Wirkung der Gesamtabrede ausgegangen werden, da die acht Unternehmen in diesem Bereich zwischen 2002 und 2009 einen Marktanteil von über 70 % hatten, bisweilen externe Unternehmen in die Zuteilungsentscheidung erfolgreich mit einbezogen werden konnten und eine Einzelsubmissionsabrede häufiger erfolgreich war, weil es nur wenig echte Konkurrenzunternehmen gab. Dies kann jedoch dahin stehen, da die Gesamtabrede jedenfalls erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG war (siehe unten Rz 1266 ff.). 1262. Insgesamt bestehen Hinweise darauf, dass der Aussenwettbewerb genügend war, um eine Beseitigung des Wettbewerbs durch die Gesamtabrede zu verhindern. Ob dies tatsächlich so war, muss nicht abschliessend geklärt werden, da jedenfalls eine erhebliche Wettbe-

werbsbeeinträchtigung vorliegt (siehe dazu unten Rz 1266 ff.). (ii) Potentieller Wettbewerb 1263. Da vorliegend ohnehin geprüft wird, ob die Wettbewerbsabreden erheblich waren, bedarf es an dieser Stelle keiner Prüfung, ob die acht Unternehmen potentieller Konkurrenz ausgesetzt waren. Auf diese Frage wird – soweit notwendig – aber bei der Prüfung der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung eingegangen (siehe dazu unten Rz 1297 ff.).

1372 Vgl. insbesondere RPW 2013/4, 595 Rz 843 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; RPW 2012/2, 393 Rz 1001, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

351

d. Innenwettbewerb 1264. Auch auf die Frage, ob zwischen den acht Unternehmen trotz der Gesamtabrede noch Innenwettbewerb bestand, ist an dieser Stelle nicht weiter einzugehen, da ohnehin geprüft wird, ob die Wettbewerbsabreden den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt haben. Auch der bestehende Innenwettbewerb muss damit allenfalls bei der Prüfung der Erheblichkeit der Gesamtabrede thematisiert werden (siehe dazu Rz 1291 ff.).

e. Zwischenergebnis 1265. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Hinblick auf die vorliegende Gesamtabrede wohl widerlegt werden kann. Ob dies tatsächlich der Fall war, muss nicht abschliessend geklärt werden, da jedenfalls eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt (siehe dazu unten Rz 1266 ff.).

B.1.5.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 1266. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen ist.

B.1.5.4.1 Erheblichkeit gemäss Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht 1267. In Bezug auf die Erheblichkeitsprüfung der Wettbewerbsbeschränkung halten die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 in Sachen Gaba und Gebro Folgendes fest: «Zwar ist grundsätzlich die Erheblichkeit einer Abrede anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen. Im vorliegenden Fall genügt allerdings bereits die qualitative Erheblichkeit, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. [3 und] 4 KG statuiert, dass solche [Abreden] vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien.»¹³⁷³ «Da der Schweizer Gesetzgeber [...] statuiert, dass [Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG] den Wettbewerb vermutungsweise beseitigen, ist wie bereits ausgeführt a maiore ad minus auch bei einer Abrede wie der vorliegenden eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben, unabhängig von allfälligen Marktanteilen. Allerdings ist diese Abrede dadurch nicht per se verboten. Eine Rechtfertigung ist noch immer aus den in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Gründen möglich. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass selbst Wettbewerbsabreden, die auf den ersten Blick als erheblich beschränkend erscheinen, in Wirklichkeit die wirtschaftliche Effizienz erhöhen können.»¹³⁷⁴

1268. Dies bedeutet, dass – wenn eine Abrede des in Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG beschriebenen Typs vorliegt – automatisch, d.h. ohne weitere Prüfung insbesondere von quantitativen Elementen, die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG als

1373 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 789 E. 11.1.8, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 833 E. 11.1.4, Gebro/WEKO, Einfügungen durch die WEKO. 1374 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 791 E. 11.3.4, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 834 E. 11.3.4, Gebro/WEKO, Einfügungen durch die WEKO.

352

gegeben gilt. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht auch im Fall BMW bestätigt.¹³⁷⁵ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Gaba und Gebro sowie im Fall BMW ist bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG lediglich noch zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.¹²⁶⁹ Das Bundesgericht hat das Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts jüngst bestätigt.¹³⁷⁶ Mit dem Urteil hat sich das Bundesgericht der Sichtweise des vorinstanzlichen Urteils angeschlossen und festgehalten, dass Preis-, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG auch dann, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werde, aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG gelten. Dies gelte unabhängig von quantitativen Kriterien wie der Grösse des Marktanteils der Beteiligten. Einzig bei Bagatellfällen müsse die WEKO nicht einschreiten. Entsprechende Abreden seien somit vorbehaltlich einer Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz unzulässig.¹²⁷⁰ Für den vorliegenden Fall hat dies zur Folge, dass die Gesamtabrede über die Zuteilung von im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und Tiefbauprojekten, welche den Tatbestand des Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfüllt (siehe oben Rz 1219 ff.), gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Gaba und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Gaba und Gebro sowie BMW eine unzulässige erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellt, falls diese nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sachlich gerechtfertigt werden kann. Dieses Ergebnis würde auch gelten, wenn man eine Separierung des relevanten Markts in drei Teilmärkte annehmen würde. B.1.5.4.2 Erheblichkeit gemäss bisheriger Praxis¹²⁷¹. Die WEKO ist der oben geschilderten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zuletzt gefolgt,¹³⁷⁷ zuvor hat sie die Frage der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung indes unter Berücksichtigung von qualitativen und quantitativen Kriterien geprüft hat (siehe dazu sogleich in Rz 1272). Da die schriftliche Begründung des Gaba-Urteils bislang noch nicht vorliegt, wird der Vollständigkeit halber auf die Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG nach alter Praxis der WEKO eingegangen. Wie im Folgenden gezeigt wird, ist die Gesamtabrede selbst nach der bisherigen Prüfungspraxis der WEKO als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen.¹²⁷² Vor dem Ergehen der erwähnten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beurteilte die WEKO die Frage nach der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne des Kartellgesetzes anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei praxisgemäss sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte berücksichtigt wurden.¹³⁷⁸ Bezüglich des qualitativen Elements gilt es gemäss dieser bisherigen Praxis die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt¹³⁷⁹ – sowie das

¹³⁷⁵ Ausdrücklich bestätigt durch Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13.11.2015, E. 9.1.4, BMW/WEKO. ¹³⁷⁶ Medienmitteilung des Bundesgerichts 11.5.2/27_2016 vom 28.6.2016 betreffend Urteil 2C_180/2014 vom 28.6.2016. Die schriftliche Urteilsbegründung liegt noch nicht vor. ¹³⁷⁷ Siehe insbesondere RPW 2015/2, 308 Rz 366

ff., Türprodukte; RPW 2015/2, 232 Rz 237 ff., Tunnelreinigung. 1378 RPW 2000/2, 177 Rz 50, Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC) bezüglich horizontaler Abreden; ferner RPW 2009/2, 150 Rz 64, Sécateurs et cisailles; RPW 2010/1, 103 Rz 302, Gaba bezüglich vertikaler Abreden. 1379 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1345), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

353

Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter¹³⁸⁰ zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches «Gewicht» die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (z. B. Marktanteile, Umsätze etc.).¹³⁸¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts reicht es dabei aus, dass die Abredeteilnehmer zusammen einen nicht unerheblichen Marktanteil halten¹³⁸². Das Bundesgericht fordert nicht, dass die Umsetzung einer nachgewiesenen Abrede für jedes einzelne Geschäft, welches dem Inhalt der Abrede nach eigentlich von ihr erfasst wäre, aufgezeigt werden muss (z. B. Verwendung von abgesprochenen Preisliste), aufgezeigt wird. Die Gesamtbetrachtung dieser beiden Kriterien erfordert – anders als es das Bundesverwaltungsgericht jüngst angedeutet hat¹³⁸³ – nicht die Feststellung, dass der Wettbewerb nach qualitativen Kriterien und nach quantitativen Kriterien jeweils als erheblich angesehen werden müsste. Eine solche isolierte Betrachtung der Kriterien würde nicht der bisherigen Praxis und den Festlegungen in der Vertikalbekanntmachung¹³⁸⁴ entsprechen und im Übrigen zu hohe Hürden für das Eingreifen von Art. 5 Abs. 1 KG aufstellen. Es ist deshalb zu betonen, dass die Prüfung der Schwere der Wettbewerbsbeeinträchtigung anhand von quantitativen Kriterien umso bedeutsamer ist, je weniger eine Abrede nach qualitativen Kriterien als schwerwiegend angesehen wird. Das gleiche gilt umgekehrt für die Bedeutung der qualitativen Kriterien, je weniger eine Abrede nach quantitativen Kriterien als schwerwiegend anzusehen ist.¹²⁷³ In Bezug auf das diesbezüglich zu erfüllende Beweismass gilt es zu beachten, dass auch die Prüfung der Erheblichkeit in der Regel die Aufklärung von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen erfordert. Dies deshalb, weil es teilweise um sich über lange Zeiträume erstreckende Umstände geht und im relevanten Markt – je nach Untersuchungsgegenstand – eine Vielzahl von Anbietern und Nachfragern aufeinandertreffen. Auch kann das Problem bestehen, dass die von einer Abrede betroffene Leistung nicht homogen ist, ein Markt an den geografischen «Rändern» nicht klar abgrenzbar ist und Anbieter sowie Nachfrager sich nicht immer vergleichbar verhalten. Mit Blick auf die Anforderungen, die beim Nachweis von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen an das Beweismass zu stellen sind (siehe oben Rz 1184 f.), reicht es daher aus, wenn die Wettbewerbsbehörden bei der Prüfung nach alter Praxis annehmen, dass die Wettbewerbsabrede mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erheblich ist. a. Qualitative Kriterien¹²⁷⁴. Zunächst ist auf die gesetzgeberische Wertung bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung des Parameters Preis wie auch der Aufteilung von Geschäftspartnern hinzuweisen. Indem der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über diese beiden Punkte in Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung statuiert, drückt er das qualitative Gewicht aus, das er diesen beiden Punkten zumisst. Auch wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, bleibt der Gegenstand der Abrede, der überhaupt erst zum Greifen der Vermutung führte, qualitativ gravierender Natur.¹³⁸⁵

1380 In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, Klimarappen, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils. 1381 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1345), Art. 5 KG N 230. 1382 BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 735), Buchpreisbindung. 1383 Vgl. Urteil des BVGer B-5685/2012 vom 17.12.2015, E. 6, Altimum SA/WEKO. Das BVGer spricht in diesem Urteil vom Erfordernis einer «double notabilité». 1384 Vgl. Art. 12 der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28.6.2010; abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de> (zuletzt aufgerufen am 8.7.2016). 1385 Siehe etwa RPW 2009/2, 151 Rz 69, Sécateurs et cisailles; RPW 2010/4 751 Rz 316, Baubeschläge für Fenster und Türen.

354

1275. In casu ist bei der Bewertung der Gesamtabrede, welche als horizontale Geschäftspartnerabrede zu qualifizieren ist, zunächst zu berücksichtigen, dass sie auf den Abschluss von Einzelsubmissionsabreden gerichtet ist. Diese Einzelsubmissionsabreden sind als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabreden zu qualifizieren. Dabei ist in der Lehre und der Rechtsprechung unbestritten, dass Preisabreden negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben.¹³⁸⁶ Im Einklang damit gehen sowohl die WEKO wie auch die Europäische Kommission davon aus, dass im horizontalen Kontext der Wettbewerbsparameter Preis als besonders wichtig zu betrachten ist. Schliesslich kann auch auf die Ausführungen zur Bedeutung des Wettbewerbsparameters Preis im Strassen- und Tiefbaugewerbe verwiesen werden (siehe dazu Rz 1052 ff.). Die dortigen Feststellungen bestätigen, dass der Preis für den Wettbewerb zwischen Strassen- und Tiefbauunternehmen von entscheidender Bedeutung ist. Da die Gesamtabrede den Preiswettbewerb ausschalten will, ist sie als qualitativ schwerwiegend anzusehen.¹²⁷⁶ Darüber hinaus wohnt der Gesamtabrede auch deshalb ein besonders hohes Schädigungspotential inne, da sie auf die Aufteilung des Markts nach Geschäftspartnern gerichtet ist. Solche Aufteilungen sind deshalb volkswirtschaftlich besonders schädlich, da sie es erlauben, unrentable Kapazitäten zu erhalten; dies führt – jedenfalls mittel- bis langfristig – zu ineffizienten Branchenstrukturen.¹³⁸⁷ Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die Gesamtabrede, welche selbst die Zuteilung von Märkten nach Geschäftspartnern vorsah und welche bei ihrer Umsetzung zwangsläufig Preisabreden zur Folge haben musste, in qualitativer Hinsicht als ausgesprochen schwerwiegende Einschränkung des Wettbewerbs zu qualifizieren ist. b. Quantitative Kriterien ¹²⁷⁸. Bei der Prüfung, ob die Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt, ist der aktuelle bzw. tatsächliche sowie der potentielle Wettbewerb zu beurteilen. Dabei dürfen – zumindest bei einer nach qualitativen Kriterien schwerwiegenden Abrede – gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu hohe Anforderungen an die Prüfung nach quantitativen Kriterien gestellt werden. Grundsätzlich reicht das Vorliegen eines bestimmten Marktanteils aus sowie dass die Abrede teilweise umgesetzt wurde (siehe oben Rz 1272). Um auf diese Weise die Intensität des Wettbewerbs zu prüfen, ist der relevante Markt in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen. Für diese Beurteilung kann grundsätzlich auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Hier sei bloss Folgendes ausgeführt: (i) Relevanter Markt ¹²⁷⁹. Für die Gesamtabrede über die Zuteilung der im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte ist, wie bereits erläutert, der Markt für die Erbringung von Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet und im Zeitraum zwischen 2002 und Mitte 2009 relevant (siehe oben

Rz 1228 ff.). (ii) Tatsächlicher Aussenwettbewerb 1280. Hinsichtlich des im sanktionsrelevanten tatsächlich bestehenden Aussenwettbewerbs kann zunächst auf die obigen Ausführungen zum aktuellen Aussenwettbewerb im Zusammenhang mit der Widerlegung der Beseitigungsvermutung verwiesen werden (siehe oben Rz 1253 ff.). Wiederholt sei an dieser Stelle, dass davon ausgegangen werden kann, dass die acht Unternehmen im Markt für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 einen geschätzten Marktanteil von

1386 Vgl. RPW 2010/4, 751 Rz 315 m.w.H., Baubeschläge für Fenster und Türen. 1387 RPW 2015/2, 233 Rz 246, Tunnelreinigung, m.w.H.

355

etwa 55 % hatten. Müsste man den Markt für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen separieren, so wäre anzunehmen, dass die gemeinsamen Marktanteile der acht Unternehmen bei über 75 % im Bereich Strassenbau, ca. 55 % im Bereich Strassen- und Tiefbau und ca. 40 % im Bereich Tiefbau gelegen hätten. Dabei variiert die Anzahl der Wettbewerber je nach Bausparte. In jeder Bausparte wurden externe Unternehmen von allen acht Unternehmen als Konkurrenten bezeichnet (siehe oben Rz 1061 ff.). 1281. Bei der Bewertung der Marktanteile ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Anzahl der externen Konkurrenzunternehmen eher hoch ist (siehe oben Rz 779, 1062 f.) und der gemeinsame Marktanteil der externen Unternehmen eher in viele gleiche Marktanteile von externen Unternehmen zerfällt (siehe oben Rz 779). Dies spricht für eine geringere Bedeutung des externen Aussenwettbewerbs. Allerdings gilt es auch zu beachten, dass die acht Unternehmen jeweils nicht ihren gesamten Umsatz nach Zuteilungsentscheidungen erzielten (siehe oben Rz 1041 ff.). Die Zuteilung von Strassen- und Tiefbauprojekten im Untersuchungsgebiet war aber jedenfalls bei 114 MAL-Projekten im Wert von CHF 34 Mio. erfolgreich (siehe insbesondere oben Rz 681 ff.). Darüber geht aus den HA-Listen hervor, dass es zwischen 2004 und Mitte 2009 bei etwa 240 Projekten im Wert von über CHF 59 Mio. zu Einzelsubmissionsabreden kam (siehe oben Rz 686, 815 ff.). Zu wiederholen ist an dieser Stelle, dass unter diese 114 bzw. 240 Projekte nur diejenigen Projekte fallen, bei denen die Hagedorn bzw. die Bernet Bau als schutznehmendes oder schutzgebendes Unternehmen eine Offerte eingereicht hat. Es ist daher davon auszugehen, dass in Umsetzung der Gesamtabrede in noch grösserem Umfang Einzelsubmissionsabreden getroffen wurden, nur konnten diese Projekte nicht immer identifiziert werden (siehe oben Rz 699). 1282. In der zeitlichen Entwicklung ist zu beachten, dass die Anzahl der Schutzvereinbarungen laut den HA-Listen von 2007 auf 2008 zunahm und in der ersten Hälfte des Jahres 2009 halb so gross war wie im gesamten Jahr 2008 (Rz 686, 818). Dabei handelte es sich gegen Ende der Zusammenarbeit häufiger – aber nicht immer – um Vereinbarungen von Teilschutz. Soweit nachvollziehbar, wurden die Einzelsubmissionsabreden nur in wenigen Fällen durch externe Unternehmen unterlaufen. Am höchsten war die Zahl im Jahr 2008, in dem laut HA-Listen etwa 1/5 der Einzelsubmissionsabreden von externen Unternehmen unterlaufen wurden. Daraus ist allenfalls zu folgern, dass die Intensität der Zusammenarbeit gegen Ende der Kooperation leicht abnahm und der Aussenwettbewerb stärker wurde. Dabei könnte auch der Markteintritt des mittlerweile wieder aufgelösten Unternehmens Awestra eine Rolle gespielt haben, welches in der Zeit zwischen 2006 und 2009 Projekte im Wert von etwa CHF 3.2 Mio. gewonnen hat. Dessen Eintritt hat aber jedenfalls nicht dazu geführt, dass die

Zusammenarbeit eingestellt wurde. 1283. In den Fällen, in denen es in Umsetzung der Gesamtabrede zu einer Einzelsubmissionsabrede kam, welche erfolgreich war, kam Aussenwettbewerb nicht zur Geltung. Hinzuweisen ist darauf, dass dies schwerwiegende Auswirkungen hat. Bezüglich der Bedeutung der Einzelsubmissionsabreden für den Wettbewerb im relevanten Markt ist zudem zu berücksichtigen, dass Einzelsubmissionsabreden immer auch Auswirkungen auf das Bieterverhalten bei anderen Submissionen haben und ihnen zudem die Gefahr von Preiserhöhungen inhärent ist (siehe oben Rz 1035 ff.). 1388 Im Falle von Einzelsubmissionsabreden war Aussenwettbewerb auch nicht von vorneherein durch das Beschaffungsrecht ausgeschaltet, denn dieses lässt den Wettbewerb zwischen Anbietern im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften grundsätzlich zu (siehe oben Rz 1049 ff.). 1284. Hinsichtlich der Umsetzung der Gesamtabrede über die Zuteilung von im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und Tiefbauprojekten ist weiter Folgendes zu berücksichtigen: Das MA-System führte dazu, dass es jedenfalls hinsichtlich der 392 identifizierten MAL-Projekte im Wert von CHF 198 Mio. zumindest zu Zuteilungsversuchen kam (siehe dazu

1388 Vgl. auch RPW 2015/2, 69 Rz 251, Tunnelreinigung.

356

Rz 853), welche nur im Falle von Innenwettbewerb (siehe dazu unten Rz 1291) sowie bei bestehendem Aussenwettbewerb nicht erfolgreich waren. Darüber hinaus wurden auch bezüglich der 358 nicht identifizierten MAL-Projekte teilweise Interessen geltend gemacht, was den Wunsch nach Stützofferten implizierte (siehe oben Rz 609, 626, 809 ff.). Dabei war 78 % der im DOP dokumentierten öffentlichen Nachfrage der Kantone St. Gallen und Schwyz, der Gemeinden im Untersuchungsgebiet sowie des Bezirks March nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen zwischen 2004 und Mitte 2009 in den MA-Listen aufgeführt. Die statistische Analyse ergab weiter, dass die acht Unternehmen 69 % des Gesamtauftragswertes aller identifizierten MAL-Projekte für sich verbuchten (CHF 137 Mio. von CHF 198 Mio.). In all diesen Fällen wurde zumindest versucht, Wettbewerb durch andere als die acht Unternehmen auszuschliessen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Anzahl der für die MA-Listen gemeldeten Projekte von 2007 bis Mitte 2009 zurückging, dass aber noch im Jahr 2009 etwa 100 Projekte im Wert von etwa CHF 60 Mio. für die Listen gemeldet worden waren (siehe oben Rz 795, 801). 1285. Zu beachten ist auch die Erfolgsquote (siehe oben Rz 793 ff). Danach ist erwiesen, dass bezüglich der identifizierten MAL-Projekte, hinsichtlich derer in den MA-Listen und den HA-Listen Eintragungen vorhanden sind und die in der MAL-Periode durchgeführt wurden (diese trifft auf 193 MAL-Projekte mit einem Gesamtwert von CHF 62.3 Mio. zu), eine Erfolgsquote von 77 % bestand. Das heisst, dass in 77 % der Fälle dasjenige der acht Unternehmen den Zuschlag für das MAL-Projekt erhalten hat, welches laut MA-Listen (mit) das höchste Interesse an dem Projekt geltend gemacht hat und/oder welches laut den HA-Listen als schutznehmendes Unternehmen bestimmt war. In diesen Fällen vermochte der Aussenwettbewerb eine planmässige Umsetzung der Gesamtabrede also nicht zu verhindern. 1286. Kommt hinzu, dass die Analyse des Bieterverhaltens anhand des Variationskoeffizienten und des relativen Distanzmasses ergeben hat, dass sich das Bieterverhalten der acht Unternehmen betreffend die DOP-Projekte vor Mitte 2009 grundlegend vom Bieterverhalten der acht Unternehmen nach diesem Zeitpunkt betreffend die DOP-Projekte unterscheidet, was auf die Gesamtabrede zurückzuführen ist (siehe dazu Rz (i) ff. sowie Act. n° [...], Rz 72 ff.). Dies zeigt, dass der Aussenwettbewerb in der

MAL-Periode nicht im gleichen Masse gewirkt hat wie in der Post-MAL-Periode. 1287. Das EO-System war primär nur darauf gerichtet, Konkurrenz durch die Teilnehmer der MA-Sitzungen zu verhindern. Da die Beweiswürdigung aber ergeben hat, dass das EO-System erfolgreich umgesetzt worden ist, ist zugleich anzunehmen, dass kein nennenswerter Wettbewerb durch andere als die acht Unternehmen bestanden hat. Andernfalls hätte nicht in der Regel dasjenige der acht Unternehmen auch den Auftrag erhalten, welches als erstes eine Eigenofferte eingereicht und seine Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet hat (siehe dazu oben Rz 991 ff.). Dem EO-System war dabei die Gefahr inhärent, dass es zu Preiserhöhungen führte (siehe dazu Rz 1035). 1288. Zuletzt ist für die Beurteilung des Aussenwettbewerbs bedeutsam, in welchem Verhältnis der Wert der für die beiden Systeme gemeldeten Projekte zu dem gesamten Marktvolumen steht. Denn aus diesem Verhältnis geht hervor, inwiefern die acht Unternehmen zumindest versucht haben, Aussen- und auch Innenwettbewerb auszuschliessen. Das Marktvolumen betrug in den Jahren 2006 bis 2008 insgesamt etwa CHF 218 Mio. (siehe oben Rz 1257). Für diesen Zeitraum konnten von den MA-Listen jedenfalls Projekte im Wert von CHF 116.5 Mio. identifiziert werden (siehe oben Rz 801). Des Weiteren ist anzunehmen, dass die acht Unternehmen pro Jahr Projekte mit einem ungefähren Gesamtwert von CHF 10 Mio. für die EO-Listen meldeten (siehe oben Rz 910). Damit wurden zwischen 2006 und 2008 ungefähr 67 % des Marktvolumens (CHF 146.5 Mio. von CHF 218 Mio.) den beiden Zuteilungssystemen zugeführt. Bei mindestens 67 % des Marktvolumens versuchten die acht Unternehmen also den Wettbewerb zwischen den Anbietern auszuschliessen. 1289. Aus alledem ergibt sich, dass die Teilnehmer der Gesamtabrede einen nicht unbedeutenden Marktanteil hatten und dass die Gesamtabrede über die Zuteilung von im Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Rahmen des MA-

357

Systems und des EO-Systems funktionierte und einen grossen Anteil des gesamten Markt- volumens betraf. Damit ist die Abrede auch nach quantitativen Kriterien als besonders schwer- wiegend anzusehen. 1290. Würde man den Aussenwettbewerb bezüglich der drei Teilmärkte Strassenbau, Stras- sen- und Tiefbau sowie Tiefbau quantifizieren wollen, so würde dies zum selben Ergebnis führen. Insbesondere im Bereich Strassenbau wäre der Aussenwettbewerb dann in noch grö- serem Masse ausgeschlossen. Sowohl im Strassen- und Tiefbaumarkt als auch im Tiefbau- markt wären die Marktanteile der acht Unternehmen zwar kleiner, aber immer noch ausrei- chend gross (siehe oben Rz 1257). Es liegen zudem keine Hinweise vor, dass es in den Teilmärkten nicht zu einer Umsetzung kam. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es bei Projek- ten, bei welchen Strassen- und Tiefbauleistungen anfielen, stets der Mitwirkung eines Stras- senbauunternehmens bedurfte (siehe oben Rz 787, Fn 977), weshalb die acht Unternehmen bezüglich dieses Leistungsteils nur Strassenbauunternehmen gleichwertige Konkurrenz dar- stellten. Zu beachten ist auch, dass nach dem Beweisergebnis 60–80 % der in den MA-Listen aufgeführten Projekte als Projekte zu qualifizieren waren, bei welchen Belags- und/oder Pfläs- terungsarbeiten, mithin Strassenbauarbeiten, durchgeführt wurden (siehe oben Rz 805). Da- mit koordinierten sich die acht Unternehmen im Rahmen des MA-Systems ohnehin vornehm- lich bezüglich solcher Projekte, hinsichtlich derer sie als Strassenbauunternehmen eine starke Stellung im Markt innehatten. (iii) Tatsächlicher Innenwettbewerb 1291. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Gesamtabrede über die Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Rahmen des

MA-Systems sowie des EO-Systems durch eines oder mehrere der acht Unternehmen systematisch unterlaufen wurde. 1292. Vielmehr ist bewiesen, dass bezüglich der identifizierten MAL-Projekte, hinsichtlich derer in den MA-Listen und den HA-Listen Eintragungen vorhanden sind und die in der MAL-Periode durchgeführt worden sind (diese trifft auf 193 MAL-Projekte mit einem Gesamtwert von CHF 62.3 Mio. zu), eine Erfolgsquote von 77 % bestand (siehe oben Rz 793 ff). Das heisst, dass in 77 % der Fälle dasjenige der acht Unternehmen den Zuschlag für das MAL-Projekt erhalten hat, welches laut MA-Listen (mit) das höchste Interesse an dem Projekt geltend gemacht hat und/oder welches laut den HA-Listen als schutznehmendes Unternehmen bestimmt war. Die Einhaltungquote lag noch höher, nämlich bei 83 % (siehe oben Rz 836 f.). Soweit es eine erfolgreiche Umsetzung der Festlegungen gab bzw. eine Festlegung umgesetzt, aber von einem dritten Unternehmen unterlaufen wurde, vermochte der Innenwettbewerb eine Beseitigung des Wettbewerbs bei der einzelnen Submission also nicht zu disziplinieren. Im Rahmen des MA-Systems bestand nur insoweit Innenwettbewerb, als die acht Unternehmen ein Projekt mitunter «freigegeben» haben, wenn ein unüberbrückbarer Interessenskonflikt zwischen mindestens zwei der acht Unternehmen bestand (siehe z. B. oben Rz 343). In diesem Fall durften die acht Unternehmen ihre Offerten «frei» eingeben, was bedeutete, dass kein Unternehmen mittels Stützofferten zu schützen war. Soweit das MA-System aber zu einer erfolgreichen Zuteilung führte, bestand hingegen kein Innenwettbewerb. 1293. Auch zeigt die statistische Analyse des Bieterverhaltens anhand des Variationskoeffizienten und des relativen Distanzmasses, dass sich das Bieterverhalten der acht Unternehmen betreffend die DOP-Projekte vor Mitte 2009 grundlegend vom Bieterverhalten der acht Unternehmen nach diesem Zeitpunkt betreffend die DOP-Projekte unterschied (siehe dazu Rz (i) ff.). Dies zeigt, dass auch der Innenwettbewerb in der MAL-Periode nicht dazu führte, dass Innenwettbewerb die Gesamtabrede ausser Kraft setzte. 1294. Auch hinsichtlich des EO-Systems ist bewiesen, dass kein nennenswerter Innenwettbewerb bestand. Denn es ist beweismässig erstellt, dass in der Regel dasjenige der acht Unternehmen, welches als erstes die Eigenofferte erstellt hatte und diese für die EO-Listen gemeldet hatte, den Auftrag plangemäss auch erhalten hat (siehe oben Rz 991 ff.). Hinzuweisen ist darauf, dass der Innenwettbewerb auch nicht durch das Verhalten der privaten Bauherren

358

ausgeschlossen wurde, welche bisweilen gar keine zweite Eigenofferte einholten. Denn wenn das EO-System nicht bestanden hätte, so hätte das angefragte Unternehmen zu befürchten gehabt, dass der Bauherr bei einer zu hohen Eingabesumme gleichwohl eine Konkurrenzofferte eingeholt hätte. Durch das EO-System hatte das Unternehmen, welches als erstes eine Eigenofferte eingereicht hatte und diese für die EO-Listen gemeldet hatte, die Sicherheit, dass es den Auftrag in der Regel auch erhält (siehe oben Rz 1051). 1295. Hinzuweisen ist zudem darauf, dass die in Umsetzung der Gesamtabrede getroffenen Einzelsubmissionsabreden nicht systematisch unterlaufen wurden. Derartiges wurde von keiner der Verfahrensparteien behauptet. Die Selbstanzeigerinnen führten lediglich aus, dass die Zusammenarbeit nach dem Markteintritt der Awestra, d. h. wegen Aussenwettbewerb, ab 2006 schwieriger wurde, nicht aber weil eines oder mehrere der acht Unternehmen die Abrede unterlaufen hätte(n). Aus der Auswertung der HA-Liste ergibt sich dementsprechend auch nicht, dass die Schutzvereinbarungen systematisch unterlaufen worden sind. Nach diesen Listen wurden bei weniger als 20 von etwa 240 Fällen eine

Schutzvereinbarung durch ein Unternehmen der 8er-Gruppe unterlaufen. 1296. Innenwettbewerb führte somit nur in wenigen Fällen dazu, dass die Gesamtabrede nicht umgesetzt wurde, mithin nicht funktionierte. (iv) Potentieller Wettbewerb 1297. Bei der Prüfung des potentiellen (Aussen-)Wettbewerbs ist die Möglichkeit des Markteintritts eines anderen Unternehmens zu prüfen. Die Berücksichtigung einer solchen Möglichkeit ist nur möglich, wenn von ihr ein spürbarer Einfluss ausgeht. Ein spürbarer Einfluss setzt voraus, dass der Markteintritt mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innerhalb eines absehbaren Zeitraums durch andere Unternehmen mit hinreichender Konkurrenzwirkung erfolgen würde. 1389 1298. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass Unternehmen mit Markteintritten von Unternehmen gerechnet haben. Die Parteien haben derartiges auch nicht geltend gemacht. Sie haben nur wiederholt auf die Bedeutung der Awestra verwiesen, welche 2006 auf den Markt eingetreten ist und welche dementsprechend oben im Rahmen der Prüfung des tatsächlichen Aussenwettbewerbs berücksichtigt wurde (siehe oben Rz 1280 ff.). Dieses Unternehmen ist inzwischen Konkurs gegangen. c. Gesamtwürdigung und Zwischenergebnis 1299. Nach bisheriger Praxis sind die aufgezeigten Elemente einer Gesamtwürdigung zu unterziehen. Bei der Gesamtwürdigung der genannten Umstände kann angesichts der Komplexität der multikausalen Wirtschaftsprozesse berücksichtigt werden, dass es für den Nachweis der Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede ausreicht, wenn die Wettbewerbsbehörden annehmen, dass in casu das Tatbestandsmerkmal mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erfüllt ist (siehe oben Rz 1273). 1300. Die Ausführungen haben gezeigt, dass die Gesamtabrede über die Zuteilung von im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Rahmen des MA- und des EO-Systems auf die Ausschaltung des (Preis-)Wettbewerbs gerichtet war und mit dem Ziel geschlossen war, sich den Markt für Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet untereinander aufzuteilen. Schon nach qualitativen Kriterien ist die Gesamtabrede damit als sehr schwerwiegend anzusehen. 1301. Entsprechend der bisherigen Praxis müsste die Gesamtabrede damit in quantitativer Hinsicht nicht besonders schwerwiegend sein (vgl. oben Rz 1272). Aus der quantitativen Analyse geht indessen hervor, dass die Teilnehmer der Gesamtabrede eine bedeutsame Markt-

1389 Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 339, ADSL II.

359

stellung inne hatten und dass die Gesamtabrede über die Zuteilung von im Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Rahmen des MA-Systems und des EO-Systems funktionierte und einen grossen Anteil des gesamten Marktvolumens betraf. Dies würde auch gelten, wenn man eine Separierung des relevanten Markts in drei Teilmärkte annehmen würde. Damit ist die Gesamtabrede sogar alleine nach quantitativen Kriterien als besonders schwerwiegend zu qualifizieren. 1302. Die Oberholzer hat in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats geltend gemacht, die Wettbewerbsbehörden dürften nicht annehmen, dass der Gesamtabrede die Gefahr von zu hohen Preisen inhärent sei, sondern müssten zu hohe Preise nachweisen. Dies ist nicht der Fall. Das Kartellgesetz schützt in erster Linie den freien Wettbewerb und nicht vorrangig vor einem bestimmten Preisniveau. Im Übrigen sind zu hohe Preise infolge eines Kartells nie feststellbar, da dies die hypothetische Prüfung erfordern würde, wie die Preise im Kartellzeitraum im Untersuchungsgebiet gewesen wären, wenn es das Kartell nicht gegeben hätte. Dies ist eine nicht zu klärende Frage und damit für die Einordnung der Gesamtabrede als besonders schwerwiegende Abrede nicht zu berücksichtigen. 1303. Hinzuweisen ist

darauf, dass angesichts der in casu bewiesenen Umstände sogar der Vollbeweis erbracht ist, dass die Gesamtabrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigte. Denn angesichts des geschilderten qualitativen und quantitativen Ausmasses der Gesamtabrede, sind die Wettbewerbsbehörden davon überzeugt, dass die Gesamtabrede in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkte. Diese Überlegungen gelten auch für den Fall, dass von drei Teilmärkten auszugehen wäre.

B.1.5.4.3 Zwischenergebnis zur Erheblichkeit 1304. Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass die Gesamtabrede nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Gaba und des Bundesverwaltungsgerichts in den Fällen Gaba und Gebro sowie BMW als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG anzusehen ist (siehe oben Rz 1267 ff.). Das Gleiche gilt, wenn die Erheblichkeitsprüfung nach den strengeren Kriterien der bisherigen Praxis durchgeführt wird (siehe oben Rz 1271 ff., 1299 ff.). Dies würde auch gelten, wenn man eine Separierung des relevanten Markts in drei Teilmärkte annehmen würde.

B.1.5.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen 1305. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

1306. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.¹³⁹⁰ Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.¹³⁹¹ Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt. Allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede

¹³⁹⁰ RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, Swico/Sens, m.w.H. auf BGE 129 II 18, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), Buchpreisbindung. ¹³⁹¹ BGE 129 II 18, 45, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), Buchpreisbindung.

360

sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Die Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.¹³⁹² 1307. Erstens ist somit zu prüfen, ob für die vorliegenden Abreden einer der oben genannten gesetzlichen Effizienzgründe vorliegt.¹³⁹³ Zweitens muss die entsprechende Abrede notwendig sein, um den Effizienzgrund zu verwirklichen. Drittens muss geprüft werden, ob keine Möglichkeit besteht, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. 1308. Anzuführen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen betriebswirtschaftlich effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.¹³⁹⁴ 1309. Die Verfahrensparteien haben keine Rechtfertigungsgründe geltend gemacht. Sie haben im Gegenteil das Bestehen von Abreden grösstenteils bestritten. Ein solches Bestreiten wäre aber dann nicht nachvollziehbar, wenn diese Verfahrensparteien davon ausgehen würden, dass die Abreden aus ihrer Sicht aus Effizienzgründen notwendig wären. Die Selbstanzeigerinnen sowie die Toller, welche das Bestehen der Abreden (teilweise) eingeräumt haben, haben ebenfalls keine Rechtfertigungsgründe genannt. 1310. Die

Reichmuth-Gesellschaften führen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats aus, es sei aktenwidrig, anzunehmen, sie hätten keine Rechtfertigungsgründe geltend gemacht. Es habe für die Reichmuth-Gesellschaften, welche zu keinem Zeitpunkt an kartell- rechtswidrigen Abreden beteiligt gewesen seien, nur kein Anlass bestanden, solche Gründe geltend zu machen.¹³⁹⁵ Der Vollständigkeit halber wollten die Reichmuth-Gesellschaften aber nun darauf hinweisen, dass eine unregelmässige Teilnahme an Sitzungen aus folgenden Gründen gerechtfertigt sei: Die Sitzungen hätten der Reichmuth dazu gedient, ARGE-Partner zu finden. Zudem habe die Reichmuth bei den Sitzungen vom Strassen- und Tiefbau-know- how der übrigen Unternehmen profitieren können. Zudem wolle die Reichmuth darauf hinweisen, dass sie sich im Rahmen der Sitzungen mit Unternehmen getroffen haben, welche in Märkten aktiv gewesen seien, in denen die Reichmuth selbst nie aktiv war (Gebiet See-Gaster).¹³¹¹. Dem ist zu entgegenen, dass die Reichmuth-Gesellschaften auch mit ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats keine Rechtfertigungsgründe für die Gesamtabrede und die in der folge getroffenen Einzelsubmissionsabreden vorgebracht haben. Die von der Reichmuth genannten Gründe beziehen sich ausdrücklich nur auf die unregelmässige Teilnahme der Reichmuth an Sitzungen (siehe oben Rz 1310). Kommt hinzu, dass zwei der weiteren von der Reichmuth genannten Gründe (ARGE-Partner finden und Austausch über technisches know- how) jedenfalls nicht der vorrangige Zweck des MA- und des EO-Systems waren (siehe dazu oben Rz 620 ff., 671 ff., 949 ff., 988 ff.). Inwiefern der von Reichmuth zuletzt genannte Grund, dass sich die Reichmuth im Rahmen der Sitzungen auch mit Unternehmen ausserhalb ihres Tätigkeitsgebiets getroffen hat, ein Rechtfertigungsgrund für die Gesamtabrede darstellen soll, ist nicht ersichtlich.¹³¹². Für die zuvor dargestellte Gesamtabrede sind dementsprechend keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Insbesondere kann das MA-System nicht damit gerechtfertigt werden, dass es eine Optimierung der Ausfüllung der Kapazitäten der acht Unternehmen erlaubt hätte. Denn ein derartiger Rechtfertigungsgrund würde den Zweck des Beschaffungsrechts, Wettbewerb zwischen den anbotseinreichenden Unternehmen herzustellen, gänzlich konterkarieren.

¹³⁹² Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 793 ff. E. 13, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 f. E. 12, Gebro/WEKO. ¹³⁹³ Zum Ganzen RPW 2012/2, 206 Rz 337 ff., FttH Freiburg. ¹³⁹⁴ RPW 2012/2, 400 Rz 1059, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. ¹³⁹⁵ [...].

361

Denn wäre die Berufung auf die gemeinsame Kapazitätsplanung zur Rechtfertigung der beschriebenen Zusammenarbeit zulässig, so bestünde bei den einzelnen Submissionen kein Wettbewerb mehr. Welches Unternehmen ein Projekt bekäme, wäre dann gänzlich davon abhängig, wie die Zuteilungsentscheidung durch die Gesamtheit der Unternehmen ausfiele.¹³¹³. Eine allfällige Notwendigkeit der Abrede ist aus diesen Gründen ausgeschlossen. Zusammenfassend steht mithin fest, dass keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen. B.1.6 Massnahmen ¹³¹⁴. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 1324 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 1334 ff.). B.1.6.1 Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung ¹³¹⁵. Anstelle der (einseitigen) Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO eine einvernehmliche

Regelung gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Ihr Ziel und Zweck besteht darin, das wettbewerbswidrige Verhalten für die Zukunft zu beseitigen und eine kartellrechtskonforme Verhaltensalternative auszuarbeiten. Eine einvernehmliche Streitbeilegung für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ist ausgeschlossen, da über den Sanktionsanspruch des Staates nicht verhandelt werden kann. Das unzulässige Verhalten, welches bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung praktiziert wird, unterliegt deshalb bis zum Zeitpunkt seiner Aufhebung der Androhung direkter Sanktionen, wobei die Dauer und der Zeitpunkt der Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung sowie ein kooperatives Verhalten der Parteien bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sind.¹³⁹⁶ 1316. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat am 30. Juni 2015 mit der Walo Bertschinger AG St. Gallen, am 6. Juli 2015 mit der Bernet Bau AG sowie am 23. September 2015 mit der De Zanet AG jeweils eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. oben Rz 73). 1317. Die mit der Walo, der Bernet Bau sowie der De Zanet geschlossene einvernehmliche Regelung lautet wie folgt: Vorbemerkungen a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren «22-0438: Bauleistungen See-Gaster» zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen. b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) wird die rechtliche Würdigung im Antrag des Sekretariats soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.

¹³⁹⁶ Vgl. RPW 2007/2, 190 Rz 315, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe) sowie Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 7.4.2 und E. 7.4.5.3 Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO, Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 6.2, 7.2 ff. (nicht publizierte Erwägungen in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO.

362

c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung «22-0438: Bauleistungen See-Gaster» bildenden Wettbewerbsbeschränkungen, welche das Sekretariat der [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] anlässlich der Einvernahme am [4. März 2015, 9. März 2015 bzw. 13. März 2015] erläutert hat (vorläufiges Beweisergebnis), gegenüber der [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] einvernehmlich und abschliessend geregelt. d) Der Wille und die Bereitschaft von [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF [...] bis CHF [...] zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt. e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu

Ende geführt. f) Obwohl der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens der [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. d) sowie bei Beachtung von lit. c) im Sinne von lit. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt. g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten der Parteien.

Vereinbarungen 1) Die [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] verpflichtet sich, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen noch derartiges anzubieten. 2) Die [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] verpflichtet sich, sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – nicht über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen. 3) Von den Verpflichtungen ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind. 4) Die [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] verpflichtet sich, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit von ihr erbrachten Strassen- und Tiefbauleistungen gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens im Zeitpunkt der Offerteingabe die Namen der Firmen, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mitwirken, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bei der einem einzelnen Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprechpartnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem Auftraggeber auftritt. 1318. Die genannte einvernehmliche Regelung umschreibt die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Folgendes ist erläuternd zu ergänzen:

363

1319. Ziffer 2 der einvernehmlichen Regelung steht dem Informationsaustausch vor «rechtskräftiger» Auftragserteilung entgegen. Damit ist der Zeitpunkt gemeint, in dem der Bauherr ein Unternehmen oder eine ARGE rechtswirksam beauftragt (Zeitpunkt des Vertragsschlusses). Soweit – wie in der Regel bei Vergaben der öffentlichen Hand – eine Offerteingabefrist besteht, ist ein Austausch der genannten Informationen hingegen schon nach Ablauf der Offerteingabefrist zulässig. Dies deshalb, weil die Beschaffungsstellen von sich aus erklären, wie lange die Anbieter an die Offerte gebunden sind (vgl. Art. 18 Abs. 2 VöB). Hinzuweisen ist auch darauf, dass Ziffer 2 die Walo, die Bernet Bau sowie die De Zanet nicht daran hindert, mit anderen Unternehmen über den Preis für die Miete von Baumaschinen und/oder den Einkauf von Material (z. B. Belag) und/oder Dienstleistungen zu verhandeln und die Leistung dann zu einem bestimmten Preis zu kaufen. Dies gilt selbst dann, wenn sich das die Leistung anbietende Unternehmen möglicherweise ebenfalls für dasjenige Strassen- und Tiefbauprojekt bewerben will, für dessen Durchführung das nachfragende Unternehmen die konkrete Leistung benötigt. Festzuhalten ist jedoch, dass in solchen Fällen ausschliesslich eine Verhandlung und Vereinbarung desjenigen Preises, welcher für die nachgefragte Leistung zu zahlen ist, mit

Ziffer 2 vereinbar ist. Weitere Informationen (z. B. zur Höhe der Eingabesumme oder zu weiteren Preiselementen) dürfen nach Ziffer 2 hingegen nicht ausgetauscht werden. Die Verhandlungen über den Einkauf von Teilleistungen dürfen auch nicht zum Schein und nur mit der Absicht aufgenommen werden, die Interessenslage von anderen Unternehmen hinsichtlich eines bestimmten Projekts abzuklären. 1320. Ziffer 3 der einvernehmlichen Regelung erklärt den Austausch von Informationen für zulässig, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von ARGE oder Subunternehmerverhältnissen «unabdingbar» sind. Von Ziffer 3 sind nur solche Kooperationen erfasst, welche weder eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken noch bezwecken. Ist eine solche zulässige Kooperation gegeben, so dürfen die Unternehmen die notwendigen Informationen austauschen. Notwendig in diesem Sinne sind aus Sicht der WEKO alle Informationen, welche für die Erstellung des gemeinsamen Angebots der kooperierenden Unternehmen benötigt werden. Dies bedeutet, dass die kooperierenden Unternehmen z. B. Angaben zu ihren Fähigkeiten und Kapazitäten machen dürfen, damit im Hinblick auf ein konkretes Projekt eine Einschätzung möglich ist, welche Teilleistung von welchem Unternehmen erbracht werden soll. Auch dürfen sich die beteiligten Unternehmen sodann gegenseitig den Preis nennen, welchen sie für die Erbringung ihrer Teilleistung verlangen wollen. Auch hier gilt jedoch, dass die ARGE-Verhandlungen nicht zum Schein und mit der Absicht aufgenommen werden dürfen, die Interessenslage von anderen Unternehmen hinsichtlich eines bestimmten Projekts abzuklären und/oder eine Einzelsubmissionsabrede zu ermöglichen. 1321. Ziffer 4 der einvernehmlichen Regelung erfasst nur ARGE, nicht aber Subunternehmerverhältnisse. Wenn ein echtes Subunternehmerverhältnis vorliegt, d.h. wenn ein an dem Projekt arbeitendes Unternehmen keinen Vertrag mit dem Projektträger, sondern nur mit einem das Projekt ausführenden Unternehmen hat, folgt aus Ziffer 4 keine Verpflichtung, dieses Verhältnis offen zu legen. Die Offenlegungspflicht erfordert die Bekanntgabe spätestens im Zeitpunkt der Offerteinreichung. Die Unternehmen können dem Bauherrn den Umstand, dass sie eine ARGE planen, allerdings auch früher bekannt geben (z. B. an der Baustellenbesichtigung). Der letzte Satz in Ziffer 4 stellt klar, dass die Offenlegungspflicht auch dann gilt, wenn eines der ARGE-Unternehmen einen Grossteil der Arbeit alleine erledigt, und/oder der Projektträger zwar eine Offerte einer Bietergemeinschaft akzeptiert, dies aber nur unter der Bedingung, dass die Bietergemeinschaft eine verantwortliche Person benennt, mit welcher der Projektträger die Einzelheiten der Durchführung des Projekts besprechen kann. 1322. Die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (Gesamtabrede über die Zuteilung von im Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten) wird gestützt auf die getroffene Vereinbarung für unzulässig erklärt, und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen. 1323. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die genannten Vereinbarungen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden.

364

Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann. 1397 B.1.6.2 Anordnung von Massnahmen 1324. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestal-

tungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.¹³⁹⁸ 1325. Aus den Erwägungen ergibt sich, dass die acht Unternehmen durch die Gesamtabrede bzw. deren Umsetzung erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen verursacht haben. Soweit die acht Unternehmen bzw. deren Unternehmensträgerinnen keine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben, sind sie dementsprechend zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden und nicht mehr drohen. 1326. In casu sind – soweit sie keine EVR abgeschlossen haben (siehe oben Rz 1315 ff.) – dieselben Unternehmensträgerinnen zu den im Dispositiv unter Ziffer 1. genannten Verhaltensweisen zu verpflichten wie die Unternehmensträgerinnen, welche zur Zahlung der Sanktion verpflichtet werden. Bezüglich der rechtmässigen Adressaten der Anordnungen ist dementsprechend auf die Ausführungen hinsichtlich der rechtmässigen Adressaten der Sanktionsentscheidung zu verweisen (siehe dazu unten Rz 1337 ff.). 1327. Die im Dispositiv festgehaltenen Massnahmen entsprechen inhaltlich den Vereinbarungen, welche mit der Walo, der Berner Bau sowie der De Zanet getroffen wurden. Die dazu gemachten Erläuterungen dazu (siehe oben Rz 1319 ff.) gelten für die Anordnungen entsprechend. Diese Anordnungen stehen in unmittelbarem Zusammenhang zu den vorgeworfenen unzulässigen Verhaltensweisen und verhindern, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Diese Anordnungen sind verhältnismässig, da sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind. 1328. Dies gilt insbesondere für die Anordnung, wonach eine Offenlegungspflicht der Unternehmen bezüglich einer geplanten ARGE bestehen muss (Ziffer 1.3. des Dispositivs).¹³⁹⁹ Diese Offenlegungspflicht dient dazu, den Bauherren im Zeitpunkt der Offerteinreichung in den Stand zu versetzen, eindeutig zu überblicken, welche Unternehmen hinter welcher Offerte stehen. Ohne eine solche Offenlegungspflicht kann für den Bauherrn ein verzerrtes Bild der aktuellen Wettbewerbssituation bestehen. Durch die Pflicht zur Transparenz soll die Vergabestelle in den Stand gesetzt werden, zu erkennen, ob Mehrfachbewerbungen eines Unternehmens (etwa als alleiniger Offerent und als Mitglied einer ARGE) vorliegen. Denn Mehrfachbewerbungen können ein Hinweis darauf sein, dass die Höhe der Eingabesummen Gegenstand einer Koordination war. 1329. Es sind auch keine schutzwürdigen Gründe, insbesondere keine Effizienzgründe, ersichtlich, weshalb die Offenlegungspflicht die Verfahrensparteien unzumutbar beeinträchtigen würde. Dies gilt auch, obwohl die Offenlegungspflicht nicht für alle Konkurrenten der Verfah-

1397 Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, Telekurs Multipay; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, Flughafen Zürich AG, Unique. 1398 BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 177), Art. 30 KG N 58 f. 1399 Andere Meinung: CARLA BEURET, Die Einvernehmliche Regelung im Schweizerischen Kartellrecht, 2016, 69 Rz 155.

365

rensparteien gilt. Denn es ist nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen, welches eine geplante ARGE nicht schon bei der Offerteinreichung offenlegt, gegenüber den hier verpflichteten Unternehmen im Vorteil wäre. Etwas anderes würde allenfalls gelten, wenn ein Unternehmen mit der Nichtoffenlegung einer geplanten ARGE eine Einzelsubmissionsabrede verschleiern wollen würde. In diesem Fall entstünde die

«Benachteiligung» der hier verpflichteten Unternehmen aber nicht durch Ziffer 1.3. des Dispositivs, sondern durch das wettbewerbswidrige Verhalten des anderen Unternehmens. 1330. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats hat die Implenia geltend gemacht, die Ziffern 1.2 und 1.3 des beantragten Dispositivs seien unrechtmässig. 1400 Ziffer 1.2 pönalisieren auch zulässiges Verhalten, da nicht festgeschrieben werde, dass der Austausch eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstelle, sei nicht erforderlich und zudem unbestimmt. Ziffer 1.3 stehe im Widerspruch zur Praxis der WEKO (insbesondere zur Entscheidung betreffend Kanton Zürich), sei unverhältnismässig, verstosse gegen das Gleichbehandlungsgebot, missachte das Regelungsprärogativ des Gesetzgebers und bewirke schwerwiegende Wettbewerbsnachteile für die Implenia. 1331. Die Einwände in Bezug auf Ziffer 1.2 des beantragten Dispositivs überzeugen nicht. Diese Anordnungen entsprechen der jüngsten Praxis der WEKO betreffend Submissionsfälle. 1401 Als zukunftsgerichtete Massnahmen kann die WEKO auch solche Massnahmen angeordnet werden, durch welche das in der Verfügung festgestellte Verhalten künftig verhindert wird. Dies wird mit Ziffer 1.2 des beschlossenen Dispositivs erreicht. Es ist hingegen nicht erforderlich, dass das zu unterlassende Verhalten bis in das letzte Detail beschrieben wird. Es reicht vielmehr aus, wenn für den Verfügungsadressaten in der Zusammenschau mit der Verfügungsbegründung ersichtlich ist, welches Verhalten künftig zu unterlassen ist. Dies ist vorliegend der Fall, da für die Implenia aus Ziffer 1.2 sowie aus der Verfügungsbegründung ersichtlich ist, dass ein Informationsaustausch, welcher wie das MA- und das EO-System auf die Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbauprojekten gerichtet ist, zu unterlassen ist. Wie Ziffer 1.2 des beschlossenen Dispositivs ausführt, bleibt der Informationsaustausch in bestimmten Fällen zulässig. 1332. Auch die Einwände in Bezug auf Ziffer 1.3 des beantragten Dispositivs überzeugen nicht. Zwar hat die WEKO in einer vergangenen Verfügung betreffend Einzelsubmissionsabreden eine derartige Offenlegungspflicht nicht verfügt. 1402 Vorliegend ist die Anordnung aber gleichwohl zulässig. Denn wie bereits erläutert, sind die angeordneten Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig. 1403 Vorliegend haben die Untersuchungsadressatinnen nicht nur Einzelsubmissionsabreden getroffen, sondern ein Zuteilungssystem betrieben, in dem sich die beteiligten Unternehmen wiederholt in unterschiedlichen Konstellationen betreffend die Zuteilung von einzelnen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Untersuchungsgebiet geeinigt haben. Zur Aufdeckung und Verhinderung eines solchen Systems sind umfassendere Massnahmen (inklusive Offenlegungspflicht) erforderlich als zur Aufdeckung und Verhinderung von vereinzelt Submissionsabreden. Damit ist auch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausgeschlossen, da dieser die Wettbewerbskommission nur zur Gleichbehandlung von Gleichem verpflichtet: Im vorliegenden Fall geht es um die Anordnung von Massnahmen in Bezug auf eine Gesamtabrede, in der Entscheidung betreffend den Kanton Zürich ging es um die Beurteilung von Einzelsubmissionsabreden zwischen unterschiedlichen Unternehmen. Eine Verletzung des Regelungsprärogativs des Gesetzgebers vermag die WEKO auch nicht zu erkennen, da die WEKO in casu lediglich konkret-individuelle Regelungen zur Verhinderung der Wiederholung eines festgestellten Wettbewerbsverstosses erlässt, nicht aber – wie es nur der Gesetzgeber kann – generell-abstrakte

1400 Act. n° [...]. 1401 Vgl. Vgl. RPW 2013/4, 524, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; RPW 2015/2, 193, Tunnelreinigung. 1402 RPW 2013/4, 524, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich 1403 BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 177), Art. 30 KG N 58 f.

Bestimmungen. Zudem stehen der Implenia durch Ziffer 1.3 auch keine unangemessenen Wettbewerbsnachteile zu befürchten (siehe oben Rz 1329). 1333. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die angeordneten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dis- positiv verzichtet werden kann. 1404 B.1.6.3 Sanktionierung 1334. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. 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. B.1.6.3.1 Allgemeines 1335. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern. 1405 Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden. 1406 B.1.6.3.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG 1336. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben. a. Adressat der Sanktionierung für das Verhalten des Unternehmens 1337. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG abgestellt. 1407 1338. Wie bereits erläutert, haben vorliegend acht Unternehmen (De Zanet, Hagedorn, Oberholzer, Implenia, Walo, Reichmuth, Toller und Bernet Bau) eine unzulässige Wettbewerbsabrede getroffen (siehe oben Rz 1190 ff., 1219 ff.). Diese acht Unternehmen sind damit zu sanktionieren. 1339. Welche Unternehmensträgerinnen vorliegend jeweils für das Verhalten der Unternehmen herangezogen werden können, wurde bereits geklärt (siehe oben Rz 1128 ff., insbesondere Rz 1181). An dieser Stelle sei lediglich wiederholt, dass auch Muttergesellschaften von

1404 Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, Telekurs Multipay; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, Flughafen Zürich AG, Unique. 1405 Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92. 1406 BBl 2002 2022, 2034. 1407 Statt vieler: JÜRGEN BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6.

Unternehmensträgerinnen herangezogen werden können, wenn die Tochtergesellschaft nicht wirtschaftlich selbständig war. Dies gilt selbst dann, wenn die Muttergesellschaft nach einem Kartellrechtsverstoss gegründet wurde. Voraussetzung dafür ist, dass zwischen der Tochtergesellschaft und der neu gegründeten Muttergesellschaft von Anfang an eine strukturelle Verbindung bestand; auch ist es möglich, eine neu gegründete

Tochtergesellschaft zu sanktionieren, wenn diese dann das Unternehmen operativ führt (vgl. oben Rz 1143 ff.). 1340. Wie bereits erläutert, ist anzunehmen, dass es im Ermessen der WEKO steht, die Adressaten einer Sanktionsverfügung aus den (natürlichen oder juristischen) Personen auszuwählen, welche Unternehmensträgerinnen sind. 1408 1341. Grundsätzlich ist es danach angezeigt, nicht nur diejenige Gesellschaft, welche ein Unternehmen operativ betrieben hat, für die Zahlung der Sanktion heranzuziehen, sondern auch deren jeweilige Muttergesellschaft zu verpflichten. Wie das Bundesverwaltungsgericht zuletzt festgehalten hat ist dies zulässig, da die oberste Muttergesellschaft die Wirtschaftskraft des gesamten Konzerns verkörpert, welche aufgrund der gesetzlichen Sanktionsordnung im Einzelfall der Berechnung der Sanktion zugrunde liegt, und dass die Obergesellschaft aufgrund ihrer Leistungsmacht die Umsetzung der angeordneten Massnahmen durch einzelne Konzerngesellschaften sicherzustellen hat. 1409 1342. In casu ist hingegen zu beachten, dass das Sekretariat die Untersuchung nicht gegen alle Muttergesellschaften der Verfahrensparteien – insbesondere nicht gegen die Implenia AG, die [...] und die [...] sowie die [...] – eröffnet hat. Im Falle der [...] unterblieb die Untersuchungsöffnung, da das Sekretariat erst spät von der Existenz und der Bedeutung dieser Gesellschaften erfuhr. Eine nachträgliche Untersuchungseröffnung gegenüber den genannten Muttergesellschaften, welche Voraussetzung für die Sanktionierung dieser Gesellschaften wäre, würde den Abschluss des Verfahrens verzögern. Mit Blick auf das Beschleunigungsgebot haben die Wettbewerbsbehörden daher darauf verzichtet, das Untersuchungsverfahren nachträglich auf die genannten Muttergesellschaften auszuweiten. 1343. Da damit in casu die genannten Muttergesellschaften nicht ins Recht gefasst werden, folgt aus dem Gleichbehandlungsgebot, dass auch die ANOBA Holding AG als nicht operativ handelnde Muttergesellschaft der OBERHOLZER Bauleistungen AG sowie der OBERHOLZER Immobilien AG vorliegend nicht zu sanktionieren ist. Aus dem Gleichbehandlungsgebot folgt demgegenüber nicht, dass die Hagedorn AG nicht als Muttergesellschaft für das Verhalten der Bernet Bau bis zum 6. Dezember 2008 herangezogen werden kann. Denn die Hagedorn AG ist gerade eine operativ handelnde Strassen- und Tiefbaugesellschaft. 1344. Im Fall der Reichmuth liegt der Fall wiederum anders, da hier die Gebr. P. und J. Reichmuth AG zur Zeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung die operativ handelnde Gesellschaft war und nunmehr als Holding-Gesellschaft fungiert. Hier rechtfertigt sich die Heranziehung der Gebr. P. und J. Reichmuth AG, weil sie zur Zeit des Kartells die Strassen- und Tiefbauunternehmung operativ betrieben hat. Die Heranziehung der 2013 gegründeten Tochtergesellschaft, der Reichmuth Bauunternehmung AG ist sachgerecht, weil diese Gesellschaft nun operativ die Unternehmung betreibt, die Substanz der Bauunternehmung im Eigentum dieser Gesellschaft steht und zudem die Sanktionierung dieser Gesellschaft zur Abschreckung notwendig ist. 1345. Hieraus ergibt sich, dass folgende juristische Personen jeweils für das Handeln der Unternehmen zu sanktionieren sind: - De Zanet AG für das Unternehmen De Zanet,

1408 RPW 2015/2, 297 Rz 270, Türprodukte; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 72, ADSL II. 1409 Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 73, ADSL II.

368

- Hagedorn AG für das Unternehmen Hagedorn, - OBERHOLZER Bauleistungen AG und OBERHOLZER Immobilien AG für das Unternehmen Oberholzer, - Implenia Schweiz

AG für das Unternehmen Batigroup/Implenia, - Walo Bertschinger AG St. Gallen für das Unternehmen Walo, - Reichmuth Bauunternehmung AG und Gebr. P. und J. Reichmuth für das Unternehmen Reichmuth, - Toller Unternehmungen AG für das Unternehmen Toller und - Bernet Bau AG und Hagedorn AG für das Verhalten des Unternehmens Bernet Bau bis zum 6. Dezember 2008 sowie Bernet Bau AG für das Verhalten des Unternehmens Bernet Bau zwischen dem 7. Dezember 2008 und Mitte 2009. 1346. Bezüglich der ANOBA Holding AG, gegen welche die Untersuchung ebenfalls eröffnet wurde, ist das Verfahren einzustellen. b. Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG 1347. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede. 1410 1348. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Art. 49a Abs. 1 KG sieht nun nicht vor, dass sich für eine Sanktionierbarkeit die Unzulässigkeit einer Abrede aus einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung ergeben müsste. Anders gewendet besteht die Sanktionierbarkeit von unzulässigen, unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallenden Abreden unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbewerb beseitigt oder «nur» erheblich beeinträchtigt wird. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzeswortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht. 1411 Die bisherige Praxis der WEKO geht denn auch von einer Sanktionierbarkeit solcher Abreden aus. 1412 Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht haben dies bestätigt. 1413 1349. Bezüglich dieser zwei Voraussetzungen sei im Einzelnen zur Vermeidung von Redundanzen auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen. Zusammenfassend sei hier festgehalten, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Rz 1218 ff., 1266 ff.).

1410 Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34. 1411 BBl 2002 2022, 2037; statt vieler BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 1259), Art. 49a KG N 6 ff. m.w.H. 1412 Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 108 Rz 332, *Gaba*; RPW 2012/2, 401 Rz 1069, Fn 236, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*. 1413 Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016; Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13.11.2015, E. 11.1, *BMW/WEKO*.

369

B.1.6.3.3 Vorwerfbarkeit 1350. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁴¹⁴, welcher das Bundesverwaltungsgericht gefolgt ist¹⁴¹⁵, stellt Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar. Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind. 1351. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben.¹⁴¹⁶ Nur in seltenen Fällen wird

keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.¹⁴¹⁷ Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschuldens liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.¹⁴¹⁸ 1352. Da das sanktionierbare Rechtssubjekt im KG das «Unternehmen» ist, muss diesem der KG-Verstoss im zuletzt genannten Sinne vorgeworfen werden können. Ein Unternehmen ist allerdings ein (kartell-)rechtliches Konstrukt, welches nicht selbst, sondern nur durch natürliche Personen handeln kann. Das gleiche gilt für die Gesellschaften, welche ein Unternehmen betreiben und welche ebenfalls nur durch natürliche Personen handeln können. Damit ist es für die Vorwerfbarkeit im Sinne des KG massgeblich, dass diejenigen natürlichen Personen, welche für ein Unternehmen gehandelt haben oder aber etwas unterlassen haben und dadurch einen KG-Verstoss herbeigeführt haben, vorsätzlich oder fahrlässig handelten. 1353. Nur zur Klarstellung ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass es für die Vorwerfbarkeit unerheblich ist, ob derjenigen Unternehmensträgerin, welche zur Zahlung der Sanktion herangezogen wird, der KG-Verstoss vorzuwerfen ist. Denn wenn das Unternehmen, welchem der KG-Verstoss vorgeworfen wird, wirtschaftlich betrachtet noch besteht und die Unternehmensträgerin von ihm profitiert, so besteht dasjenige rechtliche Konstrukt noch, welches den KG-Verstoss zu verantworten hat. Die Heranziehung einer Unternehmensträgerin, welche zum Zeitpunkt des KG-Verstosses noch nicht bestand, kann damit auch nicht gegen das Schuldprinzip verstossen¹⁴¹⁹ (siehe dazu auch oben Rz 1144). 1354. Die natürlichen Personen, welche in casu in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 für die acht Unternehmen handelten (siehe dazu insbesondere Rz 322 ff.) und die kartellrechtswidrigen Abreden trafen, taten dies vorsätzlich. Sie schlossen wissentlich und willentlich mit Vertretern von Unternehmen der gleichen Marktstufe wie dem «ihrigen» Vereinbarungen über

1414 Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., Flughafen Zürich AG (Unique); Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, SIX/DCC; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, Publigroupe; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. 1415 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, Gebro/WEKO. 1416 So auch Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 677, ADSL II. 1417 RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., SIX/DCC. 1418 Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO. 1419 Vgl. auch Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 77, ADSL II.

die Zuteilung von Strassen- und Tiefbauprojekten im Untersuchungsgebiet sowie – im Hinblick auf einzelne Submissionen – über die Preisfestsetzung sowie die Zuteilung der Submission. Ob sich die Abredeteilnehmer bewusst waren, dass diese Abreden wettbewerbsbeseitigend oder zumindest wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigend sind, ist irrelevant, handelt es sich bei diesen Elementen doch – in Übernahme der strafrechtlichen Terminologie – um objektive Strafbarkeitsbedingungen. Anderweitige Gründe, welche dagegen sprechen würden, dass den Unternehmen die fraglichen Verhaltensweisen vorgeworfen werden können, sind nicht ersichtlich. So darf das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen für Unternehmen (als dessen Adressaten) allgemein als «bekannt» vorausgesetzt werden. B.1.6.3.4 Bemessung 1355. Rechtsfolge eines Verstosses i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist. 1356. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG¹⁴²⁰ näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit¹⁴²¹ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.¹⁴²² Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.¹⁴²³ a. Maximalsanktion 1357. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum KG 2003 ergibt,¹⁴²⁴ sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.¹⁴²⁵ Der Unternehmensumsatz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU¹⁴²⁶ finden analoge Anwendung. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar (vgl. dazu sogleich); vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im KG und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

¹⁴²⁰ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung), SR 251.5. ¹⁴²¹ Art. 2 Abs. 2 SVKG. ¹⁴²² Vgl. PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. ¹⁴²³ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern. ¹⁴²⁴ Vgl. BBl 2002 2022, 2037. ¹⁴²⁵ Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (letzte Kontrolle am 23.11.2015). ¹⁴²⁶ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

1358. Mit Blick auf die Konzernumsätze der acht Unternehmen in den Jahren 2011 bis 2013 (siehe dazu Rz 1044) ergeben sich für die acht Unternehmen die folgenden Maximalsanktionen:

Maximalsanktion in CHF De Zanet [...] Hagedorn [...] Oberholzer [...] Implenia [...] Walo [...] Reichmuth [...] Toller [...] Bernet Bau [...] Tabelle 31: Maximalsanktion in CHF b. Konkrete Sanktionsberechnung 1359. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann. (i)

Basisbetrag 1360. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.¹⁴²⁷ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen. 1361. Vorliegend endete die Zusammenarbeit der acht Unternehmen und damit die Gesamtabrede Mitte 2009 (siehe oben Rz 1068 ff.). Damit sind die Umsätze der Jahre 2006, 2007 und 2008 für die Berechnung massgebend. (1.) Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt) 1362. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der

¹⁴²⁷ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; Verfügung in Sachen Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision; zuletzt abgerufen am 8.7.2015.

unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. 1363. Massgeblich ist vorliegend der Umsatz der acht Unternehmen auf dem Markt für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen im Gebiet der Bezirke See-Gaster, March und Höfe (zur Marktabgrenzung siehe oben Rz 1247, 1250). Die Unternehmen hatten gegenüber dem Sekretariat zunächst nur Angaben bezüglich ihrer Umsätze mit Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten in den Kantonen St. Gallen und Schwyz gemacht. Die Umsätze nur für das Untersuchungsgebiet (Gebiete der Bezirke See-Gaster, March und Höfe in den beiden Kantonen) konnten hingegen zunächst nicht festgestellt werden. Aufgrund der Angaben der Unternehmen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats konnten die Umsätze der acht Unternehmen im Bereich Strassen- und/oder Tiefbau im Untersuchungsgebiet nunmehr ermittelt werden. Diese sind oben in Tabelle 28 aufgeführt. 1364. Soweit die Toller, die Hagedorn und die Reichmuth in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats tiefere Umsätze angegeben haben,¹⁴²⁸ ist

dem insoweit nicht zu folgen, als Einnahmen für Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten (z. B. im Rahmen von ARGE, Subunternehmerverhältnissen oder nach Direktvergaben) in Abzug gebracht wurden. Denn die von diesen Unternehmen in Abzug gebrachten Einnahmen wurden mit Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten erzielt. Gegen die Heranziehung aller Umsätze, welche mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet erzielt wurden, für die Sanktionierung spricht nicht, dass es bei einzelnen Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten nicht zu einer Einzelsubmissionsabrede gekommen ist. Denn nach dem Wortlaut der SVKG muss für die Bestimmung des relevanten Umsatzes nicht für jedes Einzelgeschäft nachgewiesen werden, dass es von dem wettbewerbswidrigen Verhalten betroffen ist. Dies würde auch dem Sinn und Zweck der Sanktionierung widersprechen. Denn die Sanktion soll nicht nur den mutmasslichen Kartellgewinn abschöpfen, sondern sie hat zusätzlich eben auch spezial- und generalpräventiven Charakter.¹⁴²⁹ 1365. Die Toller hat in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats beantragt, sie sei erneut anzuhören, wenn für die Sanktionierung – entgegen ihren jüngsten Ausführungen zum für die Sanktionierung relevanten Umsatz – höhere Umsatzzahlen zugrunde gelegt werden. Dieser Antrag wird abgelehnt. Art. 30 Abs. 2 KG gibt den Verfahrensparteien das Recht, zum Antrag des Sekretariats einmal Stellung zu beziehen. Damit ist der Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt hingegen nicht, dass die Behörde das Unternehmen erneut anhört, wenn es zuungunsten des Unternehmens von dessen Vorbringen abweicht. 1366. Als Obergrenze für den Basisbetrag ergeben sich für die einzelnen Unternehmen damit folgende Sanktionen:

Umsatz 2006-2008 auf dem relevanten Markt (ohne MwSt. in CHF) Massgeblicher Prozentsatz Obergrenze für den Basisbetrag in CHF De Zanet [...] 10 % [...] Hagedorn [...] 10 % [...] Oberholzer [...] 10 % [...] Implenia [...] 10 % [...]

1428 [...]. 1429 Vgl. Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

373

Umsatz 2006-2008 auf dem relevanten Markt (ohne MwSt. in CHF) Massgeblicher Prozentsatz Obergrenze für den Basisbetrag in CHF Walo [...] 10 % [...] Reichmuth [...] 10 % [...] Toller [...] 10 % [...] Bernet Bau [...] 10 % [...] Tabelle 32: Obergrenze für den Basisbetrag 1367. Da einige Unternehmen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats geltend gemacht haben, der relevante Markt sei in drei Teilmärkte zu separieren, ist an dieser Stelle anzumerken, dass diese Umsatzzahlen genauso hoch wären, würde man drei Teilmärkte (Strassenbau, Strassen- und Tiefbau, Tiefbau) als relevante Märkte heranziehen. (2.) Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses 1368. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist. 1369. Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Unternehmen haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive¹⁴³⁰ Faktoren im Vordergrund. 1370. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur

sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.¹⁴³¹ 1371. Die WEKO hat festgehalten, dass sie bei Einzelsubmissionsabreden einen Basisbetragskoeffizienten in Höhe von 10 % anwenden könne.¹⁴³² Im Fall einer Gesamtabrede zwischen Unternehmen der Tunnelreinigungsbranche über die Zuteilung von Tunnelreinigungs-submissionen hat sie dementsprechend einen Koeffizienten in Höhe von 10 % angewandt.¹⁴³³ Zwar kommt es bei einer Gesamtabrede über die Zuteilung von Submissionen nicht zwangsläufig zur Beseitigung des Wettbewerbs und zur Zuteilung aller von der Gesamtabrede erfass-

1430 D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139. 1431 Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3. 1432 RPW 2013/4, 622 Rz 966, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 1433 RPW 2015/2, 239 Rz 296, Tunnelreinigung.

374

ten Submissionen. Allerdings ist hinsichtlich Art und Schwere des Verstoßes bei einer Gesamtabrede wiederum zu berücksichtigen, dass eine dauerhaft bestehende Gesamtabrede über eine Vielzahl von Submissionen in einer Branche und einem Gebiet «in der Breite» schwerwiegendere soziale und volkswirtschaftliche Schäden bewirken kann als eine einzige Submissionsabrede. Denn sie hat zwingend eine Vielzahl von Einzelsubmissionsabreden zur Folge. Vor diesem Hintergrund erscheint ein hoher Basisbetragskoeffizient erst recht angemessen. Es ist daher davon auszugehen, dass bei Gesamtabreden über die Zuteilung von Submissionen grundsätzlich der höchstzulässige Prozentsatz zur Anwendung kommen sollte. 1372. Da bei der Festlegung des anzuwendenden Prozentsatzes jedoch die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände erfolgen muss, kann vorliegend nicht unberücksichtigt bleiben, dass es zu «Freigabeentscheiden» gekommen ist: mithin, dass die acht Unternehmen bei einzelnen Projekten bewusst auf eine Zuteilung des Projekts sowie die gemeinsame Festlegung der Höhe der Eingabesummen verzichtet haben (siehe oben Rz 699 f., 747 ff.). Es ist indessen nicht anzunehmen, dass wegen dieses Umstands die freigegebenen Projekte gänzlich unbeeinflusst von der Gesamtabrede und dem damit zusammenhängenden Verhalten der acht Unternehmen waren. Denn wie dargelegt, ist davon auszugehen, dass sich das Bieterverhalten auch bei «unbelasteten» Submissionen verändert, welche in engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zu Submissionen stattfinden, bei denen es zu Einzelsubmissionsabreden kam (siehe dazu oben Rz 1037). 1373. Des Weiteren ist bei der Beurteilung der Schwere des Kartellrechtsverstoßes zu berücksichtigen, dass einzelne Unternehmen wie etwa die Oberholzer, die Reichmuth, die Toller oder die Bernet Bau im

Rahmen des MA-Systems weniger mitarbeiteten als die anderen Unternehmen. So meldete die Bernet Bau zuletzt Anfang 2008, die Oberholzer zuletzt im Jahr 2006, die Reichmuth zuletzt im Jahr 2005 und die Toller zuletzt Anfang 2004 Projekte für die MA-Listen (siehe oben Rz 561). Auch konnten keine Projekte aus dem Jahr 2009 identifiziert werden, bei denen Einzelsubmissionsabreden zugunsten der Toller und der Bernet Bau getroffen wurden (siehe oben Rz 747 ff.). 1374. Zu Lasten der Parteien ist indessen zu berücksichtigen, dass es in Umsetzung der Gesamtabrede zu einer Vielzahl von Einzelsubmissionsabreden betreffend Strassen- und Tiefbaubauabreden im Untersuchungsgebiet kam (siehe oben Rz 747 ff.). Hinsichtlich der Quantifizierung dieser Einzelsubmissionsabreden wurden bereits mehrfach Ausführungen gemacht und festgehalten, dass die genaue Anzahl und der Wert dieser Projekte nicht beziffert werden können, da nicht alle Strassen- und Tiefbauprojekte, bei denen es zu Einzelsubmissionsabreden kam, identifiziert werden konnten. Nur aus den HA-Listen ergibt sich aber schon, dass alleine im Zeitraum zwischen 2004 und Mitte 2009 betreffend etwa 240 Strassen- und Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet im Wert von über CHF 59 Mio. Einzelsubmissionsabreden getroffen wurden. Dabei betrafen diese Abreden nur solche, an denen die Hagedorn bzw. die Bernet Bau schutzgebend oder schutznehmend beteiligt waren. Dabei ist erwiesen, dass auch Einzelsubmissionsabreden ohne Beteiligung der Hagedorn und/oder der Bernet Bau stattfanden. Darüber hinaus konnten weitere Projekte identifiziert werden, bezüglich derer es zu Einzelsubmissionsabreden kam (siehe oben Rz 701 ff.). Bezüglich der Auswirkungen dieser Einzelsubmissionsabreden ist auch zu berücksichtigen, dass Einzelsubmissionsabreden die Gefahr von Preiserhöhungen inhärent ist (siehe oben Rz 1036). 1375. Weiter ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die acht Unternehmen im Rahmen des MA- und des EO-Systems einen hohen organisatorischen Aufwand betrieben und die Zusammenarbeit damit institutionalisiert haben (vgl. Rz 534 ff., 593 ff., 671 ff., 854 ff., 919 ff., 988 ff., 1031 ff.). Dabei wurden in grossem Umfang Projekte diesen Zuteilungssystemen «zugeführt». Im Rahmen des MA-Systems wurden zwischen 2004 und Mitte 2009 – dem Auftragswert nach – mindestens 78 % aller im DOP dokumentierten Submissionen der Kantone St. Gallen und Schwyz und der Gemeinden im Untersuchungsgebiet sowie des Bezirks March besprochen (CHF 108.1 Mio. von CHF 138.2 Mio., siehe oben Rz 799). Insgesamt wurden dem MA-System in den Jahren 2004 bis Mitte 2009 Projekte im Wert von ca. CHF 198 Mio. «zugeführt» (siehe oben Rz 798). Im EO-System wurden jährlich Projekte im Wert von etwa CHF 10 Mio.

375

geführt und damit dessen Schutz unterstellt (siehe Rz 906 ff.). Unter Zugrundelegung des Marktanteils der acht Unternehmen auf dem Strassen- und Tiefbaumarkt im Untersuchungsgebiet (ca. 55 %) sowie ihrer Umsatzangaben für die Jahre 2006–2008 kann somit angenommen werden, dass in den beiden Zuteilungssystemen zwischen 2006 und 2008 mindestens 67 % des Marktvolumens dieser Jahre geführt war (vergleiche Rz 1288) und dementsprechend in diesem Umfang zumindest der konkrete Versuch einer Zuteilung unternommen worden war. Auch vor diesem Hintergrund ist eine Orientierung im oberen Bereich des Sanktionsrahmens angebracht. 1376. Mit Blick darauf, dass Einzelsubmissionsabreden sowie deren erfolgreiche Umsetzung in grossem Ausmass nachgewiesen werden konnten, ist gezeigt, dass die Gesamtabrede über die Zuteilung von Submissionen im Rahmen des MA-Systems sowie des EO-Systems erfolgreich umgesetzt

wurde. Dies illustriert auch die Erfolgsquote, wonach in 77 % der Fälle dasjenige der acht Unternehmen den Zuschlag für das MAL-Projekt erhalten hat, welches laut MA-Listen (mit) das höchste Interesse an dem Projekt geltend gemacht hat und/oder welches laut den HA-Listen als schutznehmendes Unternehmen bestimmt war (siehe oben Rz 793 ff). Auch das EO-System hat dazu geführt, dass in der Regel dasjenige Unternehmen, welches eine Eigenofferte erstellt und diese für das EO-System gemeldet hat, das betroffene Projekt auch erhielt. Auch vor diesem Hintergrund ist eine Orientierung im oberen Bereich des Sanktionsrahmens angebracht. 1377. Bei der Beurteilung der Art und Schwere ist weiter zu berücksichtigen, ob der KG-Verstoss vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Vorliegend wurden die Verstösse vorsätzlich begangen (siehe oben Rz 1354), was wiederum eine Orientierung im oberen Sanktionsrahmen rechtfertigt. 1378. Mit Blick auf diese Umstände erschien dem Sekretariat ein Prozentsatz von 8 % angemessen. 1434 Die WEKO ist allerdings zum Ergebnis gekommen, dass die Tatsache, dass es nicht zu einer flächendeckenden Umsetzung der Gesamtabrede gekommen ist, bei der Sanktionierung stärker zu berücksichtigen ist. Zwar ist vorliegend eine Gesamtabrede nachgewiesen, welche volkswirtschaftlich und sozial schädlicher ist als eine isolierte Einzelsubmissionsabrede. Da aber nicht anzunehmen ist, dass alle Einnahmen der acht Unternehmen für die Erbringung von Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten unmittelbar auf dem kartellrechtswidrigen Verhalten basieren, ist abweichend von der Einschätzung des Sekretariats ein Prozentsatz von 7 % für die Berechnung des Basisbetrags heranzuziehen. Wäre es zu einer noch stärkeren Umsetzung gekommen, so könnte ein Prozentsatz von über 7 % zugrunde gelegt werden. 1435 1379. In den Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats machen die Unternehmen teilweise geltend, der Umstand, dass sie nur eine geringe Kartellrente erzielen könnten, sei bei der Festlegung des Basisbetragskoeffizienten zu berücksichtigen. 1436 Auch seien die Preise im Untersuchungsgebiet nicht zu hoch gewesen. 1437 Derartige Umstände sind bei der Sanktionierung nicht zu berücksichtigen. Denn die Prüfung dieser Umstände würde die Feststellung erfordern, wie hoch die Gewinne bzw. die Preise gewesen wären, wenn es in der massgeblichen Zeit im Untersuchungsgebiet kein Kartell gegeben hätte. Dies ist gerade nicht feststellbar. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass durch Kartelle teilweise «nur» Überkapazitäten gesichert werden und die Kartelltäter trotz Kartell keine oder nur sehr geringe Gewinne erzielen. 1380. Damit ergibt sich für die acht Unternehmen der folgende Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG:

1434 Act. n° [...], Rz 1145 ff. des Antrags. 1435 Vgl. etwa RPW 2015/2, 239 Rz 290 ff., Tunnelreinigung. 1436 [...]. 1437 Act. n° [...].

376

Umsatz 2006-2008 auf dem relevanten Markt (ohne MwSt. in CHF) Massgeblicher Prozentsatz Basisbetrag in CHF De Zanet [...] 7 % [...] Hagedorn [...] 7 % [...] Oberholzer [...] 7 % [...] Implenia [...] 7 % [...] Walo [...] 7 % [...] Reichmuth [...] 7 % [...] Toller [...] 7 % [...] Berner Bau [...] 7 % [...] Tabelle 33: Basisbetrag aller Unternehmen (ii) Dauer des Verstosses 1381. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3). 1382. Vorliegend werden die acht Unternehmen für die Gesamtabrede sanktioniert, welche mittels Einzelsubmissionsabreden umgesetzt wurde. Wie bereits erläutert, bestand die Gesamtabrede zwischen den acht Unternehmen

ununterbrochen jedenfalls zwischen 2002 und Mitte 2009 und wurde stetig und wiederholt umgesetzt (siehe oben zusammenfassend Rz 1068 ff. sowie Rz 1194 ff., 1200 ff.). Damit dauerte die Abrede mindestens achteinhalb Jahre. 1383. Für die Berücksichtigung der Dauer der Gesamtabrede ist es unerheblich, dass diese durch Einzelsubmissionsabreden umgesetzt wurde. Denn auch wenn diese Einzelsubmissionsabreden zeitlich nur zwischen der Vereinbarung und der Vergabe des Projekts bestanden und wirkten (siehe oben Rz 1200), so wäre es doch «gekünstelt», ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten quasi zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen. 1438 Wie bereits erläutert, ist die Gesamtabrede daher als Dauerverstoss zu sehen (siehe oben Rz 1200 ff.). 1384. Da diese Dauerabrede erst ab dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 sanktioniert werden kann und bis Mitte 2009 dauerte, ist für die Sanktionierung von einer Dauer der Abrede von fünf Jahren auszugehen. Entsprechend den vorgenannten Massgaben ist damit eine Erhöhung des Basisbetrags um 50 % angemessen. 1385. Die Bernet Bau, die Oberholzer und die Toller machen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats geltend, ein Dauerzuschlag in Höhe von 50 % sei zu hoch. 1439 Die Bernet führt aus, beim Dauerzuschlag sei die verringerte Teilnahme der Bernet Bau in den Jahren 2008 und 2009 am MA-System zu berücksichtigen. Die Oberholzer meint, ein Dauerzuschlag sei unzulässig, da das Sekretariat Einzelsubmissionsabreden in einer Gesamtabrede bündele und bei Einzelsubmissionsabreden kein Dauerzuschlag erhoben werde. Zudem 1438 RPW 2015/2, 225 Rz 193, Tunnelreinigung. 1439 [...].

377

werde der Umstand, dass wegen des MA- und des EO-Systems eine Institutionalisierung vorliege, bei der Sanktionsbemessung doppelt berücksichtigt, nämlich bei der Bestimmung von Art und Schwere der Tat und bei der Festlegung des Dauerzuschlags. Auch die Toller verweist darauf, dass bei Einzelsubmissionsabreden kein Dauerzuschlag erhoben werden könne. 1386. Der Einwand der Bernet Bau überzeugt nicht, da der Umstand, dass nicht jedes der acht Unternehmen bis Mitte 2009 gleichermassen am MA-System mitarbeitete bereits bei der Feststellung der Art und Schwere des Verstosses berücksichtigt wurde (siehe oben Rz 1373). Auch der Verweis der Oberholzer und der Toller auf Entscheidungen der WEKO zu Submissionsabreden überzeugt nicht. Denn soweit sie auf Fälle verweisen, in denen Einzelsubmissionsabreden festgestellt wurden, liegen gar keine vergleichbaren Sachverhalte zugrunde. Denn vorliegend ist nachgewiesen, dass zwischen 2002 und Mitte 2009 ein einheitlicher Zweck vorlag, welcher wiederholt mittels Einzelsubmissionsabreden umgesetzt wurde. Gemäss Praxis der WEKO ist bei einer Dauergesamtabrede demnach ein Dauerzuschlag zu erheben. 1440 Auch der Einwand der Oberholzer, es würden Umstände doppelt berücksichtigt, ändert daran nichts. Denn der Umstand, dass eine Institutionalisierung vorliegt, ist überhaupt nicht identisch mit dem Umstand, dass die acht Unternehmen dauerhaft zusammen gearbeitet haben. Dies zeigt sich darin, dass eine hohe Institutionalisierung auch bei sehr kurzzeitigen Kartellen möglich wäre und umgekehrt eine dauerhafte Zusammenarbeit vorliegen könnte, ohne dass die Zusammenarbeit in besonderem Masse insitutionalisiert wäre. (iii) Erschwerende und mildernde Umstände 1387. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Zunächst wird auf erschwerende Umstände, sodann auf mildernde Umstände eingegangen. Dabei wird nur auf Umstände eingegangen, welche Anlass zu Erhöhung bzw. Reduktion geben könnten.

(1.) Wiederholter Verstoss (Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG) 1388. Entsprechend der Praxis der WEKO wäre es gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG grundsätzlich möglich, pro Unternehmen die Häufigkeit der Beteiligung an Einzelsubmissionsabreden zu berücksichtigen.¹⁴⁴¹ Eine solche Erhöhung wäre in casu nicht deshalb ausgeschlossen, weil eine Gesamtabrede vorliegt und weil für diese bereits die Dauer ihrer Geltung und Wirkung berücksichtigt wurde. Denn mit der Erhöhung der Sanktion wegen der Häufigkeit der Beteiligung an Einzelsubmissionsabreden wird insbesondere das Ausmass der Abgabe von Stützofferten berücksichtigt, welche zu Wettbewerbsbeschränkungen beitragen, ohne dass das Unternehmen, welches eine Stützofferte einreicht, einen eigenen Umsatz generiert.¹⁴⁴² In casu ist eine Berücksichtigung dieses Umstands jedoch deshalb ausgeschlossen, weil die Wettbewerbsbehörden nicht alle Projekte identifizieren konnten, bei welchen es zu einer Einzelsubmissionsabrede kam (siehe oben Rz 699). Insbesondere können nicht die sich aus den HA-Listen ergebenden Einzelsubmissionsabreden herangezogen werden, da an diesen immer die Hagedorn oder die Bernet Bau beteiligt waren. Da keine Aussage darüber getroffen werden kann, wie oft jedes der acht Unternehmen genau an Einzelsubmissionsabreden beteiligt war, ist der Basisbetrag insoweit auch nicht zu erhöhen. (2.) Anstiftung oder führende Rolle (Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG) 1389. Für keines der acht Unternehmen ist anzunehmen, dass es eine führende oder anstiftende Rolle im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG hatte. Dies gilt insbesondere auch für die De Zanet, obwohl sie Listenführerin war (siehe dazu insbesondere Rz 554 ff., 574 ff., 582 f.,

1440 RPW 2015/2, 240 Rz 297 f., Tunnelreinigung; RPW 2013/2, 201 Rz 305 ff., Abrede im Speditionsbereich. 1441 RPW 2013/4, 625 Rz 977 f., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 1442 Vgl. RPW 2013/4, 625 Rz 977 f., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

378

593 ff.). Denn die De Zanet hatte damit lediglich eine administrative Rolle, welche sie im Namen und Interesse aller acht Unternehmen wahrnahm. Die Sanktion der De Zanet ist damit nicht nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG zu erhöhen. (3.) Vergeltungsmassnahmen (Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG) 1390. Die Toller hat angegeben, es sei möglich, dass die Implenia sie für die (angebliche) Nichtteilnahme an den MA-Sitzungen mit einer Erhöhung des Belagspreises sanktioniert habe (siehe oben Rz 485, 617). Derartiges ist jedoch nicht bewiesen (siehe oben Rz 503 f.), so dass auch keine Erhöhung der Sanktion der Implenia nach Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG angezeigt ist. (4.) Kooperatives Verhalten 1391. Kooperatives Verhalten der Verfahrensparteien ist als in der SVKG unbenannter Milderungsgrund grundsätzlich anerkannt. Allerdings führt nicht jede Mitwirkung im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung zu einer derartigen Milderung, weil die Verfahrensparteien von Gesetzes wegen ohnehin dazu verpflichtet sind, im verwaltungsrechtlichen Verfahren mitzuwirken (siehe oben Rz 122). Kommt hinzu, dass das Kartellrecht mit den Regelungen zur Milderung der Sanktion bei der Einreichung einer Bonusmeldung spezielle Vorgaben für die Begünstigung infolge guter Kooperation kennt (siehe dazu unten Rz 1405 ff.). 1392. Jedenfalls der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung werden von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt (siehe dazu Rz 1393 ff.). Eine sonstige Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden, welche nicht im Rahmen einer Bonusmeldung erfolgt, ist hingegen allenfalls mildernd zu würdigen, wenn eine Partei einen massgeblichen Beitrag

zum Nachweis eines sanktionierbaren Kartellrechtsverstosses erbringt (siehe dazu Rz 1396 ff.). 1393. Bezüglich des Umfangs der Milderung beim Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gilt, dass für den Willen und die Bereitschaft zum Abschluss einer solchen Regelung grundsätzlich eine Reduktion der Sanktion um bis zu 20 % in Abhängigkeit von Zeitpunkt, Verfahrensstand und Intensität der Zusammenarbeit in Frage kommt. 1443 1394. Vorliegend haben die Walo, die Bernet Bau sowie De Zanet mit dem Sekretariat eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (siehe oben Rz 1315 ff.). Die einvernehmliche Regelung wurde vor dem Versand des Antrags an die Parteien abgeschlossen. Zu diesem Zeitpunkt waren wesentliche Ermittlungsmassnahmen (Hausdurchsuchungen und Auswertungen der beschlagnahmten Dokumente, Fragebögen, etc.) bereits erledigt, auch waren wesentliche Arbeiten am Antrag des Sekretariats bereits fertig gestellt. Ohnehin konnte vorliegend der Begründungsaufwand bei der Verfassung des Antrags nicht wesentlich reduziert werden, weil die Mehrheit der Unternehmen keine einvernehmliche Regelung geschlossen haben. Zu berücksichtigen ist aber, dass es wegen der einvernehmlichen Regelung zu einer Verringerung des Aufwands der Wettbewerbsbehörden für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren kommt, weil die Wettbewerbsbehörden erwarten, dass die Parteien, welche eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben, keine Beschwerde gegen eine allfällige Verfügung der WEKO einlegen werden. 1395. Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen wird daher für die Unternehmen Walo, Bernet Bau und De Zanet der Abschluss der einvernehmlichen Regelung mit einer Sanktionsminderung in Höhe von 10 % honoriert.

1443 Vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, 2008, Rz 311; vgl. weiter BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 1259), Art. 49a N 87. Für eine Zusammenfassung der bisherigen Praxis der WEKO siehe RPW 2013/2, 202 Rz 314 ff., Abrede im Speditionsbereich.

379

1396. Hinsichtlich der Milderung wegen sonstiger Kooperation ist auf das Verhalten der Oberholzer sowie der Toller einzugehen. Beide Unternehmen haben im Laufe des Verfahrens ihre volle Kooperationsbereitschaft ausdrücklich betont. 1444 1397. Die Oberholzer hat dabei indessen keinerlei Angaben gemacht, welche den Nachweis der vorliegenden Abreden erleichtert hätten. Insbesondere hat sie ihre Beteiligung – entgegen dem Beweisergebnis – an der Gesamtabrede sowie an Einzelsubmissionsabreden nach dem 1. April 2004 ausdrücklich abgestritten. Sie hat auch nicht zum Nachweis der Beteiligung der übrigen sieben Unternehmen an Abreden beigetragen. Damit liegt für die Oberholzer insoweit kein mildernder Umstand vor. 1398. Die Toller hat hingegen die Teilnahme an einzelnen Submissionsabreden auch nach dem 1. April 2004 eingestanden (siehe insbesondere Rz 677) und Angaben gemacht, welche für den Nachweis des Zwecks der Zusammenarbeit der acht Unternehmen von Bedeutung waren (siehe oben Rz 617 ff., 937 ff.). Nicht unberücksichtigt kann dabei aber bleiben, dass sie das Bestehen des kartellrechtswidrigen Zwecks der Gesamtabrede nach dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 sowie ihre Beteiligung an kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen nach dem aus ihrer Sicht massgeblichen Verjährungszeitpunkt, dem

E. 21

Oktober 2008 (siehe dazu unten Rz 1424 ff.), abstritt (siehe oben etwa Rz 326 ff., 617 ff., 677). Gleichwohl können die eingangs erwähnten Umstände eine Minderung des auf die

Toller entfallenden Sanktionsbetrags gemäss Art. 3 und 4 SVKG um 5 % rechtfertigen. (5.) Aufgabe der Wettbewerbsbeschränkung (Art. 6 Abs. 1 SVKG) 1399. Gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG wird der Sanktionsbetrag gemindert, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung spätestens vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet. 1400. Die acht Unternehmen haben in casu die Gesamtabrede mehr als drei Jahre vor der Eröffnung der «Untersuchung See-Gaster» aufgegeben. Aus diesen Gründen erscheint vorliegend eine Milderung in Höhe von 10 % angemessen. 1401. Die Hagedorn beantragt eine höhere Reduktion, da die Einstellung so lange vor der Untersuchungseröffnung eingestellt wurde. 1445 Dem ist nicht nachzukommen, da der Grund für die Reduktion in der Aufgabe der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu sehen ist. Dies unabhängig davon, wann genau vor der Untersuchungseröffnung die Wettbewerbsbeeinträchtigung eingestellt wurde. (6.) Passive Rolle (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG) 1402. Der Milderungsgrund der passiven Rolle wird als Gegenstück zur Anstiftung nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG angesehen. Das bedeutet aber nicht, dass für eine passive Rolle schon das Fehlen einer führenden Rolle ausreicht. Darunter wird vielmehr ein Verhalten eines Unternehmens verstanden, das durch Abwesenheit von besonderen Aktivitäten hinsichtlich der Organisation, Koordination und Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung gekennzeichnet ist. Darunter fällt bei Kartellen z. B. ein Unternehmen, welches Wettbewerbsbeschränkungen nur auf Geheiss der anderen durchführt, bei den vorangehenden Gesprächen, Treffen, Veranstaltungen etc. sowie am damit im Zusammenhang stehenden Brief-, Fax- und E-Mail-Verkehr jedoch nicht teilgenommen hat. 1446 Zu beachten ist, dass die mangelhafte Umsetzung einer Abrede durch einzelne Unternehmen bei der Bewertung der Schwere des Wettbewerbsverstosses zu berücksichtigen ist. 1447

1444 Die Toller hat wiederholt umfangreiche Stellungnahmen eingereicht, in denen sie bestimmte KG-Verstösse eingestanden hat; s.a. Act. n° [...]. Für die Oberholzer s. Act. n° [...]. 1445 Act. n° [...]. 1446 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 1259), Art. 49a N 89. 1447 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 1259), Art. 49a N 89.

380

1403. Vorliegend hat keines der acht Unternehmen eine derartige passive Rolle eingenommen. Insbesondere ist bewiesen, dass alle acht Unternehmen bis zum Ende der Zusammenarbeit Mitte 2009 an den MA-Sitzungen teilgenommen, sich an der Interessensabklärung beteiligt haben und am diesbezüglichen E-Mail-Verkehr partizipiert haben (siehe oben Rz 378 ff., 534 ff., 593 ff., 671 ff.). In Bezug auf das Verhalten der De Zanet, der Hagedorn, der Oberholzer, der Implenia, der Walo sowie der Reichmuth konnten Projekte aus dem Zeitraum von 2004 bis Mitte 2009 identifiziert werden, bezüglich derer diese Unternehmen Schutz erhalten haben (siehe oben Rz 747 ff.). Dies gilt nur nicht für die Toller und die Bernet Bau. Im Hinblick auf diese zwei Unternehmen konnten «nur» Projekte aus dem Zeitraum von 2004 bis Ende 2008 identifiziert werden, bezüglich derer diese Unternehmen Schutz erhalten haben (siehe oben Rz 747 ff.). Dies ist aber irrelevant, da diese beiden Unternehmen nicht gänzlich passiv handelten und sich bis Mitte 2009 am MA-System beteiligten (siehe oben Rz 514, 533, 534 ff.) und zudem nicht erkennbar ist, dass sie sich von dem MA-System distanzieren. Kommt insbesondere hinzu, dass sie – wie alle anderen der acht Unternehmen auch – im Rahmen des EO-Systems weitere Projekte meldeten und so am Schutz des EO-Systems bis zu dessen Einstellung profitierten (siehe oben Rz 919 ff., 988 ff., 1031 ff.). 1404. Die reduzierte

Umsetzung der Gesamtabrede durch die Unternehmen Oberholzer, Reichmuth, Toller und Bernet Bau wurde bereits bei der Beurteilung der Schwere des KG-Verstosses berücksichtigt (siehe dazu Rz 1373 f.). Der Sanktionsbetrag ist damit nicht nach Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG zu mildern. B.1.6.3.5 Selbstanzeige – vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion 1405. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses aufgeführt sind. a. Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion 1406. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder a. Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation) oder b. Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein Sanktionserlass von 100 % kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben. 1448 1407. Ein Erlass der Sanktion setzt in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG). 1408. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass c. es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat (Bst. a); d. es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt (Bst. b);

1448 So bereits RPW 2009/3, 219 Rz 153 m.w.H., Elektroinstallationsbetriebe Bern.

381

a. seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist (Bst. c); und b. es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt (Bst. d). 1409. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. b. Subsumtion und Ergebnis (i) Implenia 1410. Die Implenia hat als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht und Beweismittel vorgelegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglicht haben, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen. Denn sie hat insbesondere eine Reihe von MA-Listen sowie EO-Listen, Einladungs- und Absage-E-Mails sowie die MA-Programme eingereicht und diese erläutert. Darüber hinaus hat sie durch ihre mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige insbesondere zum Nachweis des Zwecks und der Funktionsweise des MA- und des EO-Systems sowie des Umstands, dass sie selbst sowie weitere Unternehmen an Einzelsubmissionsabreden beteiligt waren, beigetragen (siehe insbesondere oben Rz 604 ff., 929 ff.). 1411. Es liegt auch kein Grund für den Ausschluss des Erlasses der Sanktion nach Art. 8 Abs. 2 Bst. a KG vor. Denn die Implenia hat weder die Toller oder ein sonstiges

Unternehmen zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen (siehe oben Rz 1390). Die Implenia hatte auch keine anstiftende oder führende Rolle, da sie bei der Führung der EO-Listen lediglich eine administrative Rolle einnahm (siehe dazu insbesondere oben Rz 915 ff.), welche sie im Namen und Interesse aller acht Unternehmen wahrnahm. 1412. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Denn die Implenia hat unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend die Abreden vorgelegt und diese durch ihre Angaben erläutert und präzisiert sowie ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden zusammengearbeitet. Die Implenia stellte ihre Abredetätigkeit bereits vor Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Implenia die Sanktion zu erlassen. (ii) Walo 1413. Da die Walo als zweites Unternehmen Beweismittel vorgelegt hat, welche es den Wettbewerbsbehörden ermöglichten, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen, kommt für sie lediglich eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 SVKG in Betracht (vgl. Rz 1409). 1414. Nach Art. 12 Abs. 1 SVKG ist für eine Reduktion der Sanktion erforderlich, dass eine Partei an einem Verfahren unaufgefordert mitwirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. 1415. Diese Voraussetzungen sind für die Walo erfüllt, denn auch sie hat unaufgefordert belastende Ausführungen gemacht und Dokumente eingereicht. Auch hat sie die Mitwirkung an der Zusammenarbeit vor der Eröffnung der Untersuchung eingestellt. 1416. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG richtet sich die Höhe der Reduktion massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenserfolg liefert. Dabei gilt, dass die Bedeutung eines möglichen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren naturgemäss abnehmen wird.

382

1417. Bei der Würdigung der Mitwirkung der Walo ist nicht unerwähnt zu lassen, dass die Walo in ihrer Selbstanzeige zunächst weder das MA- noch das EO-System beschrieb, sondern nur einzelne Submissionsabreden eingestand. 1449 Erst nachdem das Sekretariat der Walo einen Fragebogen betreffend die regelmässigen Sitzungen zugestellt hat, erläuterte die Walo die beiden Zuteilungssysteme. 1450 Bezüglich des MA-Systems führte sie später indes aus, dass es zu weit ginge, zu sagen, dass ein «Plan» bestanden habe, sich hinsichtlich der im Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Strassen- und Tiefbauprojekte – wenn möglich – zu koordinieren. Hinsichtlich des EO-Systems führte sie sodann aus, dass es zwar die «Meinung» gab, dass das zweite Unternehmen eine höhere Offerte eingeben musste. Dass es hierzu aber keine Pflicht oder Zwang gegeben habe. 1451 Auch hat sie die Beteiligung an einzelnen Submissionsabreden nur bis zum 29. August 2008 eingestanden, 1452 obwohl das Beweisergebnis ergeben hat, dass die Walo bei Einzelsubmissionsabreden auch noch im Jahr 2009 als schutznehmendes Unternehmen bestimmt wurde und auch sonst an Koordinierungen beteiligt war (siehe oben Rz 702). 1418. Auf der anderen Seite kann der Walo zugutegehalten werden, dass sie durch ihre konkreten Erläuterungen zur Funktionsweise des MA- und des EO-Systems gleichwohl entscheidend zum Nachweis der MA- und der EO-Systemabrede beigetragen hat. So hat die Walo insbesondere erläutert, dass jede Geltendmachung eines Interesses im Rahmen des MA-Systems den Wunsch nach Stützofferten implizierte (siehe dazu oben Rz 611, 626, 646). Auch geht aus ihren Äusserungen hervor, dass hinsichtlich jedes aktuell werdenden MAL-Projekts letztlich eine Interessensabklärung durchgeführt wurde (siehe oben Rz 347). Daraus ist zwingend zu folgern, dass das MA-System auf die Zuteilung von

MAL-Projekten gerichtet war. Die Relativierung des Zwecks des EO-Systems, es habe «nur» die «Meinung» gegeben, dass Eigenofferten zu schützen seien, war ausserdem irrelevant, da selbst daraus zu folgern ist, dass die Unternehmen die Eigenofferten im Vertrauen darauf, dass dann die Eigenofferten geschützt wurden, für die EO-Listen meldeten (siehe dazu Rz 934, 949). Insgesamt sind daher die Relativierungen durch die Walo als nicht bedeutsam anzusehen, es ist vielmehr positiv zu werten, dass sie die Angaben der Implenia – ohne Kenntnis des Inhalts der Selbstanzeige der Implenia – letztlich bestätigt hat und damit zum Nachweis der Wettbewerbsbeschränkungen in bedeutsamen Masse beigetragen hat. Die Sanktion der Walo ist damit gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG um 45 % zu reduzieren. B.1.6.3.6 Verhältnismässigkeitsprüfung 1419. Eine Sanktion muss als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein. Dieses Kriterium wird regelmässig schwer zu beurteilen sowie in Relation zur Risikobereitschaft und Anlagestrategie einer Unternehmung zu setzen sein, weshalb es nur bei drohenden Marktaustritten Berücksichtigung finden kann. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht. Der Sanktionsbetrag muss zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen. Gleichzeitig ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes grundsätzlich im Minimum die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.¹⁴⁵³

1449 Vgl. Act. n° [...]. 1450 Siehe Act. n° [...]. 1451 Act. n° [...]. 1452 Act. n° [...]. 1453 Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., Elektroinstallationsbetriebe Bern. Siehe des Weiteren auch RPW 2010/4, 765 Rz 432, Baubeschläge (Entscheid noch nicht rechtskräftig); RPW 2013/2, 142 Rz 332, Abrede im Speditionsbereich.

383

1420. [...].¹⁴⁵⁴ [...]1455 [...]. Die Prüfung dieser Unterlagen ergab Folgendes: 1421. [...]. 1422. [...]. 1423. [...]. B.1.6.3.7 Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG 1424. Die Sanktionierung ist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr rausgeübt worden ist. 1425. Die WEKO hat festgehalten, dass bei Sanktionen gemäss Art. 49a KG nebst der in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG statuierten Frist keine eigentliche Verfolgungsverjährungsfrist besteht. Wurde also hinsichtlich eines abgeschlossenen KG-Verstosses innerhalb von fünf Jahren seit Einstellung des kartellrechtswidrigen Verhaltens eine Untersuchung eröffnet, so kann der KG-Verstoss nicht mehr «verjähren».¹⁴⁵⁶ 1426. Wird vor Ablauf der fünfjährigen Frist des Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG eine Untersuchung eröffnet, so ist die gesamte Dauer des Kartells miteinzubeziehen. Damit ist das Verhalten der Teilnehmer an einem Dauerverstoss, welches innerhalb von fünf Jahren seit Einstellung des kartellrechtswidrigen Verhaltens bewiesen ist, nicht isoliert von dem Verhalten zu bewerten, welches sich über fünf Jahre vor der Eröffnung der Untersuchung zugetragen hat. Denn es wäre «gekünstelt», ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten quasi zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen¹⁴⁵⁷. Die einzelnen Akte eines Dauerverstosses werden also durch die Dauerabrede «verklammert». 1427. Hieraus folgt insbesondere, dass bei einer Dauerabrede, deren Auswirkungen innerhalb der Fünfjahresfrist nicht gleichermassen schwerwiegend sind wie diejenigen, die sich über fünf Jahre vor der Untersuchungseröffnung zugetragen haben, eine separate Betrachtung nicht vorgenommen werden darf. Es kommt lediglich darauf an, dass der Dauerverstoss als

Ganzes sanktionierbar ist und dass er sich teilweise auch innerhalb der Fünfjahresfrist ereignet hat. 1428. Bisher ungeklärt ist, ob die Vorschrift «unternehmensbezogen» oder «tatbezogen» verstanden werden muss. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob die Sanktionierung eines Unternehmens ausgeschlossen ist, wenn die Untersuchungseröffnung gegenüber diesem Unternehmen über fünf Jahre nach der Einstellung des KG-Verstosses durch dieses Unternehmen erfolgte, oder ob eine Sanktionierung eines Unternehmens nur ausgeschlossen ist, wenn die erste Untersuchungseröffnung bezüglich eines eingestellten KG-Verstosses – gegenüber irgendeinem tatbeteiligten Unternehmen – über fünf Jahre nach Einstellung der Wettbewerbsbeschränkung erfolgte. Der Wortlaut spricht für Letzteres. Denn Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist tatbezogen formuliert («Die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung...»). Kommt hinzu, dass Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG seinem Sinn und Zweck nach eine vertrauensschützende Norm ist. Voraussetzung für ihr Eingreifen ist damit, dass das Vertrauen des zu sanktionierenden Unternehmens schutzwürdig ist. Dies ist indes dann nicht mehr der Fall, wenn die Wettbewerbsbehörden eine Untersuchung hinsichtlich eines KG-Verstosses eröffnet haben, das Unternehmen davon über die Publikation im SHAB erfahren hat und das Unternehmen selbst weiss, dass es an dem den Untersuchungsgegenstand bildenden KG-Verstoss

1454 Act. n° [...]. 1455 Act. n° [...]. 1456 Vgl. RPW 2013/4, 632 Rz 1012 f., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 1457 Vgl. RPW 2015/2, 225 Rz 193, Tunnelreinigung; allerdings nicht in Bezug auf Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG.

384

beteiligt war. Wie Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG diesbezüglich verstanden werden muss, kann vorliegend allerdings dahin stehen, da in casu die Untersuchungseröffnung gegenüber allen acht Unternehmen weniger als fünf Jahre nach der Einstellung des Dauerverstosses Mitte 2009 – nämlich am 15. April 2013 (gegenüber der De Zanet, der Hagedorn, der Oberholzer, der Im- plenia, der Walo und der Bernet Bau) bzw. am 21. Oktober 2013 (gegenüber der Reichmuth und der Toller) – erfolgte. 1429. Nach alledem ist eine Sanktionierung der zwischen 2002 und Mitte 2009 bestehenden und dauerhaft wirkenden Gesamtabrede über die Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbau- projekten im Untersuchungsgebiet nicht nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, da die Eröffnung der betreffenden Untersuchung gegenüber allen acht Unternehmen weniger als fünf Jahre nach Einstellung des KG-Verstosses erfolgte und ein Dauerverstoss vorliegt (siehe oben Rz 1203). Somit kann die Gesamtabrede für die gesamte Dauer des Kartells – vorbehaltlich des Rückwirkungsverbots – sanktioniert werden. 1430. In ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats haben die Bernet Bau, die Hagedorn, die Oberholzer, die Reichmuth-Gesellschaften sowie die Toller eine andere Rechtsauffassung geäussert. Gemäss diesen Verfahrensparteien sei es rechtlich unzulässig, Einzelsubmissionsabreden zu einer Dauerabrede «zu bündeln». Des Weiteren bestehe eine Verfolgungsverjährungsfrist. 1431. Diese Einwände überzeugen nicht. Denn wie bereits ausgeführt, besteht nach dem Kartellgesetz und der entsprechenden Praxis der Wettbewerbsbehörden keine Verfolgungsverjährungsfrist. Dieses Resultat wird durch die aktuelle Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts gestützt. Denn würden wettbewerbsrechtliche Sachverhalte einer Verfolgungsverjährung unterliegen, müssten die Gerichte entweder die vierjährige Verfolgungsverjährungsfrist des VStrR oder die dreijährige Verfolgungsverjährungsfrist des StGB von Amtes wegen berücksichtigen. Die Gerichte tun dies jedoch nicht. Bei Kartellverfahren, insbesondere

Anteils bestimmt sich nach dem Anteil der Zeit, in der die Bernet Bau AG von der Hagedorn AG kontrolliert wurde, an der Zeit, in welcher das Unternehmen Bernet Bau sanktionierbar gegen das KG verstossen hat. Der Wettbewerbsverstoss der Bernet Bau dauerte im sanktionierbaren Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 11. Juni 2009 und damit etwa 62 Monate. Während etwa 48 Monaten (vom 1. April 2004 bis zum 6. Dezember 2008) kontrollierte die Hagedorn AG die Bernet Bau AG. Damit hat die Hagedorn 77 % der Sanktion der Bernet Bau – was CHF [...] entspricht – gemeinsam mit der Bernet Bau AG zu tragen. B.1.6.4 Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten 1436. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Gesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt. Die für die Untersuchung relevanten Papierdokumente wurden in Kopie, die elektronischen Daten in Form von elektronischen Berichten oder Papiausdrucken in die amtlichen Akten übernommen. Mit Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung gegenüber allen Parteien kann ausgeschlossen werden, dass noch auf die Original-Papierdokumente bzw. die kopierten oder gespiegelten elektronischen Daten zurückgegriffen werden muss. Dementsprechend sind nach Eintritt der Rechtskraft gegenüber allen Parteien die Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben und die gespiegelten oder kopierten elektronischen Daten zu löschen.

387

C Kosten 1437. Nach Art. 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung KG (GebV-KG) 1462 ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. 1438. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend wurden unzulässige Abreden den acht Unternehmen nachgewiesen. Es ist daher eine Gebührenpflicht zu bejahen. 1439. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100–400. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 1440. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so können grundsätzlich alle am Kartell beteiligten Unternehmen gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens gelten. Entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, welche in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen, eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits- aber auch Praktikabilitätsabwägungen stehen dabei im Vordergrund. 1463 Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einem Kartell beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in vorliegender Untersuchung bei der Pro-Kopf-Verlegung das Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG als «ein Kopf» zu zählen, unabhängig davon, wie viele Unternehmensträgerinnen das Unternehmen hat. Daher werden die Verfahrenskosten durch die Anzahl der im Verfahren involvierten Unternehmen dividiert und den Unternehmen zu gleichen Teilen auferlegt. 1441. Die vorliegende Untersuchung wurde am 15. April 2013 eröffnet und am 21. Oktober 2013 auf zwei weitere beteiligte Unternehmen (Reichmuth und Toller) ausgedehnt. In einem anderen Verfahren über unzulässige Einzelsubmissionsabreden wurde bei Ausdehnung der Untersuchung auf weitere Beteiligte Unternehmen zwei Zeiträume unterschieden und die

Verfahrenskosten den erst später in die Untersuchung einbezogenen Unternehmen erst ab dem Zeitpunkt der Eröffnung gegen diese Unternehmen belastet.¹⁴⁶⁴ Im vorliegenden Verfahren wurde eine Gesamtabrede untersucht, an welcher die acht Unternehmen gleichmässig zwischen 2002 und Mitte 2009 beteiligt waren (vgl. A.5.5 zusammenfassendes Beweisergebnis). Die Massnahmen der Wettbewerbsbehörde, welche vor dem 22. Oktober 2013, durchgeführt wurden, dienten die Abklärung der Gesamtabrede, an welcher auch Reichmuth und Toller zwischen 2002 und 2009 beteiligt waren. Darum sind Reichmuth und Toller auch als Mitverursacher des kartellrechtlichen Verfahrens – und zwar ab dem 15. April 2013 – zu betrachten. ¹⁴⁴². Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz CHF 130–290. Die gesamten Verfahrenskosten betragen CHF 977'567. Die Zusammensetzung und Aufteilung dieses Betrags ergeben sich aus den nachfolgenden Erwägungen:

1462 Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV- KG; SR 251.2). ¹⁴⁶³ Siehe zur Regelung der Kosten RPW 2010/4, 772 f. Rz 480 ff., Baubeschlüsse für Fenster und Türen; RPW 2009/3, 221 Rz 174, Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2012/2, 421 Rz 1196 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2013/4, 646 Rz 1041 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. ¹⁴⁶⁴ Siehe RPW 2012/2, 422 Rz 1200 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

388

¹⁴⁴³. Der Zeitaufwand der Untersuchung beläuft sich auf 5270 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach folgenden Stundenansätzen verrechnet - 1'328.67 Stunden zu CHF 130 CHF, ergebend CHF 172'727 - 3'757.24 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 751'448 - 184.11 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 53'392 ¹⁴⁴⁴. Die Oberholzer beantragt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats, keine Gebühren zu erheben für die Erstellung des Antrags, soweit sich dieser auf den Prüfungspunkt «Verfügungsadressaten» beziehe. Die dortigen Ausführungen seien rein «akademisch» und für das Verfahren nicht von Bedeutung. Dieser Antrag wird abgelehnt, da mit den entsprechenden Passagen (siehe oben Rz 1128 ff.) bislang ungeklärte Rechtsfragen grundlegend geklärt werden sollen und diese Ausführungen schon deshalb notwendig sein. Kommt hinzu, dass die Ausführungen in Bezug auf einzelne Untersuchungsadressaten (z. B. in Bezug auf die Reichmuth-Gesellschaften, die ANOBA Holding AG) für die Entscheidung massgebend sind. ¹⁴⁴⁵. In die Untersuchung waren acht Unternehmen involviert (siehe oben Rz 1089).¹⁴⁶⁵. Die Verfahrenskosten von CHF 977567 sind grundsätzlich durch die Anzahl der Unternehmen zu teilen, weil diese Unternehmen die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung gleichermaßen verursacht haben (siehe auch oben Rz 1441). ¹⁴⁴⁶. Allerdings ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die De Zanet, die Walo und die Bernet Bau eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben. Durch den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung wird der Verfahrensaufwand in der Regel erheblich reduziert. Da vorliegend aber fünf Unternehmen keine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben, musste das Verfahren hinsichtlich eines einheitlichen Wettbewerbsverstosses mit hohem Aufwand fortgeführt werden. Nach der Erfahrung der Wettbewerbsbehörden ist anzunehmen, dass die drei Parteien der einvernehmlichen Regelung nur 20 % der Verfahrenskosten verursacht haben, welche nach dem Abschluss der einvernehmlichen Regelung nach dem 19. Juni 2015 angefallen sind.¹⁴⁶⁶ Die übrigen

fünf Unternehmen haben für diesen Zeitraum hingegen 80 % der Verfahrenskosten verursacht. Die WEKO hat entschieden, dass die Parteien, welche eine EVR abgeschlossen haben, jeweils 1/3 von 20 % der nach dem Abschluss der einvernehmlichen Regelung verursachten Verfahrenskosten tragen. Die übrigen fünf Parteien tragen jeweils 1/5 von 80 % der nach dem Abschluss der einvernehmlichen Regelung verursachten Verfahrenskosten. Von den Verfahrenskosten, welche vor dem Abschluss der einvernehmlichen Regelung verursacht wurden, tragen die acht Unternehmen jeweils 1/8. Bis zum 19. Juni 2015 sind Verfahrenskosten in Höhe von CHF 699'073 angefallen. Bis zum 5. September 2016 sind weitere Kosten in Höhe von CHF 278'494 entstanden. 1447. Damit tragen die De Zanet, die Walo und die Bernet Bau jeweils einen Kostenanteil von CHF 105'950, da sie eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben. Die übrigen fünf Unternehmen, die Hagedorn, die Oberholzer, die Implenia, die Reichmuth und die Toller, tragen jeweils einen Kostenanteil von CHF 131'943. Welche Gesellschaften für das Verhalten des Unternehmens in casu herangezogen werden, ergibt sich aus Rz 1345. In Bezug auf den Kostenanteil des Unternehmens Bernet Bau muss die Hagedorn AG zusätzlich zu ihrem Kostenanteil 77 % des Kostenanteils der Bernet Bau – und damit CHF 81'582 – gemeinsam mit der Bernet Bau AG tragen (siehe dazu oben Rz 1435).

1465 De Zanet, Hagedorn, Oberholzer, Implenia, Walo, Reichmuth, Toller und Bernet Bau.

1466 Die De Zanet hatte zu diesem Zeitpunkt bereits ihr Interesse bekundet.

389

1448. Die durchgeführte Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. oben, Rz 1419 ff.) zeigte, [...]. Vor diesem Hintergrund wird gemäss Art. 1a GebV-KG i. V. m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a und Art. 13 AllgGebV darauf verzichtet, De Zanet Verfahrenskosten aufzuerlegen. 1449. Die Bernet Bau führt in ihrer Stellungnahme zum Antrag aus, die Gebühr stelle wegen ihrer Höhe quasi eine zweite Sanktion dar und sei deshalb herabzusetzen. Dieser Einwand überzeugt nicht, da die Sanktion und die Gebühr auf unterschiedlichen Rechtsgründen basieren. Mit der Gebührenerhebung erfolgt keine Sanktionierung, sondern es wird lediglich berücksichtigt, dass die Bernet Bau zusammen mit den anderen sieben Unternehmen ein behördliches Verfahren verursacht haben, an dessen Ende die Verfahrensparteien unterliegen. Die Kosten hierfür haben nach der gesetzlichen Konzeption die unterliegenden Verfahrensparteien zu tragen (siehe oben Rz 1437 f.). Sanktionierung und Gebührenpflicht stellen damit unabhängige Institute dar. Es gibt keine rechtliche Handhabe, eine Gebühr nur deshalb zu reduzieren, weil sie ähnlich hoch ist wie eine Sanktionszahlung.

390

D Ergebnis 1450. Zusammenfassend kommt die Wettbewerbskommission gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis: 1451. Die zwischen der De Zanet, der Hagedorn, der Oberholzer, der Implenia, der Walo, der Reichmuth, der Toller und der Bernet Bau getroffene Vereinbarung über die Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Gebiet der Bezirke See-Gaster, March und Höfe im Rahmen des MA-Systems sowie des EO-Systems stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, welche als zwischen 2002 und Mitte 2009 bestehende und wirkende Dauerabrede zu qualifizieren ist (vgl. Rz 1190 ff.). Es handelt sich hierbei um eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG (vgl. Rz 1217 ff.). In Umsetzung dieser Gesamtabrede haben die acht Unternehmen

wiederholt in unterschiedlichen Konstellationen betreffend konkrete Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet Abreden über die Zuteilung des Einzelprojekts sowie über die Höhe der Eingabesummen getroffen («Einzelsubmissionsabreden»). 1452. Ob die durch Art. 5 Abs. 3 KG statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann (siehe dazu Rz 1223 ff.), kann vorliegend dahin stehen, da die Gesamtabrede den Wettbewerb auf dem Markt für Strassen- und Tiefbauleistungen im Gebiet der Bezirke See-Gaster, March und Höfe jedenfalls erheblich beeinträchtigen (vgl. Rz 1266 ff). Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. Rz 1305 ff.). Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG. 1453. Die WEKO genehmigt die zwischen der De Zanet, der Walo bzw. der Bernet Bau einer- seits und dem Sekretariat andererseits geschlossenen einvernehmlichen Regelungen gemäss Art. 29 Abs. 2 KG. Mit den einvernehmlichen Regelungen verpflichten sich die drei Unterneh- men zu einem Verhalten, welches ein Zuteilungssystem sowie Einzelsubmissionsabreden ausschliesst (siehe dazu Rz 1315 ff.). 1454. Die Unternehmen Hagedorn, Oberholzer, Implenia, Reichmuth und Toller werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflicht- tet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche ein Zuteilungssystem und Einzelsubmissionsab- reden ermöglichen (siehe dazu Rz 1324 ff.). 1455. Die in Rz 1089 genannten Unternehmen waren an den unzulässigen Wettbewerbsabre- den beteiligt. Sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 1334 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und - mildernden Faktoren ist eine Belastung mit folgenden Beträgen angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 1433 f.): De Zanet CHF [...], Hagedorn CHF [2.3–2.5 Mio.], Ober- holzer CHF [0.3–0.5 Mio.], Implenia CHF 0, Walo CHF [0.2–0.4 Mio.], Reichmuth CHF [0.7– 0.9 Mio.], Toller CHF [0.4–0.6 Mio.], Bernet Bau CHF [0.1–0.3 Mio.]. 1456. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die in Rz 1451 genannten acht Unterneh- men die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Rz 1437 ff.). 1457. Welche juristischen Personen als Adressaten der Massnahmen sowie für die Beglei- chung der Verfahrenskosten ins Recht gefasst werden, ergibt sich aus Rz 1345 f. Gegenüber der ANOBA Holding AG, ist das Verfahren einzustellen.

391

E Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbs- kommission: 1. Hagedorn AG, OBERHOLZER Bauleistungen AG, OBERHOLZER Immobilien AG, Im- plenia Schweiz AG, Gebr. P. und J. Reichmuth AG, Reichmuth Bauunternehmung AG, und Toller Unternehmungen AG 1.1 wird untersagt, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Stras- sen- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Of- ferteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten; 1.2 wird untersagt, sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, so- fern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutau- schen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer; 1.3 werden verpflichtet, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit von ihr erbrachten Strassen- und Tiefbauleistungen gegenüber dem Auftrag- geber offenzulegen. Hierzu sind spätestens Im

Zeitpunkt der Offerteingabe die Namen der Firmen, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mitwirken sollen, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bei der einem einzelnen Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprechpartnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem Auftraggeber auftritt. 2. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen und Bernet Bau AG mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 19. Juni 2015 (im Fall der Walo Bertschinger AG und der Bernet Bau AG) bzw. vom 10. September 2015 (im Fall der De Zanet AG): 2.1 Die [De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen, Bernet Bau AG] verpflichtet sich, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen noch derartiges anzubieten. 2.2 Die [De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen, Bernet Bau AG] verpflichtet sich, sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist - oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung - nicht über Offertpreise, Preislemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen. 2.3 Von den Verpflichtungen ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind. 2.4 Die [De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen, Bernet Bau AG] verpflichtet sich, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit von ihr erbrachten Strassen- und Tiefbauleistungen gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens Im Zeitpunkt der Offerteingabe die Namen der

392

Firmen, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mitwirken, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bei der einem einzelnen Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprechpartnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem Auftraggeber auftritt. 3. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Gesamtabrede mit folgenden Beträgen belastet werden: 3.1 De Zanet AG mit einem Betrag von CHF [...]. 3.2 Hagedorn AG mit einem Betrag von CHF [2.3–2.5 Mio.] sowie zusätzlich, unter solidarischer Haftung gemeinsam mit Bernet Bau AG, mit einem Betrag von [77 % des Sanktionsbetrags der Bernet Bau AG]. 3.3 OBERHOLZER Bauleistungen AG sowie OBERHOLZER Immobilien AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF [0.3–0.5 Mio.]. 3.4 Implenia Schweiz AG mit einem Betrag von CHF 0. 3.5 Walo Bertschinger AG St. Gallen mit einem Betrag von CHF [0.2–0.4 Mio.]. 3.6 Gebr. P. und J. Reichmuth AG und Reichmuth Bauunternehmung AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF [0.7–0.9 Mio.]. 3.7 Toller Unternehmungen AG mit einem Betrag von CHF [0.4–0.6 Mio.]. 3.8 Bernet Bau AG gesamthaft mit einem Betrag von CHF [0.1–0.3 Mio.] wobei sie davon [77 % ihres Sanktionsbetrags] unter solidarischer Haftung mit der Hagedorn AG trägt. 4. Gegenüber der ANOBA Holding AG wird die Untersuchung eingestellt. 5. Der Antrag der Hagedorn AG auf Entfernung aller anlässlich der Hausdurchsuchung am 16. April 2013 bei der Hagedorn AG in der Industriestrasse 4, 8808 Pfäffikon, beschlagnahmten Unterlagen aus den Verfahrensakten wird abgewiesen. 6. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller

Unternehmungen AG auf Einsicht in die zur Eröffnung der Untersuchung führenden ökonomische Studie der Offertöffnungsprotokolle der Strassen- und Tiefbauarbeiten, welche vom Kanton St. Gallen von 2004 bis 2010 vergeben worden sind, werden abgewiesen. 7. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller Unternehmungen AG auf weitere Erläuterung der statistischen Analysen und Zurverfügungstellung weiterer Codierungen betreffend die statistische Analyse werden abgewiesen. 8. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller Unternehmungen AG auf Anpassung der statistischen Analyse des Sekretariats an das Vorbringen des Parteigutachtens werden abgewiesen. 9. Der Antrag der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG und der OBERHOLZER Immobilien AG auf weitere Untersuchung der Auswirkungen der Submissionsabreden im Untersuchungsgebiet mittels Vergleich von Kostenvoranschlägen der Vergabestelle mit den Vergabesummen des jeweiligen Zuschlagempängers wird abgewiesen.

393

10. Der Antrag der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG und der OBERHOLZER Immobilien AG auf weitere Untersuchung der Auswirkungen der Submissionsabreden im Untersuchungsgebiet mittels Zeugenbefragung von Herrn [...], alt [...], wird abgewiesen. 11. Der Antrag der Toller Unternehmungen AG auf vollständige Offenlegung der internen Listen der Hagedorn AG betreffend das Offertverhalten der Hagedorn AG bei Strassen- und Tiefbausubmissionen wird abgewiesen. 12. Der Antrag der Toller Unternehmungen AG, es sei offenzulegen, welchen Unternehmen die in Tabelle 12 des Antrags des Sekretariats vom 20. Januar 2016 aufgeführten Ziffern zuzuordnen sind, wird abgewiesen. 13. Der Antrag der Toller Unternehmungen AG, sie sei erneut anzuhören, wenn die WEKO von den Angaben der Toller Unternehmungen AG zum Umsatz, auf dessen Grundlage die Sanktionierung der Toller Unternehmungen AG erfolgen soll, zu ihren Ungunsten abweichen sollte, wird abgewiesen. 14. Der Antrag der Toller Unternehmungen AG, die Sanktionshöhen, welche im Antrag des Sekretariats vom 20. Januar 2016 für die anderen Unternehmen beantragt wurden, seien mittels der Offenlegung der Umsatzzahlen der anderen Unternehmen oder von entsprechenden Bandbreiten weiter zu plausibilisieren, wird abgewiesen. 15. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller Unternehmungen AG, die Sanktionshöhe, welche im Antrag des Sekretariats vom 20. Januar 2016 für die De Zanet AG beantragt wurde, sei über die bereits erfolgten Erläuterungen hinaus weiter zu plausibilisieren, werden abgewiesen. 16. Die Verfahrenskosten betragen CHF 977'567 und werden folgendermassen auferlegt: 16.1 De Zanet AG trägt CHF 0. 16.2 Hagedorn AG trägt CHF 131'943, wobei sie zusätzlich zu ihrem Kostenanteil CHF 81'582 unter solidarischer Haftung mit der Bernet Bau AG zu tragen hat. 16.3 OBERHOLZER Bauleistungen AG sowie OBERHOLZER Immobilien AG tragen unter solidarischer Haftung CHF 131'943. 16.4 Implenia Schweiz AG trägt CHF 131'943. 16.5 Walo Bertschinger AG St. Gallen trägt CHF 105'950. 16.6 Gebr. P. und J. Reichmuth AG und Reichmuth Bauunternehmung AG tragen unter solidarischer Haftung CHF 131'943. 16.7 Toller Unternehmungen AG trägt CHF 131'943. 16.8 Bernet Bau AG trägt insgesamt CHF 105'950, wobei sie davon CHF 81'582 unter solidarischer Haftung mit Hagedorn AG trägt. 17. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung

gegenüber allen Untersuchungs- adressatinnen werden die beschlagnahmten Original-Papierdokumente der jeweils be- rechtigten Person zurückgegeben und werden die beim Sekretariat vorhandenen, ko- pierten oder gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.

18. Die Verfügung ist zu eröffnen: - ANOBA Holding AG, Tunnelstrasse 5, 8732 Neuhaus, 394

- OBERHOLZER Bauleistungen AG, Tunnelstrasse 5, 8732 Neuhaus, - OBERHOLZER Immobilien AG, Tunnelstrasse 5, 8732 Neuhaus, alle drei vertreten durch: RA Dr. Michael Tschudin, Wenger & Vieli AG, Dufourstrasse 56, 8034 Zürich; - Bernet Bau AG, Gewerbestrasse, 8737 Gommiswald, vertreten durch: RA Dr. Gion Giger, Walder Wyss AG, Postfach 1236, 8034 Zü- rich; - De Zanet AG, Wilenstrasse 1, 8722 Kaltbrunn, vertreten durch: RA Bernhard Rüdy, Goldschmiedstrasse 10, 8102 Oberengst- ringen; - Hagedorn AG, Rainstrasse 4, 8706 Meilen, vertreten durch: RA Dr. Franz Hoffet, RA Martin Thomann, Homburger AG, Prime Tower, Hardstrasse 201, 8005 Zürich; - Implenia Schweiz AG, Industriestrasse 24, 8305 Dietlikon, vertreten durch: RA Dr. Marcel Meinhardt, RA Dr. Frank Bremer, Lenz & Staehelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich; - Gebr. P. und J. Reichmuth AG, Schwerzistrasse 22, 8807 Freienbach, - Reichmuth Bauunternehmung AG, Schwerzistrasse 22, 8807 Freienbach, beide vertreten durch: RA Prof. Dr. Patrick L. Krauskopf, AGON Partners, Wie- senstrasse 17, 8008 Zürich; - Toller Unternehmungen AG, Speerstrasse 15, 8640 Rapperswil, vertreten durch: RA Marquard Christen, CMS von Erlach Poncet AG, Dreikö- nigstrasse 7, 8022 Zürich; - Walo Bertschinger AG St. Gallen, Sandrainstrasse 8, 9010 St. Gallen, vertreten durch: RA Dr. Mani Reinert, Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich.

Wettbewerbskommission = Prof. Dr. Vincent Martenet Dr. Rafael Corazza Präsident
Direktor

395

Rechtsmittelbelehrung: Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsge- richt, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.

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