

WEKO hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-iv-2017-10-02 vom 2. Oktober 2017

WEKO, 2017-10-02, DE

Quelle:

https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-iv-2017-10-02

FR: WEKO hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-iv-2017-10-02 du 2 octobre 2017

IT: WEKO hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-iv-2017-10-02 del 2 ottobre 2017

Erwägungen

E. 15

sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). 74. Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die den Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht. C.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede 75. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). 76. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 77 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 89 ff.). C.3.1 Wettbewerbsabrede 77. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,⁶¹ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden⁶². 78. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.⁶³ Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen. C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 79. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. 80. Beweismässig ist erstellt, dass Martinelli und Foffa Conrad den übereinstimmenden, wirklichen Willen geäußert haben, ihre Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Foffa Conrad zu einem höheren Preis offerieren als Martinelli (Rz 50). 81. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt. C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 82. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.⁶⁴ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter

61 Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 62 RPW 2013/4, 559 Rz 167, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 63 RPW 2009/3, 204 Rz 50, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 64 RPW 2013/4, 560 Rz 178, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

22-00036/COO.2101.111.3.283318

E. 16

(wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.⁶⁵ Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.⁶⁶ 83. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben.⁶⁷ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.⁶⁸ 84. Die vorliegende Abrede beinhaltete, das Eingabeverhalten zwischen den Parteien in Bezug auf das [Bauprojekt 1] zu koordinieren (Rz 45 ff.). Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrem Verhalten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrenzieren (Rz 52 f.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer. 85. Dass Foffa Conrad („Alibi-Offerte“) und Martinelli (keinen „Schutz“) nach eigenen Angaben nicht primär den Wettbewerb beeinflussen wollten, ist nicht von Belang. Die [TU] hat sich mit der Einladung der Foffa Conrad aus dem Unterengadin einen erhöhten Wettbewerb im Oberengadin erhofft (Rz 44). Mit der Abrede fiel der Wettbewerbsdruck eines ausserhalb des Oberengadins ansässigen Unternehmens weg. Bei Einladungsverfahren bei öffentlichen Ausschreibungen verlangt die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, mindestens einen „ortsfremden“ Anbieter einzuladen. Dies hat den Zweck, den Wettbewerb innerhalb einer Submission zu beleben.⁶⁹ Selbst wenn private Bauherren nicht an diese Vorgabe gebunden sind, zeigt der darin verankerte Gedanke, dass die [TU] mit der Einladung einer ortsfremden Anbieterin, der Foffa Conrad, Wettbewerb von „ausserhalb“ gewünscht hatte. Die Foffa Conrad und Martinelli vorgeworfene Verhaltensweise wirkte diesem Wunsch entgegen, womit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt wurde (vgl. zur Wirkung der Abrede auch Rz 105 ff.). 86. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. C.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen 87. Die beiden Parteien waren als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der Vergabe des zu beurteilenden Bauprojekts. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur. C.3.1.4 Zwischenergebnis 88. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in Bezug auf [Bauprojekt 1] durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist.

65 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. 66 Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, BMW. 67

RPW 2013/4, 560 Rz 180, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 68 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. 69 Art. 35 Abs. 2 der Verordnung vom 11.12.1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).

22-00036/COO.2101.111.3.283318

E. 17

C.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 89. 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. C.3.2.1 Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG 90. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Foffa Conrad und Martinelli ist die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmern erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination, anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabreden. Die vorliegende Submissionsabrede ist sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren.⁷⁰ 91. Die vorliegende Abrede fällt somit unter die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 KG. Damit greift die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt. C.3.2.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 92. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. 93. Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, greift die gesetzliche Vermutung und gestützt auf diese ist von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das insofern die objektive Beweislast trägt.⁷¹ 94. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies zu beurteilen, sind zunächst die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die vorliegende Wettbewerbsabrede auswirkt. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. C.3.2.2.1 Relevanter Markt 95. 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.⁷²

70 RPW 2013/4, 592 ff. Rz 820., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich m.w.H. 71 Siehe in diesem Sinne auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, Implenia (Ticino) SA/WEKO. 72 BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), Publigroupe SA et al./WEKO.

E. 18

96. 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.⁷³ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 133 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird.

(i) Marktgegenseite 97. Für sämtliche Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. „Marktgegenseite“ sind dabei die Abnehmer derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung.⁷⁴ Untersuchen die Wettbewerbsbehörden z. B. die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht. 98. Für den vorliegenden Fall bildete die private Bauherrin, die [...], welche [Bauprojekt 1] nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

(ii) Sachlich und räumlich relevanter Markt 99. 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 VKU75, der hier analog anzuwenden ist).⁷⁶ 100. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf das betreffende Hochbauprojekt. Der sachlich relevante Markt umfasst daher die Bauleistungen betreffend [Bauprojekt 1]. 101. 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).⁷⁷ 102. Das vorliegende Bauprojekt ist naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden, also in der vorliegenden Untersuchung an [...]. Im Bauwesen besteht ein gewisser Distanzschutz aufgrund der hohen Transportkosten. Mit zunehmender Distanz zwischen dem Ausführungsort und dem Werkhof einer Bauunternehmung steigen die Selbstkosten und somit sinkt auch die Rentabilität. 103. Aufgrund der Projektgrösse und den geographischen Gegebenheiten (Alpenpässe, Distanzen, fehlende Schnellstrassen) des Engadins ist davon auszugehen, dass in den meisten Fällen lokal tätige Bauunternehmen eine wirtschaftliche Offerte einreichen konnten. Tatsächlich haben beim vorliegenden Projekt Unternehmen aus dem Engadin sowie aus Chur

⁷³ 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 Markt- abgrenzung, 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. ⁷⁴ 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. ⁷⁵

Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). 76 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 77 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.

22-00036/COO.2101.111.3.283318

E. 19

eine Offerte eingereicht. Aus diesem Grund bildet vorliegend das gesamte Engadin sowie dessen angrenzende Gebiete, welche von [...] mit einer ähnlichen Fahrdistanz zu erreichen sind, den räumlich relevanten Markt. C.3.2.2.2 Innenwettbewerb 104. Wie in Rz 63 f. dargelegt, gab Foffa Conrad schliesslich tatsächlich eine höhere Offerte ein als Martinelli. Es ist somit kein Innenwettbewerb zwischen Foffa Conrad und Martinelli ersichtlich. C.3.2.2.3 Aussenwettbewerb 105. Nachfolgend ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert wurden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz, ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten. 106. Beim vorliegend zu beurteilenden Projekt wurden die entsprechenden Arbeiten durch eine private Bauherrschaft vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potenzieller) konnte damit ausschliesslich durch allfällige zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten, entstehen. Die Unternehmen, von welchen damit überhaupt ein wirksamer Aussenwettbewerb ausgehen konnte, sind durch die offerierenden Unternehmen [keine Verfahrenspartei], [keine Verfahrenspartei], [keine Verfahrenspartei], [keine Verfahrenspartei] und [keine Verfahrenspartei] identifiziert. 107. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die weiteren fünf offerierenden Unternehmen ([keine Verfahrensparteien]) in die Abrede involviert waren. Somit waren lediglich zwei von sieben Unternehmen in die Abrede involviert. 108. Aufgrund ihrer Grösse, ihres Sitzes (mit Ausnahme von [TU]), ihrer Tätigkeit im Hochbau sowie von Referenzobjekten⁷⁸ erwecken sämtliche offerierenden Unternehmen den Eindruck, dass sie in der Lage gewesen wären, das Projekt [Bauprojekt 1] auszuführen. Zudem bestätigte [TU], dass, wie schon bei [Bauprojekt 1], alle angefragten Unternehmungen wegen der grossen Bedeutung des Bauauftrages daran interessiert waren, konkurrenzfähige Offerten einzureichen. Dass von den nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen eine gewisse disziplinierende Wirkung ausging, kann im vorliegenden Einzelfall wohl nicht von der Hand gewiesen werden. Somit ist die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen.

C.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 109. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, u.a. im Fall Gaba, ist das Kriterium der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG als Bagatellklausel zu verstehen. Schon ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.⁷⁹ Das Gericht stellte sodann klar, dass die Frage der Erheblichkeit bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt qualitativer Elemente zu würdigen ist. In der Regel sind solche Wettbewerbsabreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.⁸⁰ Quantitative Aspekte sind hierbei nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden

78 [...]. 79 BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 349 E. 5.1, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW. 80 BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 350 E. 5.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW; Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 1, Siegenia-Aubi AG/WEKO.

22-00036/COO.2101.111.3.283318

E. 20

Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.⁸¹ 110. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG; vgl. Rz 90) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb. Schliesslich erhielt mit Martinelli dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war. 111. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 95 ff. hiervor) – bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben. C.3.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen 112. Es sind keine Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) ersichtlich, welche die vorliegende Wettbewerbsabrede rechtfertigen könnten. Solche wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabrede stellt daher eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar. C.3.5 Ergebnis 113. Es steht fest, dass der Wettbewerb in Bezug auf die abgesprochenen Bauleistungen [Bauprojekt 1] nicht beseitigt, jedoch i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und 1 KG erheblich beeinträchtigt wurde. Die Abrede kann nicht durch Effizienzgründe i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden und ist somit gestützt auf Art. 5 Abs. 1 und 3 Bst. a und c KG unzulässig. C.4 Massnahmen C.4.1 Anordnung von Massnahmen

114. 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 Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.⁸² 115. Die Unternehmen Martinelli und Foffa Conrad werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG darstellen. 116. Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt: ■ Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten; ■ sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechts-

⁸¹ BGE 143 II 297, RPW 2017/2, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, BMW. ⁸² RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., Tunnelreinigung.

22-00036/COO.2101.111.3.283318

E. 21

kräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie b) der Mitwirkung an der Auftragserteilung als Subunternehmer. 117. Diese Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Verfahrensparteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem stehen sie in unmittelbarem Zusammenhang zur von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweise und verhindern, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Sie sind verhältnismässig, zumal sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind. 118. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die genannten 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 Dispositiv verzichtet werden kann.⁸³ C.4.2 Sanktionierung 119. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 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. C.4.2.1 Voraussetzungen 120. Beide Parteien erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG und haben durch den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen. 121. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies vorsätzlich oder nahmen deren wettbewerbsbeseitigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt waren und jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen. C.4.2.2 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht 122. 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 ausgeübt worden ist. 123. 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 dessen Einstellung des KG-Verstosses erfolgte, oder ob eine

⁸³ 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.

22-00036/COO.2101.111.3.283318

E. 22

Sanktionierung eines Unternehmens nur ausgeschlossen ist, wenn die Untersuchung als solche über fünf Jahre nach dessen Einstellung des KG-Verstosses erfolgte, unabhängig davon, ob sich die Untersuchung von Anfang an gegen das betreffende Unternehmen richtete oder nicht. 124. Für eine tatbezogene Auslegung spricht erstens der Wortlaut. Denn Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist tatbezogen formuliert („Die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung...“). Zweitens kommt hinzu, dass Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG seinem Sinn und Zweck zuwider laufen würde, wenn diese Norm „unternehmensbezogen“ zu interpretieren wäre. Die Wettbewerbsbehörde kennt bei Eröffnung einer Untersuchung oftmals nicht alle Beteiligten an einem Wettbewerbsverstoss bzw. die räumliche Dimension der Wettbewerbsverstösse. Häufig erweist sich erst im Laufe der Untersuchung, dass weitere Unternehmen am möglichen Wettbewerbsverstoss beteiligt sind. Wäre diese Norm unternehmensbezogen zu verstehen, müsste die Wettbewerbsbehörde gegen sämtliche theoretisch denkbaren Beteiligten eröffnen, damit die Sanktionierbarkeit nicht entfällt, wodurch die Durchführung der entsprechenden Untersuchungen massiv erschwert würde. Auch wäre eine solche „breite“ Eröffnung nicht im Interesse der Unternehmen. 125. Dass der Sinn und Zweck der Bestimmung für eine „tatbezogene“ Auslegung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG spricht, zeigt insbesondere auch der Blick auf den vorliegenden Fall. In casu hat sich nämlich erst im Laufe der Untersuchung herausgestellt, dass sich weitere Unternehmen an den Wettbewerbsverstössen beteiligten. Dies ergab sich erst aus der Auswertung und Analyse der anlässlich der ersten Hausdurchsuchung beschlagnahmten Dokumente bzw. aus den eingegangenen Selbstanzeigen. Bei einer grossen Anzahl durchsuchter Unternehmen kann eine entsprechende Auswertung mehrere Monate oder Jahre beanspruchen. Entsprechend konnte das Verfahren gegen die betreffenden Unternehmen erst im November 2015 ausgedehnt werden. 126. Keine Hinweise für die Bedeutung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ergeben sich aus den Gesetzesmaterialien und der Gesetzessystematik. Damit ist auf das Ergebnis der grammatischen und teleologischen Auslegung abzustellen. Im Einklang mit diesen Auslegungskriterien ist die Vorschrift somit tatbezogen zu verstehen. 127. Im vorliegenden Fall wurde die Untersuchung gegenüber Foffa Conrad am 30. Oktober 2012 eröffnet. Am 23. November 2015 wurde sie gegenüber Martinelli ausgedehnt. Es stellt sich die Frage, ob mit der Eröffnung der Untersuchung gegenüber Foffa Conrad am 30. Oktober 2012 die Frist für die Sanktionierbarkeit gewahrt. Da die Untersuchung mit dem Gegenstand „Wettbewerbsbeschränkungen im Unterengadin“ 2012 eröffnet wurde, war das vorliegende Projekt, welches im Oberengadin liegt, nicht vom damaligen Untersuchungsgegenstand erfasst. Am 22. April 2013 wurde die Untersuchung auf den gesamten Kanton Graubünden ausgedehnt. Die Ausdehnung wurde im Schweizerischen Handelsblatt publiziert.⁸⁴ Mit der Ausdehnung vom 22. April 2013 ist die Frist für die Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gewahrt, und zwar gegenüber allen Verfahrensparteien. Daher können die Verfahrensparteien aufgrund der 5-jährigen Frist nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG für Kartellrechtsverstösse, die nach dem 22. April 2008 eingestellt worden sind, gebüsst werden. Das relevante Projekt der vorliegenden Untersuchung wurde nach diesem Zeitpunkt, nämlich im [...], vergeben. Folglich kann der in diesem Zusammenhang begangene Kartellrechtsverstoss sanktioniert werden. 128. Daran vermögen auch die Vorbringen von Martinelli nichts zu ändern. Konkret vertritt sie den Standpunkt, dass im Hinblick auf eine Sanktionierung von Martinelli erst auf den Zeitpunkt der Untersuchungsausdehnung gegen sie vom 23. November 2015 abgestützt werden könne. Da das Projekt im [...] vergeben worden sei, sei die 5-jährige Verwirkungsfrist seit der Aus-

übung bzw. Beendigung des relevanten Verhaltens abgelaufen.⁸⁵ Wie gezeigt worden ist
84 SHAB vom 28.05.2013 [siehe auch Act. I.080]. 85 Act. 40, Rz 59 ff (22-0461).
22-00036/COO.2101.111.3.283318

E. 23

(Rz 123 ff. hiervor), ist die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht unternehmensbe- zogen, sondern tatbezogen auszulegen. Massgebend für die fünfjährige Frist ist somit der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bzw. vorliegend der räumlichen Verfahrensausdehnung auf den gesamten Kanton Graubünden vom 22. April 2013. Auch die von Martinelli gerügte Ver- letzung des Anklage- bzw. Akkusationsprinzip ist unbegründet. Mit den Vorwürfen gegen sie wurde Martinelli an der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 und mit der Mitteilung der Verfah- rensausdehnung vom 23. November 2015, spätestens aber mit dem Antrag des Sekretariats vom 29. März 2017 hinreichend konfrontiert. Dazu konnte sie schriftlich Stellung nehmen. Zu- dem hätte sie auch von der WEKO mündlich angehört werden können, worauf sie verzichtete. 129. Damit sind sämtliche Voraussetzungen einer Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt.

C.4.2.3 Bemessung C.4.2.3.1 Konkrete Sanktionsbemessung 130. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäfts- jahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt demnach die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzu- lässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist. 131. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemes- sung werden in der SVKG 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 Verhältnismässigkeit⁸⁶ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁸⁷ 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.⁸⁸ 132. Das Bundesgericht hat jüngst dazu bestätigt, dass Direktsanktionen nicht nur bei Abre- den nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG verhängt werden können, die den Wettbewerb beseitigen. Vielmehr ist eine direkte Sanktionierung auch möglich, wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen wird und bloss eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, die nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann.⁸⁹ a) Basisbetrag 133. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäfts- jahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). 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.). 134. Das an der Submissionsabrede beteiligte Unternehmen Martinelli erzielte im von der vorliegenden abgesprochenen Submission betroffenen Markt einen Umsatz. 135. Hingegen erzielte Foffa Conrad keinen Umsatz, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zu- gedacht war. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus

86 Art. 2 Abs. 2 SVKG. 87 RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 88 RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 89 Urteil des BGer vom 28. Juni 2016 (2C_180/2014), RPW 2017/2, 360 E. 9.4.6, GABA.

22-00036/COO.2101.111.3.283318

E. 24

den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredebetteiligten, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein. 136. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Submissionsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt. 137. Vorliegend wird als Basisumsatz für beide abredebetteiligten Unternehmen die Offertsumme von Martinelli exklusive Mehrwertsteuer in der Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. Rz 35). Denn dieser Betrag reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotenzial des Kartellrechtsverstosses. 90 Konkret ergibt sich daraus für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...]. 138. Die Schwere der Zuwiderhandlung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer massgeblich 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 Gefährdungspotenzials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 Prozent, einzuordnen. 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. 139. Martinelli als Schutznehmerin sowie Foffa Conrad als schützendes Unternehmen beteiligten sich an Abreden, welche den Preis sowie auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatten. Beide Unternehmen handelten dabei vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotenzial von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Hingegen wurde der Wettbewerb nicht beseitigt, sondern erheblich beeinträchtigt. 140.

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