

WEKO hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-i-verfuegung-der-kammer-fuer-teilverfuegung-vom 10. Juli 2017

WEKO, 2017-07-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-i-verfuegung-der-kammer-fuer-teilverfuegung

FR: WEKO hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-i-verfuegung-der-kammer-fuer-teilverfuegung du 10 juillet 2017

IT: WEKO hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-i-verfuegung-der-kammer-fuer-teilverfuegung del 10 luglio 2017

Erwägungen

E. 14

Die vorliegende Verfügung der Kammer für Teilverfügungen der WEKO behandelt zum einen das Begehren der [...], dass das Verfahren gegen sie einzustellen sei. Andererseits wird von Amtes wegen geprüft, ob das Verfahren infolge der bisherigen Ermittlungen gegen den Untersuchungsadressaten Marcus Wetzel einzustellen ist.

E. 15

Nicht Gegenstand bildet die Frage, wie die Untersuchung 22-0458: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I gegenüber den übrigen Untersuchungsadressaten abzuschliessen ist.

7 Act. I.271. 8 Act. I.336 und I.393. 9 Act. I.502–I.545. 10 Act. I.502–I.545. 11 Act. I.104 (22-0458). 12 Act. I.117–I.128 (22-0458). 13 Vgl. Act. I.134.

22-00019/COO.2101.111.3.324634 5

B.2 Zuständigkeit

E. 16

Die Einstellung der Untersuchung stellt eine verfahrensabschliessende Anordnung dar. Sie ist daher als Endverfügung zu qualifizieren. Endverfügungen sind von der WEKO zu erlassen (Art. 18 Abs. 3 KG). Dies gilt auch, wenn die Einstellung – wie vorliegend – nur gegenüber einzelnen Untersuchungsadressaten erfolgen soll. Eine abweichende Zuständigkeitsregelung besteht für diesen Fall nicht. Die WEKO ist daher zuständig, die vorliegend beantragten Anordnungen zu erlassen. Innerhalb der WEKO liegt der Entscheid über eine teilweise Einstellung in der Kompetenz der Kammer für Teilverfügungen.¹⁴ B.3 Voraussetzungen der Verfahrenseinstellung B.3.1 Im Allgemeinen

E. 17

Die Voraussetzungen der Verfahrenseinstellung sind im Kartellrecht nicht explizit geregelt. Aus der Natur und dem Zweck kartellrechtlicher Untersuchungen folgt, dass die WEKO eine Untersuchung dann mit einer Einstellungsverfügung abschliesst, wenn das untersuchte Verhalten entweder kartellrechtlich unbedenklich ist oder nach durchgeführten Ermittlungsmassnahmen durch das Sekretariat kein Kartellverstoss nachgewiesen wird oder nachgewiesen werden kann.

E. 18

Zieht das Sekretariat in einem konkreten Fall in Erwägung, der WEKO die Verfahrenseinstellung zu beantragen, ist dem Grundsatz „in dubio pro durore“ Rechnung zu tragen. Im Kontext des Kartellrechts wird damit zum Ausdruck gebracht, dass das Sekretariat in seinem Antrag an die WEKO im Zweifel nicht auf eine Unbedenklichkeit eines Verhaltens oder eine fehlende Beweisbarkeit eines Kartellrechtsverstosses schliessen soll. Als Untersuchungsbehörde (Art. 23 Abs. 1 KG) ist das Sekretariat nicht dazu berufen, über Recht und Unrecht zu befinden. Vielmehr ist es der WEKO überlassen, mit ihrem Entscheid über beweismässige und rechtliche Streitpunkte Klarheit zu schaffen, gerade auch in Zweifelsfällen.¹⁵ B.3.2 In Bezug auf die [...] B.3.2.1 Vorbringen der [...]

E. 19

[...] bringt zur Begründung ihres Antrags auf Verfahrenseinstellung im Wesentlichen vor, dass überhaupt kein genügender Anfangsverdacht gegen sie vorgelegen habe. Auch ihre Antworten vom 13. Juli 2015 auf den Fragebogen des Sekretariats gäben zu keinen kartellrechtlichen Bedenken Anlass. Bei der [...] handle es sich – anders als bei anderen Verfahrenssad-ressaten – nicht um eine Bauunternehmung, sondern um [...]. Mit der besonderen Rolle, welche die [...] einnehme, könne sie gar nicht Beteiligte an einer wie auch immer gearteten Abrede sein. Im Übrigen werde sie sich jeglicher Auferlegung von Verfahrenskosten widerset-zen. B.3.2.2 Kein Nachweis eines wettbewerbswidrigen Verhaltens

E. 20

Das Sekretariat eröffnete die vorliegende Untersuchung im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO am 30. Oktober 2012 gegen die [...]. Bei der [...] handelt es sich um [...], das unter anderem im Unterengadin tätig ist.

14 Art. 19 Abs. 2 Bst. a des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015 (SR 251.1). 15 Vgl. zur ähnlichen Rolle der Untersuchungsbehörden in Straffällen in Bezug auf die Anklageerhebung Urteil des BGer 1B_253/2011 vom 13.7.2011, E. 2.1.

22-00019/COO.2101.111.3.324634 6

E. 21

Der Anfangsverdacht gegen die [...] gründete namentlich in den Angaben eines Informanten. Dieser teilte dem Sekretariat vor der Untersuchungseröffnung mit, dass im Unteren- gadin ein langjähriges, gut organisiertes und bestens vernetztes Kartell der Baubranche be- standen habe. [...].

E. 22

Nach den Angaben des Informanten hätten innerhalb des Kartells sogenannte Berechnungsleiter eine zentrale Rolle wahrgenommen. Diese hätten jeweils anfangs Jahr zu einer Sitzung eingeladen, an welchen die im Baujahr zu erwarteten Bauprojekte unter den Bauunternehmen verteilt worden seien. Zudem hätten die Berechnungsleiter im Laufe des Jahres Vorversammlungen mit Bauunternehmen geleitet. Dabei seien die konkreten Bauprojekte zu- geteilt und die Preise der Bauunternehmen abgesprochen worden. Als Berechnungsleiter seien [A._____] und [B._____] tätig gewesen. [...].

E. 23

Das Sekretariat führte in der Untersuchung 22-0458: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I eine Vielzahl von Einvernahmen mit Parteien, Zeugen und mutmasslich betroffenen Unternehmen durch. Zudem reichten verschiedene Unternehmen Selbstanzeigen ein, die sie durch diverse schriftliche Eingaben und mündliche Aussagen zu Protokoll ergänzten. Darüber hinaus veranlasste das Sekretariat im Rahmen der Untersuchung bei verschiedenen Verfahrensparteien Hausdurchsuchungen. Dabei konnte das Sekretariat eine Vielzahl von Dokumenten in Papierform und in elektronischer Form als Beweismittel sicherstellen.

E. 24

Die Sichtung und Auswertung der anlässlich der Hausdurchsuchungen beschlagnahmten physischen und elektronischen Dokumente wurde im Juli 2015 (vorläufig) abgeschlossen. Die Analyse der Urkunden (Art. 12 Bst. a VwVG) ergab keine Hinweise, dass die [...] in irgendeiner Form in ein Kartell im Unterengadin involviert gewesen ist oder direkte Zahlungen für die Stützung eines Kartells erhielt. Insbesondere liegen dem Sekretariat keine Unterlagen vor, die darauf schliessen lassen, dass die [...] an Vorversammlungen, sonstigen Treffen von Bauunternehmen oder Kommunikationshandlungen in anderer Form (zum Beispiel anlässlich von Telefongesprächen oder per E-Mail) teilgenommen hat, bei denen möglicherweise wettbewerbswidrige Abreden getroffen wurden. Unklar waren lediglich die Bedeutung und der Hintergrund der Bekanntgabe von Interessentenlisten der [...] an Bauunternehmen im Laufe von Submissionsverfahren. Im Vordergrund stand dabei die E-Mail von [B. _____], [...], an [F. _____] der Hew AG Bauunternehmung Chur, vom 13. August 2012.¹⁶ Dabei übermittelte [B. _____], [...], der Hew AG Bauunternehmung Chur eine Interessentenliste für die Ausschreibung des Projekts „6.07.017 KW Tasnan“. Die [...] konnte jedoch in ihren Antworten vom 13. Juli 2015 auf den Fragebogen des Sekretariats vom 19. Juni 2015¹⁷ glaubhaft darlegen, dass die Hew AG Bauunternehmung Chur beim fraglichen Bauprojekt nur an den Belagsarbeiten Interesse bekundete und die [...] um Übermittlung der Interessentenliste ersuchte, um den interessierten Baumeistern eine Offerte für die Belagsarbeiten als Unterakkordantin abgeben zu können. Weiter führte die [...] aus, dass sie zwar in weiteren Fällen vor Ablauf der Eingabefrist Interessentenlisten an Unternehmen abgegeben habe. Dabei habe es sich aber vor allem um Baustoffhersteller und andere Zulieferanten von Bauunternehmen gehandelt. Die [...] bekräftigte, dass sie nie wettbewerbsverzerrende Auskünfte an Dritte erteilt habe. Insbesondere habe sie nie Bauunternehmen die Eingabesummen oder Preiselemente in Offerten anderer Bauunternehmungen vor Ablauf der Eingabefrist bekanntgegeben.

E. 25

Diese Ausführungen der [...] erachtet das Sekretariat als glaubhaft. Hinweise oder Umstände, welche Zweifel daran begründen, sind nicht ersichtlich. Damit ist nach Auffassung des Sekretariats erstellt, dass die Bekanntgabe von Interessentenlisten durch die [...] an Bauun-

16 Act. III.O.047. 17 Act. I.267 und I.268.

22-00019/COO.2101.111.3.324634 7

ternehmen nicht im Zusammenhang mit der Stützung oder Förderung von allfälligen wettbewerbswidrigen Abreden erfolgte. Vielmehr erscheinen diese Handlungen als Ausfluss einer üblichen und zulässigen Tätigkeit eines [...].

E. 26

Auch verschiedene Aussagen von einvernommenen Personen und Selbstanzeigern entlasten die [...]. So äusserte sich etwa [A._____] in der Zeugeneinvernahme vom 31. Oktober 2012, dass die Baumeister, Architekten und Bauherren früher (in den 1920er und 1930er Jahren) noch zusammengearbeitet hätten. [...].¹⁸ Diese Aussagen deuten darauf hin, [...].

E. 27

Weiter gab [C._____] , Foffa Conrad AG, am 18. August 2015 zu Protokoll, dass an den Vorversammlungen in der Regel keine Vertreter der Bauherrschaft teilgenommen hätten.¹⁹ Dies wäre lediglich theoretisch möglich gewesen, um gewisse technische Fragen zu klären oder Fragen bezüglich Termine zu beantworten. Auch [D._____] , Bezzola Denoth AG, sagte am 18. August 2015 aus, dass an den Vorversammlungen nur Vertreter der Bauunternehmen und der jeweilige Sitzungsleiter teilgenommen hätten. Nach seiner Kenntnis seien keine weiteren Personen anwesend gewesen.²⁰ Schliesslich ist zu erwähnen, dass auch aus der Befragung von [B._____] , [...], vom 1. November 2012²¹ keine Hinweise auf kartellrechtswidriges Verhalten resultierten.

E. 28

Im Lichte dieser Beweislage hat sich der Anfangsverdacht gegen die [...] nicht erhärtet. Dass die [...] an kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen, die im Rahmen der Untersuchung 22-0458: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I untersucht wurden, beteiligt gewesen ist, kann ihr nicht nachgewiesen werden. Vielmehr ist nach Auffassung des Sekretariats erstellt, dass sie nicht an diesen allfälligen Kartellrechtsverstössen beteiligt gewesen ist. Damit ist das Verfahren gegen die [...] einzustellen. B.3.3 In Bezug auf Marcus Wetzel B.3.3.1 Vorbringen von Marcus Wetzel

E. 29

Das Sekretariat lud Marcus Wetzel mit Schreiben vom 21. September 2015 ein, sich in Bezug auf ihn potenziell belastende Beweismittel und gegen ihn gerichtete Verdachtsmomente zu äussern, und liess ihm einen entsprechenden Fragebogen zukommen.²² In den Antworten vom 23. September 2015²³ gab Marcus Wetzel sinngemäss an, weder an systematischen noch an einzelprojektbezogenen allenfalls kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen beteiligt gewesen zu sein und davon auch keine Kenntnis zu haben. B.3.3.2 Kein Nachweis eines wettbewerbswidrigen Verhaltens

E. 30

Das Sekretariat eröffnete die vorliegende Untersuchung im Einvernehmen mit dem Präsidenten am 30. Oktober 2012 gegen Marcus Wetzel. Die Einzelfirma Marcus Wetzel ist ein im Unterengadin domiziliertes Bauunternehmen. Nach eigenen Angaben ist Marcus Wetzel in den Bereichen Umbau, Hochbau, Verputzarbeiten sowie Kundenarbeiten tätig.²⁴

E. 31

Wie bei der [...] beruhte der Anfangsverdacht gegen Marcus Wetzel namentlich auf den Angaben des Informanten. Dieser erwähnte gegenüber dem Sekretariat, dass Marcus Wetzel

18 Act. IV.004, Zeilen 54–56. 19 Act. IX.C.050, Zeilen 128 bis 131. 20 Act. IX.C.049, Zeile 163 f. 21 Act. IV.011. 22 Act. I.356 und I.357. 23 Act. I.384. 24 Act. I.384, Seite 1. 22-00019/COO.2101.111.3.324634 8

als kleines Unternehmen in einem langjährigen, gut organisierten und bestens vernetzten Kartell in der Baubranche mitmache. Weiter stützte sich der Anfangsverdacht gegen Marcus Wetzel auf die handschriftliche Liste „Bauobjekte TBA 2006“ [25-0035 11/8].²⁵ Auf dem fraglichen Dokument ist auch eine Spalte mit Marcus Wetzel vorhanden. Nach Angaben des Informanten seien solche Listen jeweils zu Jahresbeginn an einer Sitzung der Bauunternehmen unter der Leitung des Berechnungsleiters erstellt worden, um die zu erwartenden Aufträge den Unternehmen zuzuteilen.

E. 32

Die bisherigen Ermittlungen (vgl. dazu Rz 23) erhärteten den Anfangsverdacht gegen Marcus Wetzel nicht, im Gegenteil: Die Analyse der anlässlich der Hausdurchsuchungen sichergestellten Urkunden ergab keine weiteren Hinweise, dass Marcus Wetzel in irgendeiner Form in ein Kartell im Unterengadin involviert gewesen ist. Insbesondere liegen keine Dokumente vor, die darauf hindeuten, dass Marcus Wetzel an systematischen Treffen wie Vorversammlungen und dergleichen teilnahm, die möglicherweise zum Zwecke von wettbewerbswidrigen Abreden einberufen wurden. Ebenso wenig gibt es Hinweise, dass sich Marcus Wetzel in anderer Form (zum Beispiel per E-Mail oder anlässlich von Telefongesprächen) an wettbewerbswidrigen Absprachen beteiligte.

E. 33

Dass Marcus Wetzel nicht an Vorversammlungen teilgenommen hat, bestätigten insbesondere [C.____], Foffa Conrad AG und [D.____], Bezzola Denoth AG, anlässlich der Befragungen vom 18. August 2015.²⁶ Diese Aussagen erscheinen glaubhaft, zumal sowohl [C.____] als auch [D.____] andere Bauunternehmen der Teilnahme an Vorversammlungen bezichtigen. Ein Grund, weshalb sie gerade Marcus Wetzel entlasten sollten, ist nicht ersichtlich. Keine Auskunft über die Teilnahme von Marcus Wetzel an Vorversammlungen geben konnte dagegen [E.____] anlässlich der Befragung der Lazzarini AG vom 19. August 2015.²⁷

E. 34

Schliesslich sind auch die eigenen Angaben von Marcus Wetzel zu erwähnen. Marcus Wetzel verneinte in seinen Antworten vom 23. September 2015 auf den Fragebogen des Sekretariats vom 21. September 2015, dass ein Vertreter des Einzelunternehmens Marcus Wetzel anwesend gewesen sei, als die Liste „Bauprojekte TBA 2006“ erstellt worden sei. Eine solche Liste habe er nie gesehen.²⁸ Dies erscheint glaubhaft. In der entsprechenden Liste sind in der Spalte bei Marcus Wetzel im Unterschied zu den anderen Bauunternehmen keine Kreuze betreffend einzelne Bauprojekte eingetragen. Weiter gibt Marcus Wetzel an, nie an Vorversammlungen im Unterengadin teilgenommen zu haben. Auch sei ihm die Funktionsweise von Berechnungsverfahren nicht bekannt. Sodann schliesst Marcus Wetzel aus, dass im Rahmen von Kontakten mit anderen Bauunternehmen unter seiner Beteiligung Interessen an Bauaufträgen bekanntgegeben oder Eingabesummen besprochen worden seien.

E. 35

Angesichts dieser Beweislage muss der Anfangsverdacht gegen Marcus Wetzel als widerlegt betrachtet werden. Ihm können keine kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen nachgewiesen werden, die im Rahmen der Untersuchung 22-0458: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I untersucht wurden. Vielmehr ist nach Auffassung des Sekretariats erstellt, dass Marcus Wetzel keine Kartellrechtsverstösse begangen hat. Damit

ist das Verfahren auch gegen ihn einzustellen.

25 Act. IV.001. 26 Act. IX.C.050, Zeilen 107–109; Act. IX.C.049, Zeile 175 f. 27 Act. IX.B.23, Zeile 104 f. 28 Act. I.384, Seite 2.

22-00019/COO.2101.111.3.324634 9

C Kosten

E. 36

Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

E. 37

Die Gebührenpflicht entfällt für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn bestehenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.²⁹

E. 38

Nachdem das gegen die [...] und Marcus Wetzel eröffnete Verfahren ohne Folgen einzustellen ist, entfällt für diese Unternehmen die Gebührenpflicht. Ihnen sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die auf diese Unternehmen fallenden Verfahrenskosten gehen zu Lasten des Bundes. Eine Parteientschädigung ist im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nicht zu entrichten.³⁰

²⁹ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f.), BKW FMB Energie AG; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG. ³⁰ BGE 132 II 47, 62 E. 5.2.

22-00019/COO.2101.111.3.324634 10

D Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Kammer für Teilverfügungen der Wettbewerbskommission (Art. 30 Abs. 1 KG):

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