

# **WEKO hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-vii-2017-10-02 vom 2. Oktober 2017**

WEKO, 2017-10-02, DE

Quelle:

[https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/weko\\_hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-vii-2017-10-02](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/weko_hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-vii-2017-10-02)

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

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

## **Erwägungen**

### **E. 20**

C.1.3 Sachlicher Geltungsbereich 92. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). 93. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 116). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

#### **C.1.4 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich**

94. Der vorliegende Untersuchungsgegenstand fällt in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes. C.2 Vorbehaltene Vorschriften 95. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht 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). 96. 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 97. 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). 98. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 99 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 129 ff.). C.3.1 Wettbewerbsabrede 99. 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,<sup>79</sup> wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden<sup>80</sup>. 100. 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

79 Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 80 RPW 2013/4, 559 Rz 167, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

22-00039/COO.2101.111.3.283720

## E. 21

zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.<sup>81</sup> Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 101. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. 102. Beweismässig ist erstellt, dass Bezzola Denoth und Martinelli den übereinstimmenden, wirklichen Willen geäussert haben, ihr Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Martinelli zu einem höheren Preis offerieren als Bezzola Denoth (Rz 86). Im Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Hartmann ist erstellt, dass zwischen ihnen ein Konsens darüber zustande gekommen ist, dass Hartmann der Bauherrschaft eine („Richt“-)Offerte einreicht, die in Bezug auf die Eingabesumme in der Grössenordnung der vorkalkulierten Offerte von Bezzola Denoth entspricht. 103. Damit ist sowohl im Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Martinelli als auch im Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Hartmann das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt. 104. Beizufügen ist, dass eine solche Angebotskoordination zwischen Bezzola Denoth und Martinelli 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 mit höheren Eingabesummen, sogenannte Stützofferten, einzureichen oder bewusst auf eine Offerteingabe zu verzichten.<sup>82</sup> Auch im vorliegenden Fall lassen sich die Rollen der Beteiligten so zuordnen. Konkret war Bezzola Denoth die Rolle der Schutznehmerin zugeordnet, während Martinelli diejenige der Schutzgeberin innehatte. Hartmann schützte durch ihre verfälschte „Richtofferte“ Bezzola Denoth. C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 105. 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.<sup>83</sup> Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.<sup>84</sup> Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.<sup>85</sup> 106. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.<sup>86</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine

81 RPW 2009/3, 204 Rz 50, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 82 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. 83 RPW 2013/4, 560 Rz 178, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 84 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. 85 Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, BMW. 86 RPW 2013/4, 560 Rz 180, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

22-00039/COO.2101.111.3.283720

## **E. 22**

Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.<sup>87</sup> 107. Diese Kriterien sind in Bezug auf die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Martinelli einerseits und die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann andererseits differenziert zu betrachten. 108. Die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Martinelli beinhaltete, ihre Angebote in Bezug auf [Bauprojekt 1] zu koordinieren (Rz 57 ff.). Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – ob- wohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrem Verhalten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrenzieren (Rz 57 f.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. 109. Die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann zielte darauf, die Höhe der „Richtofferte“ von Hartmann abzustimmen. Zunächst ist daher die Natur einer „Richtofferte“ zu klären. 110. Unter einer „Richtofferte“ versteht man in der Baubranche eine unverbindliche Offerte, die dem Bauherrn erlauben soll, die Kosten bzw. Marktpreise der von ihm nachgefragten Bauleistungen einschätzen zu können. Die Unverbindlichkeit der „Richtofferte“ impliziert, dass der Bauherr das entsprechende Angebot nicht annehmen kann. Es kann also zwischen dem Unternehmen, das eine „Richtofferte“ unterbreitet, und dem Bauherrn kein Werkvertrag über Bauleistungen zustande kommen, jedenfalls nicht unmittelbar durch Erklärung der Annahme des Angebots. Das Unternehmen, das eine „Richtofferte“ erstellt, nimmt an der Ausschreibung nicht als Anbieter von Bauleistungen teil. Vielmehr nimmt es gegenüber dem Bauherrn eine Art „Gutachterrolle“ wahr. Es soll im Rahmen der „Richtofferte“ eine Einschätzung betreffend Marktpreis der nachgefragten Bauleistungen abgeben. Eine solche „Richtofferte“ braucht nicht zwingend von einem Bauunternehmen erstellt zu werden. Auch Ingenieure, Architekten oder andere fachkundige Personen können vom Bauherrn – entgeltlich oder unentgeltlich – zur Unterbreitung einer „Richtofferte“ beigezogen werden. 111. Das Unternehmen, das im Rahmen der „Richtofferte“ eine Preisschätzung abgibt, hat typischerweise unabhängig von den Teilnehmern der Ausschreibung, d.h. von den Bauunternehmen, die das Projekt ausführen wollen, zu handeln. Dies ergibt sich aus der Natur der „Richtofferte“. Das Unternehmen, das zur Richtoffertstellung beigezogen wird, soll ein uneinflusstes „Gutachten“ erstellen. Nur dann kann die „Richtofferte“ ihre Funktion der Preisüberprüfung erfüllen. 112. Vorliegend hat Hartmann die Höhe der „Richtofferte“ mit Bezzola Denoth abgestimmt (vgl. Rz 69 f.). Darüber wurde die Bauherrschaft nicht in Kenntnis gesetzt, ebenso wenig die Bauleitung und der Architekt, was im Übrigen von Hartmann auch nicht behauptet

worden ist. Nicht beurteilt zu werden braucht die Frage, ob und inwiefern dieses Vorgehen unter privat- rechtlichen Gesichtspunkten verwerflich bzw. unzulässig ist. Relevant ist aber, dass eine „Richtofferte“ geeignet ist, das Ergebnis einer Ausschreibung eines Bauprojekts zu beeinflus- sen. Fällt eine „Richtofferte“ etwa deutlich tiefer aus als die eingereichten (verbindlichen) An- gebote, vermag dies die Verhandlungsposition des Bauherrn zu stärken. Allenfalls sieht er sich in einer solchen Konstellation zudem veranlasst, weitere Anbieterinnen zur Abgabe einer Of- ferte einzuladen oder im Extremfall die Ausschreibung abubrechen. Dagegen ist anzuneh- men, dass eine hohe „Richtofferte“ die Verhandlungsposition der Anbieterinnen der Bauleis- tungen stärkt, insbesondere dasjenige Unternehmen, welches in der ersten Angebotsrunde das tiefste Angebot eingereicht hat.

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