

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

WEKO, 2017-10-02, DE

Quelle:

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

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

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

Erwägungen

E. 18

unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). 90. Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die 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 91. 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). 92. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 93 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 105 ff.). C.3.1 Wettbewerbsabrede 93. 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,⁸⁹ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden⁹⁰. 94. 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.⁹¹ Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen. C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 95. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. 96. Beweismässig ist erstellt, dass Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia den übereinstimmenden wirklichen Willen geäussert haben, ihre Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollten Martinelli und Implenia bei dieser Ausschreibung zu einem höheren Preis offerieren als Bezzola Denoth (Rz 60 ff.). 97. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt. 98. Beizufügen ist, dass eine solche Angebotskoordination im Einklang mit der Rechtsprechung der Wettbewerbsbehörden als „Schutz“ verstanden werden kann. „Schutz“ bedeutet dabei, dass Unternehmen in Bezug auf ein Bauprojekt vor der Eingabe ihrer Offerten

gemeinsam festlegen, welches Unternehmen unter ihnen den Zuschlag erhalten soll. Das dadurch begünstigte Unternehmen erhält bei der Bewerbung um das Projekt „Schutz“ von den anderen Unternehmen. Die Umsetzung der Schutzfestlegung erfolgt in der Regel dadurch, dass sich diejenigen Unternehmen, welche Schutz versprochen haben, dazu bereit erklären, Offerten

89 Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 90 RPW 2013/4, 559 Rz 167, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 91 RPW 2009/3, 204 Rz 50, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

22-00038/COO.2101.111.3.247709

E. 19

mit höheren Eingabesummen, sogenannte Stützofferten, einzureichen oder bewusst auf eine Offerteingabe zu verzichten.⁹² Auch im vorliegenden Fall lassen sich die Rollen der Beteiligten so zuordnen. Konkret war Bezzola Denoth die Rolle der Schutznehmerin zugeordnet, während Martinelli und Implenia diejenige der Schutzgeberinnen innehatten.

C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung ⁹⁹. 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.⁹³ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.⁹⁴ Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.⁹⁵ ¹⁰⁰. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.⁹⁶ 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.⁹⁷ ¹⁰¹. Die vorliegende Abrede beinhaltete, die Angebote zwischen den Parteien in Bezug auf das [Bauprojekt 1] zu koordinieren (Rz 60 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 65 f.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer. ¹⁰². Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

C.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen ¹⁰³. Die drei Unternehmen waren auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten hinsichtlich der Vergabe des [Bauprojekt 1]. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

C.3.1.4 Zwischenergebnis ¹⁰⁴. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in Bezug auf das [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.

92 Zum Ganzen RPW 2012/2, 273 Rz 6, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2013/4, 527 Rz 6, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; RPW 2015/2 201 Rz 6, Tunnelreinigung. 93 RPW 2013/4, 560 Rz 178, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 94 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. 95 Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, BMW. 96 RPW 2013/4, 560 Rz 180, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 97 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.

22-00038/COO.2101.111.3.247709

E. 20

C.3.2

Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 105. 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 des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG 106. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia ist die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination, anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabsprachen. Solche Submissionsabsprachen sind sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren.⁹⁸ 107. 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 gesetzlich vermuteten Wettbewerbsbeseitigung 108. 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 unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. 109. 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.⁹⁹ 110. 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 einer Wettbewerbsabrede 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 111. 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.¹⁰⁰

98 RPW 2013/4, 592 ff. Rz 820., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich m.w.H. 99 Siehe in diesem Sinne auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, Implan (Ticino) SA/WEKO. 100 BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), Publigroupe SA et al./WEKO.

22-00038/COO.2101.111.3.247709

E. 21

112. 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.¹⁰¹ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 140 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird. (i) Marktgegenseite 113. 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 ist.¹⁰² 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. 114. Für den vorliegenden Fall war die Bauherrin, die [...], welche [Bauprojekt 1] nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien. (ii) Sachlich und räumlich relevanter Markt 115. 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 VKU¹⁰³, der hier analog anzuwenden ist).¹⁰⁴ 116. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf das betreffende Hochbauobjekt. Die Bauherrin, die [...], bildet die Marktgegenseite. Sie fragt Hochbauleistungen nach ihren Wünschen nach. 117. 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).¹⁰⁵ 118. 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. 119. 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 [...] eine Offerte eingereicht. Aus diesem Grund bilden vorliegend das gesamte Engadin sowie dessen

¹⁰¹ 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. 102 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. 103 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). 104 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 105 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.

22-00038/COO.2101.111.3.247709

E. 22

angrenzende Gebiete, welche von [...] mit einer ähnlichen Fahrdistanz zu erreichen sind, den räumlich relevanten Markt. C.3.2.2.2 Innenwettbewerb 120. Martinelli und Implemia hielten sich an die Abrede, indem sie beim [Bauprojekt 1] höhere Offerten einreichten als Bezzola Denoth (Rz 79 ff.). Somit bestand kein Innenwettbewerb. C.3.2.2.3 Aussenwettbewerb 121. 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. 122. Im vorliegend zu beurteilenden Projekt [Bauprojekt 1] 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 ein wirksamer Aussenwettbewerb ausgehen konnte, sind durch die offerierenden Unternehmen [keine Verfahrensparteien] identifiziert. Somit waren mit Bezzola Denoth, Martinelli und Implemia drei von [6–9] Unternehmen in die Abrede involviert, welche das Projekt hätten gewinnen können. 123. Die vorliegende Abrede war zwar erfolgreich, da das zu schützende Unternehmen Bezzola Denoth den Zuschlag wie vereinbart erhielt. Allerdings haben [2–5] von [6–9] Submittenten nicht an der Absprache teilgenommen. Es ist anzunehmen, dass von diesen Unternehmen ein gewisser Konkurrenzdruck ausging, zumal es sich bei [keine Verfahrenspartei] um einen grösseren Wettbewerber und bei [keine Verfahrenspartei] um ein im Unterengadin gelegenes Unternehmen handelte. Somit liegt bezüglich der vorliegend ausgeschriebenen Bauleistungen ausreichender Aussenwettbewerb vor, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt. 106 Zu prüfen ist im Folgenden, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben ist. C.3.3

Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 124. 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. 107 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. 108 Quantitative Aspekte sind hierbei nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die

betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.¹⁰⁹ 125. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c

106 Vgl. dazu auch RPW 2013/4, 596 Rz 852 f., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 107 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. 108 Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, RPW 2017/2, 350 E. 5.2, GABA. 109 Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, GABA.

22-00038/COO.2101.111.3.247709

E. 23

KG; vgl. Rz 107) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb. Schliesslich erhielt mit Bezzola Denoth dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war. 126. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 111 ff. hiervor) – bei weitem überschritten. C.3.4

Rechtfertigung aus Effizienzgründen 127. Es liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor. Es ist daher zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden 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. 128.

Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei der vorliegenden Wettbewerbsabrede nicht ersichtlich und 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 129. Im vorliegenden Fall lässt sich die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegen. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist nicht ersichtlich. Diese erhebliche Abrede in Bezug auf das [Bauprojekt 1] ist gestützt auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG unzulässig. C.4 Massnahmen C.4.1 Anordnung von Massnahmen

130. 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.¹¹⁰ 131. Die Unternehmen Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia 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.

132. 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;

110 RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., Tunnelreinigung.

22-00038/COO.2101.111.3.247709

E. 24

■ sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger 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 Auftrags Erfüllung als Subunternehmer. 133. 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. 134. 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. 111 C.4.2 Sanktionierung 135. 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 136. Die drei Unternehmen erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG und haben durch den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen. 137. 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 Bemessung C.4.2.2.1 Konkrete Sanktionsbemessung 138. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von 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 demnach die höchstmögliche Sanktion

111 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.

E. 25

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. 139. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung 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 Verhältnismässigkeit¹¹² und der Gleichbehandlung begrenzt wird.¹¹³ 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.¹¹⁴ a) Basisbetrag 140. 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 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.). 141. Das an der Submissionsabrede beteiligte Unternehmen Bezzola Denoth erzielte bei der vorliegenden abgesprochenen Submission einen Umsatz in der Höhe von CHF [...] exkl. MWST (Rz 49). 142. Hingegen erzielten Martinelli und Implenia keinen Umsatz, da ihnen die Rolle der Schutzgeber zugedacht 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 den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos 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. Kartellrechtliche Sanktionen dienen nicht nur der Abschöpfung der Kartellrente, sondern weisen auch pönalen Charakter auf und sollen die Präventivwirkung des Kartellrechts verstärken. Dieser ratio legis der kartellrechtlichen Sanktionsvorschriften liefe es zuwider, wenn „schutzgebende“ Unternehmen straffrei ausgehen würden. Namentlich ist auch den Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung nicht zu entnehmen, dass bei einer solchen Sachlage auf eine Sanktionierung zu verzichten ist. Insofern ergibt die Auslegung von Art. 3 SVKG, dass sich deren Konkretisierung der Sanktionsbemessung auf Fälle beschränkt, in denen ein Unternehmen tatsächlich einen Umsatz im relevanten Markt erzielt hat. Sofern ein Unternehmen im relevanten Markt keinen Umsatz erwirtschaftet hat, ist für dieses das in Art. 3 SVKG vorgesehene Kriterium des tatsächlichen Umsatzes nicht zu berücksichtigen, um die Höhe der in Art. 49a KG vorgesehenen Sanktion festzulegen. 143. 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. 144. Vorliegend wurde, wie oben dargelegt, beim strittigen Bauprojekt durch Bezzola Denoth ein Umsatz erzielt. Daher wird als Basisumsatz für die drei abredeteiligen Unternehmen die Offertsumme von Bezzola Denoth exklusive Mehrwertsteuer in der Höhe

von CHF [...] heran- gezogen (vgl. Rz 249). Denn dieser Betrag reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung

112 Art. 2 Abs. 2 SVKG. 113 RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 114 RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

22-00038/COO.2101.111.3.247709

E. 26

der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotenzial des Kartellrechtsverstosses. Konkret ergibt sich daraus für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...]. 145. 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 Kartell- rechtsverstösse 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 %, 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. 146. Bezzola Denoth als Schutznehmerin sowie Martinelli und Implenia als schützende Unternehmen beteiligten sich an Abreden, welche den Preis sowie auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand haben. Sämtliche 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. Schliesslich ist zu beachten, dass die vorliegende Submissionsabrede den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigt hat, sondern den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt hat. 147.

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