

WEKO wettbewerbsabreden-im-strassen--und-tiefbau-im-kanton-zuerich-2013-04-22 vom 22. April 2013

WEKO, 2013-04-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_wettbewerbsabreden-im-strassen--und-tiefbau-im-kanton-zuerich-2013-04-22

FR: WEKO wettbewerbsabreden-im-strassen--und-tiefbau-im-kanton-zuerich-2013-04-22 du 22 avril 2013

IT: WEKO wettbewerbsabreden-im-strassen--und-tiefbau-im-kanton-zuerich-2013-04-22 del 22 aprile 2013

Erwägungen

E. 26

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich 72. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- oder anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). 73. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich 74. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des KG kann vorliegend verzichtet werden. B.2

Materielle Verfügungsadressatinnen B.2.1 Allgemeines 75. Als materielle

Verfügungsadressatinnen gelten diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden.¹⁸⁵ Sie haben ohne Weiteres Parteistellung in einem Verfahren.¹⁸⁶ Als formelle Verfügungsadressatinnen gelten demgegenüber diejenigen Rechtssubjekte, deren Rechte und Pflichten durch die Verfügung zwar nicht geordnet werden, die aber durch diese gleichwohl unmittelbar in ihren Interessen (und zwar stärker als jedermann) berührt sind.¹⁸⁷ Oder anders ausgedrückt: Formelle Verfügungsadressatin ist, wer gemäss Art. 48 VwVG zur Beschwerdeerhebung berechtigt ist, ohne selbst materielle Verfügungsadressatin zu sein.¹⁸⁸ Auch solchen Dritten kommt, obwohl – wie gesagt – die Verfügung nicht unmittelbar Rechte und Pflichten dieser Personen regelt, aufgrund ihrer besonderen Beziehungsnähe zum Verfügungsgegenstand Parteistellung zu.¹⁸⁹ Sowohl materielle wie auch formelle Verfügungsadressatinnen haben demnach Parteistellung und die daraus fliessenden Rechte sind grundsätzlich dieselben. Das Begriffspaar materielle und formelle

Verfügungsadressatin soll also nicht diese Personen bezüglich ihrer Behandlung als Partei in formeller Hinsicht unterscheiden (wohingehend insbesondere die Bezeichnung als formelle Verfügungsadressatin missverstanden werden könnte). Es differenziert vielmehr danach, ob im Dispositiv der Verfügung Rechte oder Pflichten dieser Partei geregelt werden (materielle Verfügungsadressatin) oder nicht (formelle Verfügungsadressatin, sofern die Verfügung ihre Interessen gleichwohl unmittelbar und stärker als jedermann berührt, wobei diese Interessen mit denjenigen der materiellen Verfügungsadressatin gleich-¹⁹⁰ oder gerade entgegengerichtet¹⁹¹ sein können).¹⁹²

185 RPW 2007/2, 200 Rz 69, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. 186 Siehe etwa ISABELLE HÄNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 6 VwVG N 5. 187 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. 188 So RPW 2012/1, 89 Rz 78, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich. 189 Dazu etwa HÄNER (Fn 186), in: Kommentar VwVG, Art. 6 VwVG N 6 m.w.H. 190 So beispielsweise die Ausgangslage in Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 ff. E. 4, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. 191 So beispielsweise die Ausgangslage in RPW 2012/1, 88 ff. Rz 77 ff., Vertrieb von Tickets im Hal- lenstadion Zürich.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 27

B.2.2 Materielle Verfügungsadressatinnen ausserhalb von Konzernverhältnissen 76. Wenig Probleme bereitet die Bestimmung der jeweiligen materiellen Verfügungsadressatin, soweit kein Konzernverhältnis vorliegt. Offenkundig nicht Teil eines Konzerns sind folgende Gesellschaften, gegen welche die vorliegende Untersuchung eröffnet bzw. ausgedehnt wurde: Hagedorn, Hüppi, Kern, Müller Tibau sowie Toller. Entsprechend sind diese Gesellschaften – vorbehaltlich der nachfolgenden Ausführungen betreffend Müller – materielle Verfügungsadressatinnen. 77. Folgende Gegebenheit bezüglich Müller ist gesondert zu betrachten: Mit Vermögensübertragungsvertrag vom [...] übertrug Müller den (vorliegend interessierenden) Betriebsteil „Tiefbau“ mit allen Aktiven und Passiven auf die neu gegründete Chr. Müller + Co Tiefbau AG (nachfolgend Chr. Müller Tiefbau) als Sacheinlage und erhielt im Gegenzug voll liberierte Aktien an Chr. Müller Tiefbau. Dies erfolgte gestützt auf die Inventarliste vom [...] und unter rückwirkender Nutzen- und Gefahrtragung ab [...].¹⁹³ [...] näher betrachteten Tiefbauprojekte – im Einzelnen sei auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen – die unter anderem Müller resp. Chr. Müller Tiefbau betreffen, wurden [...] vergeben.¹⁹⁴ Dieser Zeitpunkt liegt vor Abschluss des Vermögensübertragungsvertrags und der Neugründung der Chr. Müller Tiefbau, aber nach dem – allerdings rückwirkend vereinbarten – Nutzen- und Gefahrenübergang auf Chr. Müller Tiefbau betreffend Betriebsteil „Tiefbau“. Müller ordnet die [...] fraglichen Projekte in ihrem Antwortschreiben vom 29. November 2011 Chr. Müller Tiefbau zu,¹⁹⁵ obwohl die [...] Offerteingaben noch durch Müller erfolgten. Bei [...] Projekte erhielt Müller den Zuschlag, wobei Chr. Müller Tiefbau im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung noch nicht existierte.¹⁹⁶ Ausgeführt hat dieses Projekt gemäss Angaben von Müller alsdann aber Chr. Müller Tiefbau.¹⁹⁷ 78. Bei der Veräusserung desjenigen Geschäftsteils, von welchem die relevante Handlung ausging, wird in der Lehre die Frage aufgeworfen, ob die Sanktion entweder – wohl dem Wortlaut der Norm am besten entsprechend – dem Veräusserer, je nach Umständen aber auch dem Erwerber oder gar anteilmässig beiden Gesellschaften aufzuerlegen sei.¹⁹⁸ Ergo stellt sich ebenfalls die Frage, ob entweder die eine oder die andere Gesellschaft oder aber gar beide als materielle Verfügungsadressatin(nen) zu betrachten sind. Die Beantwortung dieser Frage entzieht sich einer schematischen Lösung, entscheidend sind vielmehr die konkreten Umstände des Einzelfalls. Vorliegend rechtfertigt es sich, die veräussernde Gesellschaft als materielle Verfügungsadressatin zu behandeln. Denn im Zeitpunkt, in welchem allenfalls kartellrechtswidrige Abreden getroffen wurden, ebenso wie im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung existierte einzig diese eine Gesellschaft, weshalb auch nur sie in der vorliegenden Konstellation dafür

verantwortlich gemacht werden kann. Die vertraglich vereinbarte rückwirkende Tragung von Nutzen und Gefahr mag privatrechtlich resp. im Innenverhältnis der Gesellschaften von Relevanz sein; wem eine allfällige kartellverwaltungsrechtliche Sanktion von den Wettbewerbsbehörden aufzuerlegen ist, vermag mit einer solch privatrechtlichen Vereinbarung jedoch nicht geregelt zu werden. Nicht entschieden zu werden braucht vorliegend, wie die Sanktion aufzuerlegen wäre (insbesondere ob diesfalls eine solidarische Sanktionsauferlegung angezeigt wäre), wenn die Veräusserung des fraglichen

192 Vgl. ausführlicher zu dieser Thematik und mit Fallbeispielen JOST (Fn. 182), Rz 598 ff. 193 Siehe act. [...]. 194 Die [...] Projekte wurden [...] vergeben – folglich kann daran aus zeitlicher Sicht einzig die Müller, nicht aber auch die Chr. Müller Tiefbau beteiligt sein. 195 Act. [...]. 196 Untenstehend [...]; vgl. ferner act. [...]. 197 Act. [...]. 198 CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 100.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 28

Geschäftsteils in missbräuchlicher Absicht erfolgt wäre. Denn es bestehen hier keine Anzeichen dafür, dass der Abschluss des Vermögensübertragungsvertrags und insbesondere die Sacheinlage des Geschäftsbereichs „Tiefbau“ in missbräuchlicher Absicht erfolgte, namentlich um den von vorliegender Untersuchung betroffenen und damit aus kartellrechtlicher Sicht „sensiblen“ Bereich „Tiefbau“ auszulagern und so zu versuchen, eine allfällige Sanktionsauferlegung in die eine oder andere Richtung zu steuern. Zusammenfassend ist vorliegend daher Müller (und nur sie) materielle Verfügungsadressatin. B.2.3 Materielle Verfügungsadressatinnen bei Konzernverhältnissen 79. Unproblematisch ist die Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatin auch in denjenigen Fällen, in welchen zwar ein Konzernverhältnis vorliegt, die fraglichen Handlungen aber von der jeweiligen Konzernmuttergesellschaft selbst vorgenommen wurden. Dass diesfalls die entsprechende Konzernmuttergesellschaft materielle Verfügungsadressatin ist, erscheint derart selbstverständlich, dass es kaum je ausdrücklich gesagt wird.¹⁹⁹ Geht die fragliche Handlung also unmittelbar von einer Gesellschaft aus, die – sollte ein Konzernverhältnis vorliegen – die Konzernmuttergesellschaft ist, braucht in vorliegendem Kontext nicht abschliessend geklärt zu werden, ob überhaupt ein Konzernsachverhalt gegeben ist. So oder so ist in diesem Fall nämlich diese die fragliche Handlung vornehmende (allfällige Konzernmutter-) Gesellschaft die materielle Verfügungsadressatin. In solchen Konstellationen zudem auch die Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen betrachten zu wollen, einzig weil ein Konzernsachverhalt vorliegt, erscheint – schon nur aus prozessökonomischen Überlegungen – nicht sachgerecht. Diese Situation liegt hier bezüglich Keller-Frei vor, entsprechend ist Keller-Frei eine materielle Verfügungsadressatin. 80. Bezüglich der Ermittlung der materiellen Verfügungsadressatinnen bei Konzernverhältnissen ist sodann der Ausgang der Untersuchung nicht aus den Augen zu verlieren. Gegenüber einzelnen Baugesellschaften wird das vorliegende Verfahren nämlich mangels Beweises resp. Vorliegens eines kartellrechtswidrigen Verhaltens eingestellt. Dies ist bezüglich folgender Gesellschaften der Fall, gegen welche die Untersuchung eröffnet wurde und bei welchen das Vorliegen eines Konzernverhältnisses (in welchem sie jeweils Tochtergesellschaften wären) zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann: Kibag, Marti und Strabag. Im Verhältnis zu diesen Gesellschaften werden mit vorliegender Verfügung im Ergebnis keine Rechte

und Pflichten geregelt. Mit Blick auf die Verfahrensökonomie erscheint es deshalb sachgerecht, darauf zu verzichten, hinsichtlich jeder dieser vorgenannten Gesellschaften im Einzelnen zu prüfen und zu beurteilen, ob sie nicht nur über eine juristische, sondern auch über eine wirtschaftliche Selbstständigkeit verfügt oder ob sie in einen Konzern eingebunden ist. Vor diesem Hintergrund werden im Sinne einer pragmatischen Lösung ohne Prüfung einer allfälligen konzernmässigen Einbindung und deren mögliche Folgen die vorgenannten Gesellschaften Kibag, Marti und Strabag als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet. 81. Nachfolgend bleibt damit zu prüfen, wie es sich bezüglich eines allfälligen Konzernverhältnisses bei Birchmeier, Brunner, Egli, Flexbelag, Schiess und Walo verhält und wie sich dies auf die Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatinnen auswirkt. B.2.3.1 Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen 82. Bei Vorliegen eines Konzernsachverhalts hat die Wettbewerbskommission in der Vergangenheit (und zwar auch in der jüngeren) wiederholt Verfügungen ausschliesslich

199 Siehe immerhin, wenn auch zum deutschen Recht, den letzten Satz auf Seite 132 f. von CHRISTIAN BÜGER, Die Haftung der Konzernmutter für Kartellrechtsverstösse ihrer Tochter nach deutschem Recht, WuW 2011/2, 130–140.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 29

an Tochtergesellschaften gerichtet.²⁰⁰ Beanstandet oder gar von Amtes wegen korrigiert wurde dieses Vorgehen von den Rechtsmittelinstanzen in diesen Fällen nicht, vielmehr stimmten sie ihm, zumindest implizit, zu.²⁰¹ Daneben kam es vor, dass die Wettbewerbskommission sowohl die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet und unter solidarischer Haftbarkeit sanktioniert hat.²⁰² Diese Vorgehensweise ist auch in der Rechtsprechung der Europäischen Union zu beobachten.²⁰³ Schliesslich kam es auch vor, dass einzig die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin behandelt wurde.²⁰⁴ 83. Die bisherige Praxis bietet also in Abhängigkeit der Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls unterschiedliche Ansätze für die Lösung der mit Konzernsachverhalten verbundenen Probleme der Bestimmung des oder der (materiellen) Verfügungs- und damit Sanktionsadressaten innerhalb eines Konzerns. 84. In vorliegendem Fall ist es gerechtfertigt, jedenfalls auch die jeweils konkret handelnde Konzerntochtergesellschaft zu erfassen.²⁰⁵ Für diese Vorgehensweise spricht unter anderem, dass diese Untersuchung im Einklang mit der bisherigen Praxis im Bereich der Submissionsabsprachen²⁰⁶ gegen die Konzerntochtergesellschaften eröffnet wurde.²⁰⁷ Fol-

²⁰⁰ Siehe beispielsweise RPW 2010/4, 649 Rz 2 und 655 Rz 49, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra: Dass es sich bei den materiellen Verfügungsadressatinnen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG um Tochtergesellschaften handelt, wird in Fn 2 der Verfügung ausdrücklich festgehalten. RPW 2010/4, 717 Rz 3 f. und 773 Dispositiv, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren: Die Roto Frank AG wird ebenso wie die Siegenia-Aubi AG als Tochtergesellschaft bezeichnet, gleichwohl werden diese Gesellschaften und nicht deren Muttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelt. RPW 2009/3 197 Rz 5 und 203 Rz 37 f., Elektroinstallationsbetriebe Bern: In dieser Verfügung wird beispielsweise die Elektro Burkhalter AG ausdrücklich als Teil der Burkhalter-Gruppe bezeichnet und dennoch als

materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert. RPW 2008/1, 87 Rz 13 und 94 Rz 68 ff., Strassenbe- läge Tessin: In dieser Verfügung wird die Batigroup (Ticino) SA, später Implenia (Ticino) SA, durch das Dispositiv verpflichtet, obwohl es sich bei dieser – wie etwa die Firma und der Firmenwechsel nahelegen – um eine abhängige Gesellschaft eines Konzerns gehandelt haben dürfte. RPW 2007/2, 250 Rz 46, Terminierung Mobilfunk: In dieser Verfügung wird die Swisscom Mobile AG, die eine Tochtergesellschaft ist, mit einer Sanktion belegt, ergo als materielle Verfügungsadressatin erachtet. 201 Exemplarisch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 377 f. E. 3, Implenia (Ticino) SA/WEKO, wo ohne nähere Prüfung eines allfälligen, an sich naheliegenden Konzernverhältnisses die Implenia (Ticino) SA als materielle Verfügungsadressatin betrachtet wurde. Urteil des BVGer, RPW 2010/2 262 E. 3.1 und 307 E. 10.7.5, Swisscom Schweiz AG/WEKO und Urteil des BGer 2C_343/2010 vom 11. April 2011, E. 2.3 und 3.1: Die am Verfahren beteiligte Swisscom (Schweiz) AG ist bekanntlich eine Tochtergesellschaft der Swisscom AG. Zu diesem Konzernverhältnis und insbesondere zu den Folgen, die dieses für die Stellung der einzelnen Swisscom-Gruppengesellschaften als materielle Verfügungsadressatin/nen zeitigt bzw. zeitigen könnte, äussern sich aber weder das BVGer noch das BGer. 202 RPW 2010/1, 120 Rz 27, Preispolitik Swisscom ADSL; wohl bereits in diesem Sinn RPW 2004/2, 421 Rz 66 f., Swisscom ADSL. 203 Urteil des EuGH vom 10.09.2009 C-97/08 P, Akzo Nobel und andere/Kommission, Sl.2009 I-8237, Rz 77; siehe dazu auch FRÉDÉRIQUE WENNER/BERTUS VAN BARLINGEN, European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability, in: Competition Policy Newsletter, 2010/1, 23ff, 27: „In view of the Court's ruling, parent companies should now systematically expect to be held jointly and severally liable for the anticompetitive infringement committed by their wholly owned subsidiaries.” Für weitere Beispiele siehe die Übersicht in ANNA-ANTONINA SKOCZYLAS, Ver- antwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, 2011, 70 ff. 204 So etwa RPW 2011/1, 109 f. Rz 95, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC). 205 Anders etwa JOST (Fn. 182), Rz 729 f., der sich für eine Behandlung einzig der Konzernmutterge- sellschaft als materielle Verfügungsadressatin ausspricht. 206 Für Nachweise siehe Fn 200 f. 207 Siehe Rz 19 und 41.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 30

gedessen sind vorliegend Birchmeier, Brunner, Egli, Flexbelag208, Schiess und Walo als ma- terielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln. Bezüglich Brunner bleibt dabei Folgendes zu ergänzen: Die Maurer + Hösli AG und Brunner fusionierten gemäss Fusionsvertrag vom 21. April 2010, wobei die Maurer + Hösli AG unterging. Brunner ist damit Rechtsnachfolgerin der Maurer + Hösli AG und trat in deren Rechte und Pflichten ein, namentlich ist eine allfälli- ge Sanktion, die – würde sie noch existieren – der Maurer + Hösli AG aufzuerlegen wäre, Brunner aufzuerlegen und von dieser zu tragen.209 Bezüglich Schiess ist zu erwähnen, dass Schiess und Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, gemäss Fusionsvertrag vom 8. April 2013 fusionierten, wobei Schiess unterging und gelöscht wurde. Cellere AG Zürich, Bauun- ternehmung, ist damit Rechtsnachfolgerin von Schiess geworden und trat in deren Rechte und Pflichten ein, namentlich ist eine allfällige Sanktion, die – würde sie noch existieren – Schiess aufzuerlegen wäre, Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, aufzuerlegen und von dieser zu tragen.210 B.2.3.2 Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen 85. Das Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer) hat in einem jüngeren kartellrechtlichen

Urteil festgehalten, es könne aufgrund der hundertprozentigen Angehörigkeit einer Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft sowie diverser personeller Verflechtungen zwischen diesen Gesellschaften davon ausgegangen werden, dass eine Tochtergesellschaft zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich selbstständig auftrete. Folglich liege ein Konzern vor. Gestützt darauf erachtete es das BVGer als korrekt, die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten und ihr die Sanktion aufzuerlegen. Gemäss dieser Ansicht des BVGer führt das Bestehen eines Konzernverhältnisses (verstanden im Sinne des Leitungsprinzips)²¹¹ also eo ipso dazu, dass die Muttergesellschaft – ohne weitere Voraussetzungen erfüllen zu müssen – als „Repräsentantin“ der wirtschaftlichen Einheit Konzern und damit des Unternehmens im Sinne von Art. 2 KG zu verstehen und sie (und nur sie) als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten ist. Eine diesbezügliche Änderung am Urteil des BVGer nahm das BGer nicht vor.²¹² 86. Gemäss der Praxis der EU-Kommission und nach der Rechtsprechung des EuGH haftet die Muttergesellschaft für die Kartellrechtsverstösse ihrer Tochtergesellschaft, wenn die Muttergesellschaft in der Lage ist, einen entscheidenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft auszuüben und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausgeübt hat. Wenn eine Tochtergesellschaft zu 100 % im Eigentum einer Muttergesellschaft steht, ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die erste Voraussetzung erfüllt und es besteht diesfalls die Vermutung, dass die zweite Voraussetzung ebenfalls erfüllt ist.²¹³ Der EuGH hat weiter klargestellt, dass eine Einflussnahme der Konzernmutter auf die Tochtergesellschaft in strategischen Angelegenheiten genügt²¹⁴ und es insbesondere nicht erforderlich ist, dass der Ein-

208 Dazu, ob bei dieser Gesellschaft überhaupt ein Konzernsachverhalt vorliegt, siehe Rz 91. 209 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 100. 210 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 100. 211 Im Gegensatz zum Control-Prinzip, bei welchem bereits bei Bestehen einer Beherrschungsmöglichkeit vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen wird, auch – und dies im Unterschied zum Leitungsprinzip – wenn diese Möglichkeit effektiv gar nicht ausgeübt wird. 212 Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (zur Publikation vorgesehen). 213 Urteil des EuGH vom 20.01.2011 C-90/09 P, General Química et al./Kommission; (kommentiert in WuW 2011/3, 315 ff.); siehe auch Urteil des EuGH vom 25.10.1983 107/82, AEG Telefunken/Kommission, Slg. 1983 3151 Rz 50; Urteil des EuGH vom 16.11.2000 C-286/98 P, Stora/Kommission, Slg. 2000 I-9925 Rz 29; Urteil des EuGH vom 10.09.2009 C-97/08 P, Akzo Nobel und andere/Kommission, Slg. 2009 I-8237 Rz 60. 214 Ebenso die WEKO in RPW 2007/2, 200 Rz 65, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 31

fluss auf den konkreten Geschäftsbereich ausgeübt wird, in dem der Kartellrechtsverstoss stattgefunden hat.²¹⁵ Diese Praxis hat zur Folge, dass die Konzernmuttergesellschaft nur ausnahmsweise nicht für Tochtergesellschaften haftet, von denen sie sämtliche Anteile hält.²¹⁶ Damit haftet im europäischen Kartellrecht die Muttergesellschaft grundsätzlich nach denselben Gesichtspunkten, welche auch vom BVGer als relevant betrachtet wurden. 87. Nach dem Gesagten folgt in der EU aus einem 100-prozentigen Beteiligungsverhältnis, dass erstens die Möglichkeit zu einer entscheidenden Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft besteht und zweitens die effektive Ausübung dieser Einflussnahmemöglichkeit auch vermutet wird. Während Erstes sicherlich auch in der

Schweiz Gültigkeit hat, kann es sich bei Zweitem nur, aber immerhin, um eine sogenannte tatsächliche²¹⁷ Vermutung handeln. Wie es sich mit Zweitem genau verhält, kann vorliegend offen bleiben, da so oder so nicht auf diese Vermutung zurückgegriffen werden muss. Anzumerken bleibt, dass eine Beherrschungsmöglichkeit freilich auch bei Beteiligungsverhältnissen unter 100 %, je nach Ausgangslage und Aktionärsstruktur sogar bei Beteiligungsverhältnissen unter 50 %, ²¹⁸ bestehen kann, ²¹⁹ nur ist die Beherrschungsmöglichkeit diesfalls nicht derart offenkundig, wie es bei einer 100-prozentigen Beteiligung der Fall ist. Die effektive Ausübung der Beherrschungsmöglichkeit wird in solchen Fällen allerdings auch in der EU nicht einfach vermutet. 88. Ein Weg, und zwar der praktisch weitaus wichtigste, um eine bestehende Beherrschungsmöglichkeit auch tatsächlich auszuüben, ist die Besetzung leitender Funktionen (insbesondere Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) innerhalb der Mutter- und der Tochtergesellschaft durch die gleichen natürlichen Personen, also eine personelle Verflechtung. Liegt neben einer Mehrheitsbeteiligung durch die Muttergesellschaft auch eine solche personelle Verflechtung vor, d.h., es hat zumindest eine natürliche Person sowohl bei der Mutter- wie auch bei der Tochtergesellschaft eine leitende Funktion inne, ist daraus generell zu schliessen, dass die Muttergesellschaft effektiv einen Einfluss auf die Grundsatzentscheide der Tochtergesellschaft ausübt.²²⁰ Vom Vorliegen einer blossen Finanzbeteiligung, die sich auf die Ausübung von Aktionärsrechten beschränkt und mit der keinerlei Einfluss auf den Geschäftsgang genommen wird, ist unter solchen Umständen nicht auszugehen. 89. Gemäss dem Vorangegangenen, insbesondere dem jüngeren bundesverwaltungsgerichtlichen, vom BGer nicht aufgehobenen Entscheid, kann also die Muttergesell-

215 Urteil des EuGH vom 10.09.2009 C-97/08 P, Akzo Nobel und andere/Kommission, Slg. 2009 I- 8237 Rz 72 ff. 216 Vgl. die kurze Darstellung der europäischen Praxis in BÜGER (Fn 199), 131 f.; vgl. weiter zum Thema LAURA LA ROCCA, The controversial issue of the parent-company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary, ECLR 2011/2, 68–77; FRÉDÉRIQUE WENNER/BERTUS VAN BARLINGEN, European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability, Competition Policy Newsletter 2010/1, 23–27, abrufbar unter <ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn2010_1.pdf> (11.06.2013); ALEXANDER RIESENKAMPPFF/UDO KRAUTHAUSEN, Liability of Parent Companies for Antitrust Violations of their Subsidiaries, ECLR 2010/1, 38–42; KARL HOFSTETTER/MELANIE LUDESCHER, Der Konzern als Adressat von Bussen im EU-Kartellrecht, in: Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Kunz/Herren/Cottier/Matteotti (Hrsg.), 2009, 485–509, welche die EU-Praxis aus Unternehmenssicht kritisieren. Vgl. demgegenüber die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 23.04.2009, C-97/08 P, Akzo Nobel und andere/Kommission, Rz 35 ff. 217 Im Gegensatz zu einer gesetzlichen Vermutung. 218 Beispielsweise bei Vorliegen eines Aktionärs mit einer Beteiligung von 35–50 % und im Übrigen einer breiten Streuung des Aktionariats sowie dem gleichzeitigen Vorhandensein von wirtschaftlichen Abhängigkeiten gegenüber diesem einen Grossaktionär (z.B. wesentlichster Darlehensgeber der Gesellschaft). 219 Vgl. zum Ganzen SKOCZYLAS (Fn 203), 113 f. 220 In dem Sinn bereits RPW 2004/2, 420 Rz 60, Swisscom ADSL; RPW 2003/1, 92 Rz 23 drittes Lemma, VSW-Aufnahmebedingungen.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 32

schaft als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert werden, sobald von einem Konzernverhältnis im Sinne des Leitungsprinzips auszugehen ist.²²¹ 90. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine Konzernmuttergesellschaft selber operativ tätig ist oder ob es sich bei ihr um eine reine Holdinggesellschaft handelt, nicht beantwortet zu werden braucht, da dieser Punkt insofern irrelevant ist. Denn weder das eine noch das andere beeinflusst die Möglichkeit der Konzernmuttergesellschaft, aufgrund ihres Beteiligungsverhältnisses (gegebenenfalls auch aus anderen Gründen) entscheidenden Einfluss auf eine Tochtergesellschaft auszuüben. Ebenso wenig hat dies Auswirkungen darauf, ob sie eine solche Möglichkeit tatsächlich ausübt oder nicht. Mit anderen Worten spielt die Tatsache, dass es sich bei einer Konzernmuttergesellschaft um eine reine Holdinggesellschaft handelt, in vorliegendem Kontext keine Rolle, geht es doch hier gerade nicht um die Erfassung einer Konzernmuttergesellschaft aufgrund ihres eigenen gegen aussen gerichteten Handelns²²², sondern aufgrund des gegen aussen gerichteten Handelns ihrer Tochtergesellschaft. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass das Fehlen einer operativen Tätigkeit der Konzernmuttergesellschaft auch bezüglich der – von der hier behandelten Frage der Stellung als materielle Verfügungsadressatin strikt zu unterscheidenden – Frage nach dem persönlichen Geltungsbereich des KG nicht ausschlaggebend ist, wird doch dort von einem funktionalen Unternehmensbegriff ausgegangen und damit der Konzern als Ganzes als Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 bis KG betrachtet, weshalb eine operative Tätigkeit der Konzerntochtergesellschaft genügt.²²³ 91. Für die hier näher betrachteten Birchmeier, Brunner, Egli, Flexbelag, Schiess und [...] kommt ein Konzernsachverhalt in Betracht.²²⁴ Es liegt bei all diesen Gesellschaften, ausser bei Flexbelag, 1) ein die Kontrollmöglichkeit eröffnendes Beteiligungsverhältnis vor und es bestehen 2) personelle Verflechtungen mindestens einer, oftmals aber auch zweier natürlicher Personen. Dass ein Konzern vorliegt, wird von diesen Gesellschaften mit Ausnahmen von Flexbelag denn auch nicht bestritten. Bei Flexbelag verhält es sich so, dass zwar personelle Verflechtungen bestehen, aber das Beteiligungsverhältnis ist nicht dergestalt, dass es in der vorliegenden Situation eine alleinige Kontrollmöglichkeit herstellen würde, weshalb bei Flexbelag nicht vom Vorliegen einer Konzernsituation auszugehen ist; folglich ist Flexbelag (und nur sie) materielle Verfügungsadressatin. Unter den verbleibenden fünf Gesellschaften (Birchmeier, Brunner, Egli, Schiess und [...]) brachten einige im Laufe des Verfahrens vor, dass eine Qualifizierung der Konzernmuttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin trotz Vorliegens eines Konzernsachverhalts nicht angebracht sei. Soweit dies mit einer fehlenden operativen Tätigkeit der Konzernmuttergesellschaft begründet wurde, kann auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden;²²⁵ dieser Punkt ist nicht massgebend. Soweit geltend gemacht wurde, dass das zur Begründung herangezogene Urteil „Publigroupe“ des BVGer noch nicht rechtskräftig sei, ist dies aufgrund des zwischenzeitlich ergangenen Entscheids „Publigroupe“ des BGer überholt. Aber auch zuvor war dieses Argument letztlich nicht entscheidend, denn die Wettbewerbsbehörden haben auch ein noch nicht rechtskräftiges Urteil einer höheren Instanz, hier des BVGer, bei ihren Entscheiden gebührend zu berücksichtigen. 92. In den Stellungnahmen zum Antrag wendet sich bloss eine Partei gegen die Behandlung der Konzernmuttergesellschaft als materieller Verfügungsadressatin. Ihre Ansicht begründet sie mit mehreren Argumenten: Zunächst sei der vorliegende Sachverhalt nicht mit dem vom BVGer i.S. „Publigroupe“ beurteilten übereinstimmend. Dort sei das Ver-

221 Zustimmend und m.w.H. JOST (Fn. 182), Rz 725. 222 Zu dieser Konstellation Rz 79. 223 Zum persönlichen Geltungsbereich des KG siehe Rz 70 f. 224 Siehe die Antworten auf den Fragebogen zur Unternehmensstruktur (Nachweise der Fundstellen in Fn 87 und 107). 225 Siehe die vorangehende Rz.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 33

halten der Konzernmuttergesellschaft zur Beurteilung gestanden, hier hingegen dasjenige der Konzerntochtergesellschaft. Vorliegend sei nur die Konzerntochtergesellschaft auf den untersuchten Märkten tätig. Nirgends im Urteil des BVGer stehe, dass bei einem Konzernverhältnis automatisch die Konzernmuttergesellschaft materielle Verfügungsadressatin sei. Sodann wird geltend gemacht, dass in der bisherigen Praxis überwiegend die Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelt worden seien. Schliesslich sei die Praxis der EU – insbesondere im Bereich des nicht angepassten Verfahrensrecht – für die schweizerische Rechtslage irrelevant.²²⁶ 93. Bezüglich dieser Vorbringen ist Folgendes anzumerken: Zunächst trifft es nicht zu, dass im Fall „Publigroupe“ das Verhalten der Konzernmuttergesellschaft und nicht dasjenige der Konzerntochtergesellschaften untersucht wurde. Wie die Ausführungen des BVGer in Erwägung 7 zeigen, war die kartellrechtliche (Un)Zulässigkeit der Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften (VSW) zu beurteilen. Weil der VSW weder Nachfrager noch Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen sei, rechnete das BVGer dessen Verhalten seinen Mitgliedern – vier Tochtergesellschaften, nicht aber die Muttergesellschaft – zu (E. 4.3). Die kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft leitete das BVGer alsdann einzig aus der konzernmässigen Verbundenheit (i.S.d. Leitungsprinzips) ab (vgl. E. 4.5); es stützte dies mithin nicht auf ein konkretes eigenes Verhalten der Konzernmuttergesellschaft bezüglich dem Erlass der VSW-Richtlinien. Der vorliegende Sachverhalt ist demnach durchaus vergleichbar, auch hier wird den Konzernmuttergesellschaften nicht ein eigenes aktives Handeln vorgeworfen, sondern das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften. Es trifft eben gerade nicht zu, dass das BVGer aus dem Bestehen eines Konzernsachverhalts nicht automatisch auf eine Stellung der Konzernmuttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin schliessen würde. Zu beurteilen, ob diese Ansicht des BVGer überzeugt, ist nun nicht Aufgabe der erstinstanzlichen Behörde; diese hat sich vielmehr an der oberinstanzlichen Rechtsprechung zu orientieren. Folgedessen kann auch nicht entscheidend sein, dass die WEKO in ihrer bisherigen Praxis überwiegend die Tochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelte. Die Rechtslage in der EU ist für das schweizerische (Verfahrens)Recht selbstverständlich nicht bindend. Allerdings spricht nichts dagegen, wenn sie rechtsvergleichend bei der Gesetzesauslegung – insbesondere der materiellrechtlichen Kartellrechtsnormen – herangezogen und berücksichtigt wird.²²⁷ Die Vorbringen gegen die Erfassung auch der Konzernmuttergesellschaft als materieller Verfügungsadressatin vermögen demnach nicht zu überzeugen. 94. Aus dem Gesagten folgt, dass nebst Birchmeier, Brunner, Egli, Schiess und [...] auch deren Muttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln sind. In zweierlei Hinsicht gilt es diesbezüglich allerdings noch Ergänzungen anzubringen. Erstens: Bei Schiess lag bis unmittelbar vor dem Entscheid der WEKO ein dreistufiges Konzernverhältnis vor, indem die Aktien an Schiess von Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, gehalten wurden, deren Aktien wiederum von der Aktiengesellschaft Cellere gehalten wurden. Als „Repräsentantin“ des Konzerns im Sinne des vorerwähnten Urteils des BVGer ist

bei einem solchen Konzernaufbau die Gesellschaft an der Hierarchiespitze zu betrachten, somit die Aktiengesellschaft Cellere. Schiess fusionierte im April 2013 mit Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, und ging dadurch unter, weshalb Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, als deren Rechtsnachfolgerin ihre Rechte und Pflichten übernahm.²²⁸ Im Hinblick auf die Erfassung der Aktiengesellschaft Cellere ändert sich durch diese Fusion nichts. Zweitens: Bei Brunner liegt seit der Übernahme der Brunner Erben Holding AG, welche die Aktien an Brunner hält, durch STRABAG SE am 11. Mai 2011 ebenfalls ein dreistufiges Konzernver-

²²⁶ Siehe act. [...]. ²²⁷ In seinem Urteil 2C_484/2010 vom 29.6.2012 (zur Publikation vorgesehen) weist das BGer denn auch an mehreren Stellen auf Literatur zum EU-Recht hin (vgl. nur etwa E. 10). ²²⁸ Siehe dazu Rz 84.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 34

hältnis vor. Im Zeitpunkt der Vornahme der fraglichen Handlungen war der Brunner Erben-Konzern aber noch nicht mit der STRABAG SE verbunden, zu diesem Zeitpunkt hatte also die STRABAG SE gar keine Kontrollmöglichkeit und erst recht übte sie damals, also vor dem 11. Mai 2011, auch nicht effektiv eine Kontrolle über Brunner aus. Da im massgeblichen Zeit- raum die Brunner Erben Holding AG die Konzernmuttergesellschaft war, ist diese als materi- elle Verfügungsadressatin zu betrachten, nicht die STRABAG SE. ⁹⁵. Zusammenfassend sind damit die Konzernmuttergesellschaften von Birch- meier, Brunner, Egli, Schiess und [...], namentlich die Gewerbezentrum Unterfeld AG, die Brunner Erben Holding AG, die Brebau Holding AG, die Aktiengesellschaft Cellere resp. die [...] neben ihren Tochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen zu behan- deln.²²⁹ Eine kumulative Erfassung sowohl der Konzerntochter- als auch der Konzernmutter- gesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen erscheint in casu auch vor dem Hin- tergrund der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung angezeigt. Denn das BGer hält in seiner Entscheid „Publigroupe“ fest, dass es „(...) vorzuziehen gewesen [wäre], alle sechs Beschwerdeführer wären von Anfang an ins Verfahren einbezogen worden“.²³⁰ Diese Aussage spricht dafür, sowohl die Konzerntochter- als auch die Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln. ⁹⁶. Bloss ergänzend sei darauf hingewiesen, dass diese Ausdehnung den vorge- nannten Konzernmuttergesellschaften eröffnet und den übrigen Verfahrensparteien mitgeteilt wurde, hingegen – im Übrigen auch im Interesse der betroffenen Gesellschaften selber – auf eine separate amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung gegen die jeweiligen Kon- zernmuttergesellschaften unter deren Namensnennung verzichtet wurde. Dies erstens, weil eine amtliche Publikation lediglich deklaratorischen Charakter hat²³¹ und damit nicht zwin- gend erfolgen muss, und zweitens, weil der Informationszweck einer amtlichen Publikation durch die im Rahmen dieses Verfahrens bereits erfolgten amtlichen Publikationen, in wel- chen die Firmen der konkret handelnden Konzerntochtergesellschaften genannt wurden, schon erfüllt war. B.2.4 Fazit ⁹⁷. Zusammenfassend ergeben sich nach dem Gesagten folgende materielle Ver- fügungsadressatinnen: - Aktiengesellschaft Cellere (Konzernmuttergesellschaft) - Schiess resp. nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung (Konzerntochtergesell- schaft) - Brebau Holding AG (Konzernmuttergesellschaft) - Egli (Konzerntochtergesellschaft) - Brunner Erben Holding AG (Konzernmuttergesellschaft) - Brunner (Konzerntochtergesellschaft) - Flexbelag - Gewerbezentrum Unterfeld AG

(Konzernmuttergesellschaft) - Birchmeier (Konzerntochtergesellschaft)

229 Gleich vorgegangen wurde auch in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, vgl. RPW 2012/2, 383 Rz 913, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. 230 Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3.4 (zur Publikation vorgesehen). 231 BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 29 KG N 29.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 35

- Hagedorn - Hüppi - Keller-Frei - Kern - Kibag - Marti - Müller - Strabag - Tibau - Toller - [...] - Walo [...] B.3 Weitere formelle Fragen B.3.1 Keine weiteren Beweisabnahmen aufgrund noch offener Beweisanträge 98.

Hüppi stellte in ihrer Stellungnahme zum Antrag förmliche Beweisanträge, welche in Rz 56 wiedergegeben sind. Einen Eventualbeweisantrag stellte Hüppi ferner in ihrer Stellungnahme zu den neuen Beweismitteln.²³² Den Beweisanträgen bezüglich Fall [...], namentlich [...], ist die WEKO nachgekommen.²³³ Die weiteren Beweisanträge sind hingegen noch offen, wozu Folgendes festzuhalten ist: 99.

Trotz Art. 33 Abs. 1 VwVG kann auf die Abnahme anerbotener oder beantragter Beweismittel verzichtet werden, wenn der Sachverhalt, der damit bewiesen werden soll, unerheblich ist oder bereits feststeht resp. von der Behörde aufgrund eigener Sachkenntnis ausreichend gewürdigt werden kann, sowie ferner, wenn die Beweismittel untauglich zur Erbringung des fraglichen Beweises sind.²³⁴ In Anbetracht dessen ist eine Abnahme der vorgenannten Beweismittel nicht angezeigt. Im Einzelnen: 100. Zum Beizug der Akten aus der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ zum Beweis, dass die „Absprachenliste“ nachweislich falsch sei: Hüppi führt in ihrer Stellungnahme aus, von der Gesamtzahl der in der „Absprachenliste“ eingetragenen, angeblich abgesprochenen Projekte im Kanton Aargau sei das Sekretariat in seinem Antrag bloss in rund 15% der Fälle vom Vorliegen einer Abrede ausgegangen. Bei dieser Zahl sei noch nicht einmal berücksichtigt, in wie vielen dieser Fälle die WEKO oder im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens das BVGer vom Nichtvorliegen einer Abrede ausgehe. Die „Absprachenliste“ habe sich daher in zahlreichen Fällen als nachweislich falsch erwiesen, was der Aktenbeizug beweisen soll. Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass die von Hüppi gemachten Zahlenangaben betreffend der in der „Absprachenliste“ aufgeführten Projekte im

232 Siehe Rz 67. 233 Siehe Fn [...]. 234 Siehe STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 39 KG N 84; ferner BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 33 VwVG N 14 ff.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 36

Kanton Aargau sowie die davon in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ sanktionierten Abreden grundsätzlich unbestritten sind. Die genauen Zahlen erscheinen dabei unwesentlich, entscheidend ist vielmehr die – unbestrittenermassen zutreffende – Kernaussage, dass es bezüglich der in der „Absprachenliste“ aufgeführten Projekte in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle nicht zu einer Sanktionierung kam. Da

diese Tatsache erstellt ist, erübrigen sich weitere Beweisabnahmen dazu. Soweit mit dem Beizug der Ver- fahrensakten hingegen bewiesen werden soll, dass die Angaben in der „Absprachenliste“ zu einem grossen Teil nachweislich falsch sind, kann dieser Beweis durch einen Aktenbeizug nicht erbracht werden. Wie die WEKO in ihrer Verfügung betreffend „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ ausdrücklich festhält, hat sie Hinweise auf fast 300 abgesprochene Pro- jekte erhalten. Aus verfahrensökonomischen Gründen – womit unter anderem Ressourcen- probleme gemeint sind – hat sie daraus eine Auswahl von rund 100 Projekten getroffen und diese im Detail aufgearbeitet.²³⁵ Die WEKO stellt also keineswegs fest, dass die Hinweise (unter anderem eben durch Aufführung in der „Absprachenliste“) in den übrigen, von ihr nicht näher betrachteten Fällen unzutreffend gewesen wären; sie ist diesen Hinweisen gar nicht erst nachgegangen, hat diese weiteren Fälle dementsprechend weder angeschaut noch die diesbezüglich vorliegenden Beweismittel gewürdigt. Mangels näherer Betrachtung dieser weiteren Projekte kann sich auch aus den Akten nichts dazu ergeben, schon gar nicht die Feststellung, dass die „Absprachenliste“ nachweislich falsch wäre, da eine solche Feststel- lung doch nähere Abklärungen zu den fraglichen Projekten voraussetzen würde. Folgedes- sen kann die beantragte Beweisabnahme den angestrebten Beweis nicht erbringen, weshalb darauf zu verzichten ist. Bloss der Vollständigkeit halber sei im Übrigen darauf hingewiesen, dass die WEKO den Beweiswert der „Absprachenliste“ in ihrer Verfügung vertieft geprüft hat und zum Schluss kommt, dass es sich um ein ausgesprochen überzeugendes Beweismittel handelt.²³⁶ 101. Zum Beizug der Stellungnahme von Hüppi in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ zum Beweis, dass Hüppi dort ihr internes Schreiben an alle Filialleiter zu den Akten reichte: Es ist unbestritten, dass Hüppi dieses interne Schreiben im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ eingereicht hat. Es erübrigt sich daher, darüber Beweis zu führen. Eine andere, nicht auf Ebene des Sachverhalts gelegene Frage ist, ob Hüppi deshalb davon ausgehen durfte, dieses Beweismittel sei auch in vorliegender Untersuchung bekannt. Diese Frage braucht allerdings nicht beantwortet zu werden, da Hüppi das fragliche Schrei- ben mit ihrer Stellungnahme in vorliegender Untersuchung einreichte und es daher nunmehr Teil der Verfahrensakten ist. 102. Zum Beizug der Akten der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, insbesondere von act. [...], zum Beweis, dass das von der Selbstanzeigerin bezüg- lich Fall [...] eingereichte Dokument nachträglich, insbesondere erst nach der Hausdurchsu- chung, erstellt wurde: Mit einem Beizug der Akten aus der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ könnte nur, aber immerhin, bewiesen werden, ob das fragliche Dokument anlässlich der Hausdurchsuchung gefunden und beschlagnahmt wurde oder nicht. Nicht beweisen lässt sich dadurch allerdings eine nachträgliche Erstellung des Doku- ments. Denn selbst wenn dieses nicht gefunden und beschlagnahmt worden sein sollte, be- weist dies nicht, dass es zum damaligen Zeitpunkt nicht existiert hätte. Erfahrungsgemäss ist davon auszugehen, dass anlässlich einer Hausdurchsuchung nicht restlos alle allenfalls re- levanten Beweismittel gefunden werden, Vorliegend kommt hinzu, dass sich die Hausdurch- suchung bei der späteren Selbstanzeigerin primär auf den Kanton Aargau und dort gelegene Projekte konzentriert haben dürfte, wogegen dieses Dokument ein Projekt im Kanton Zürich betrifft. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Selbstanzeigerin anlässlich der Anhö-

235 RPW 2012/2, 283 Rz 66, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. 236 RPW 2012/2, 284 ff. Rz 70 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau

im Kanton Aargau.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 37

nung durch die WEKO zu diesem Dokument befragt wurde.²³⁷ Es bestehen aus Sicht der WEKO unter Würdigung dieser Aussagen keine Zweifel daran, dass dieses Dokument nicht nachträglich erstellt wurde. Entsprechend sind keine diesbezüglichen Beweise mehr abzunehmen, erst recht nicht solche, die für den Beweis des relevanten Sachverhalts ohnehin untauglich sind. 103. Zum Beizug von act. [...] aus der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ zum Beweis, dass Hüppi dort bezüglich einem bestimmten Projekt durch eine Selbstanzeigerin (nicht derselben wie im vorliegenden Verfahren) entlastet worden sei: Es ist unbestritten und ergibt sich auch aus der Verfügung betreffend „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, dass Hüppi bezüglich dieses einen Projekts im Kanton Aargau von einer Selbstanzeigerin ausdrücklich entlastet wurde.²³⁸ Ist diese Tatsache erstellt, bedarf es keiner diesbezüglichen Beweisabnahme. Eine Entlastung einer Partei bezüglich eines bestimmten Projekts kommt aber ohnehin nicht einer Entlastung bezüglich anderer Projekte gleich oder indiziert eine solche, weshalb diese einzelfallspezifische Entlastung für das vorliegende Verfahren sowieso unerheblich ist. Schliesslich ist hervorzuheben, dass Hüppi bei dem fraglichen Projekt nicht von Birchmeier, sondern von einer anderen Selbstanzeigerin, welche in vorliegendem Verfahren gar nicht Partei ist, einer Abredeteilnahme bezichtigt wurde. Zum Wahrheitsgehalt von Aussagen von Birchmeier, der Selbstanzeigerin in diesem Verfahren, lässt sich daraus also – entgegen der Ansicht von Hüppi – so oder so keine Erkenntnis gewinnen. 104. Zum Eventualbeweisanspruch bezüglich Einholung einer Auskunft [...] im Fall [...] ist festzuhalten, dass Hüppi selbst angibt, in antizipierter Beweiswürdigung sei davon auszugehen, dass das Erinnerungsvermögen an ein allfälliges kurzes Telefonat aufgrund des Zeitablaufs wenig wahrscheinlich sei. Die WEKO teilt diese Ansicht und geht ebenfalls davon aus, dass eine solche Auskunftsanfrage nicht zu einem Ergebnis führen dürfte. Entsprechend ist von einer solchen Beweisabnahme abzusehen. Diesbezüglich ist klarstellend festzuhalten, dass eine entsprechende Auskunft bei [...] bloss angefragt wurde, weil [...] so oder so um Angabe der [...] angegangen wurde.²³⁹ Die Wettbewerbsbehörden gingen dabei davon aus, dass eine Angabe der [...] trotz des Zeitablaufs noch ohne Weiteres möglich ist, was sich in der Folge bestätigte.²⁴⁰ Es verursachte in diesem Zusammenhang keinen nennenswerten Zusatzaufwand, [...] gleichzeitig auch noch um Auskunft bezüglich eines allfälligen Telefonkontaktes zu bitten, auch wenn die Wettbewerbsbehörden diesbezüglich davon ausgingen, dass diese Auskunft infolge des Zeitablaufs kaum möglich sein dürfte. Der Grund für die klar verneinende Antwort [...] dürfte denn auch darin liegen, dass nicht [...], sondern – wie von Hüppi geltend gemacht – wenn schon [...] ein solches Telefonat geführt hätte, weshalb [...] dies für sich ausschliessen konnte. Wäre [...] aber nicht ohnehin anzugehen gewesen, wären die Wettbewerbsbehörden mit diesem Auskunftsbegehren allein jedoch aufgrund einer entsprechenden antizipierten Beweiswürdigung nicht an [...] gelangt. 105. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass auf die Abnahme der verschiedenen von Hüppi beantragten Beweismittel verzichtet werden kann, da der damit zu beweisende Sachverhalt entweder unerheblich ist, mit den beantragten Beweisabnahmen der relevante Beweis nicht erbracht werden kann oder aber der Sachverhalt auch ohne Abnahme dieser Beweismittel bereits feststeht. 106. Ferner machen einige Parteien geltend, der Sachverhalt sei teilweise zu wenig abgeklärt worden, indem beispielsweise gewisse

Bauunternehmen nicht befragt worden sei-

237 Siehe act. [...]. 238 RPW 2012/2, [...], Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. 239 Siehe act. [...]. 240 Vgl. act. [...].

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 38

en.241 Diesbezügliche förmliche Beweisanträge stellen sie jedoch nicht, weshalb an dieser Stelle nicht im Einzelnen auf diese Vorbringen einzugehen ist. Festgehalten sei hier immerhin, dass die WEKO der Ansicht ist, der Sachverhalt, wie er sich präsentiert, ist genügend abgeklärt und weitere Untersuchungsmassnahmen sind nicht angezeigt. B.3.2 Zulässige Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts bezüglich Unterlagen aus der Selbstanzeige 107. Hüppi macht – im Übrigen als einzige Partei – geltend, die weitgehende Schwärzung der „Absprachenliste“ und gewisser Passagen im Protokoll der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige sowie das diesbezüglich auferlegte Kopierverbot stelle eine Verweigerung ihres Akteneinsichtsrechts und damit eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. 108. Aufgrund der Schwärzung der „Absprachenliste“ sei es ihr nicht möglich gewesen, deren Unzuverlässigkeit und Fehlerhaftigkeit, in welchen Aargauer Fällen es sich um Falschanzeigen gehandelt habe, darzutun und darzulegen.242 Die vollständige Kenntnis des Protokolls sei notwendig, um die Aussagen der Selbstanzeigerin zu würdigen, etwa weil in der geschwärzten ersten Passage gänzlich unglaubwürdige Aussagen gemacht worden sein könnten oder die Selbstanzeigerin dort selber festgehalten haben könnte, dass sie nicht von ihren Anschuldigungen überzeugt sei.243 Ebenso sei die Kenntnis der angegebenen Region zentral, da dies die Anschuldigungen von vornherein entkräften könnte.244 109. Aufgrund des Kopierverbots sei es ihr nicht möglich gewesen, mit der nötigen Genauigkeit den einzelnen in diesen Akten enthaltenen Anschuldigungen bzw. Dokumenten nachzugehen. Gerade die schwer leserlichen handschriftlichen Dokumente hätten nur verlässlich analysiert werden können, wenn sie jeweils bei Durchsicht anderer Akten wieder hätten hervorgehoben und mit diesen verglichen werden können. Dafür hätten sie aber müssen kopiert werden können, da ein umgekehrtes Vorgehen, namentlich dies vor Ort in Bern zu tun, schlicht nicht innert nützlicher Frist, insbesondere der 60-tägigen Frist zur Einreichung der Stellungnahme, praktikabel gewesen wäre. Da die Dokumente den Parteien aber grundsätzlich zur Einsichtnahme und Abschrift offen stünden und im Antrag Passagen aus ihnen zum Teil wörtlich, zum Teil indirekt wiedergegeben würden, bestehe auch kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der Selbstanzeigerin an einem Kopierverbot.245 B.3.2.1 Allgemeines 110. In Kartellverwaltungsverfahren gilt gemäss Art. 39 KG in Verbindung mit Art. 26 VwVG im Grundsatz ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht.246 Das Akteneinsichtsrecht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird auch durch Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährleistet. Einschränkungen sind nur, aber immerhin, aus den in Art. 27 VwVG genannten Gründen möglich, namentlich wegen entgegenstehender überwiegender öffentlicher oder privater Interessen. Erforderlich ist demnach im konkreten Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse an der Einsichtnahme einerseits und den

241 Siehe etwa act. [...]. 242 Act. [...]. 243 Act. [...]. 244 Act. [...]. 245 Act. [...]. 246 Statt anderer bezüglich Art. 26 VwVG etwa BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 26 VwVG N 59 m.w.H.

E. 39

entgegenstehenden Interessen andererseits.²⁴⁷ Nur wenn Letztere überwiegen, ist eine Einsichtnahme zu verweigern oder das Einsichtsrecht anderweitig einzuschränken, wobei der jeweils mildestmögliche Eingriff zu wählen ist. In Kartellverwaltungsverfahren ist in diesem Zusammenhang auf Art. 25 KG hinzuweisen, welcher ausdrücklich festhält, dass die Wettbewerbsbehörden Amts- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren haben, wodurch sich ohne Weiteres ergibt, dass gerade solche Geheimnisse als entgegenstehende überwiegende Interessen anzuerkennen sind. Wird die Einsichtnahme in Aktenstücke gestützt auf Art. 27 VwVG berechtigterweise ganz oder teilweise verweigert, richtet sich die Verwertbarkeit der entsprechenden Aktenstücke resp. deren nicht einsehbarer Teile im Rahmen des Verfahrens nach den in Art. 28 VwVG festgelegten Modalitäten.²⁴⁸ B.3.2.2 Ad Schwärzungen 111. Bei den vorgenommenen, von Hüppi beanstandeten Schwärzungen fällt bei der vorzunehmenden Interessenabwägung insbesondere ins Gewicht, dass die fraglichen Unterlagen Teil einer Selbstanzeige sind und dergestalt in vorliegende Untersuchung eingebracht wurden. Die involvierten privaten und öffentlichen Interessen, welche bei Akteneinsichten in Selbstanzeigen in grundsätzlicher und allgemeiner Hinsicht für Einschränkungen sprechen, hat die WEKO in ihrer im Rahmen der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ ergangenen Zwischenverfügung²⁴⁹ herausgearbeitet. Diese wird hier auszugsweise wiedergegeben:²⁵⁰ „20. Das Institut der Selbstanzeige im Rahmen der Bonusregel gemäss Art. 49a Abs. 2 KG wurde zusammen mit der Möglichkeit eingeführt, direkte Sanktionen zu erlassen. Durch die Einführung direkter Sanktionen wurde für die Unternehmen ein Anreiz geschaffen, „noch versteckter und professioneller zu agieren, um die Aufdeckung eines Kartellrechtsverstosses zu verhindern und dadurch einer direkten Sanktionierung zu entgehen“²⁵¹. In diesem Zusammenhang wird deshalb von einem ‚Ermittlungs- bzw. Beweisnotstand‘ gesprochen, der insbesondere in Bezug auf horizontale Absprachen (Art. 5 Abs. 3 KG) unbestritten ist²⁵². 21. Der Gesetzgeber beabsichtigte deshalb, der WEKO ein ‚entsprechend wirksames Instrumentarium in die Hand‘ zu geben, ‚um diesem Erschwernis beizukommen‘²⁵³. Dieses Instrumentarium besteht in der Bonusregel, welche den an einem Kartell beteiligten Unternehmen einen Anreiz verschafft (d.h. eine Sanktionsreduktion in Aussicht stellt), das Kartell durch Selbstanzeige und Kooperation aufzudecken.²⁵⁴

²⁴⁷ BRUNNER (Fn 27), in: Kommentar VwVG, Art. 27 VwVG N 9. ²⁴⁸ Grundlegend zum Anspruch auf Schutz von Geschäftsgeheimnissen, der Spannung zum Akteneinsichtsrecht und zur Umschreibung der fraglichen Daten Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/4, 709 ff. E. 3.1 ff., Vertrieb von Tierarzneimitteln. ²⁴⁹ RPW 2012/2, 264 ff., Zwischenverfügung in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau betreffend Akteneinsicht. ²⁵⁰ Der technischen Einfachheit halber erfolgt die Nummerierung der Fussnoten fortlaufend und nicht anhand der Nummerierung des Originals. Die Fussnoten des Originals wurden hinsichtlich internen Verweisungen und Zitierweise angepasst. ²⁵¹ CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 120. ²⁵² DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007, 627 ff.; siehe dazu auch BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 251), Art. 49a KG N 123 ff. ²⁵³ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2038. ²⁵⁴ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2028.

E. 40

22. Eine Selbstanzeige stellt für ein Unternehmen einen grossen Schritt dar und zwingt es, die Vor- und Nachteile einer Kooperation abzuwägen. Ein wichtiges Interesse stellt dabei der diskrete Umgang der Wettbewerbsbehörden mit den freiwillig offen gelegten Informationen dar. Die Diskretionsanliegen der Unternehmen betreffen die Weitergabe von Informationen an Behörden und Gerichte, Retorsionsmassnahmen der Branche und zivile Schadenersatzprozesse.²⁵⁵ Die Möglichkeit von Folgeprozessen scheint für die Unternehmen die grössten Unsicherheiten zu bergen, sodass davon auch die grösste Gefahr für den Anreiz zur Kooperation ausgehen dürfte: ‚Muss ein Unternehmen, das eine Selbstanzeige einreicht, damit rechnen, dass die vorgelegten Unterlagen zu einem späteren Zeitpunkt in einem Zivilprozess – z.B. auf Zahlung von Schadenersatz – gegen das Unternehmen verwendet werden, so droht die Bonusregelung leer zu laufen‘²⁵⁶. Ein Autor erwägt deshalb, Informationen aus Selbstanzeigen den von diesen belasteten Unternehmen nur indirekt über ihre Rechtsvertreter zugänglich zu machen und das Kopieren zu untersagen; Dritten soll die Einsichtnahme gar ganz verweigert werden.²⁵⁷ 23. Die Anreizwirkung der Bonusregel hängt nach dem Gesagten im Wesentlichen davon ab, wie berechenbar die Folgen einer Kooperation für die betroffenen Unternehmen sind. Diese Berechenbarkeit bezieht sich einerseits auf die unmittelbare Aussicht auf eine Sanktionsreduktion²⁵⁸, andererseits auf die möglichen Spätfolgen eines Kartellverfahrens²⁵⁹. 24. Um dem mit der Einführung der Bonusregel verbundenen Zweck der Erhöhung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Kartellen gerecht zu werden, erscheint es deshalb als zulässig, den genannten Unsicherheiten mit einem für die Selbstanzeiger schonungsvollen Umgang mit den von ihnen freiwillig offengelegten Informationen und Unterlagen zu begegnen. Diesen Schutz auch den zusätzlich zu Beweisaussagen eingereichten Beweismitteln zukommen zu lassen, wird durch deren Wichtigkeit für die Beweisführung gerechtfertigt. Es sind deshalb Anreize zu schaffen, dass Unternehmen ihre Aussagen mit vorhandenen Beweismitteln belegen. Allerdings wird zu Recht darauf hingewiesen, dass einem durch eine Selbstanzeige beschuldigten Unternehmen das Recht auf umfassendes rechtliches Gehör nicht verkürzt werden darf, nur um den Aufdeckungsanreiz der Bonusregelung möglichst zu maximieren.²⁶⁰ 25. Wie oben ausgeführt bestimmt sich der Umfang des Akteneinsichtsrechts auf der Grundlage des konkreten Falls. Dabei sind die einander entgegenstehenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Als Interessen, die eine Einschränkung des Rechts auf Akteneinsicht rechtfertigen können, steht das öffentliche Interesse des Funktionierens der Bonusregel (bzw. des Anreizes zur Kooperation) im

²⁵⁵ ZIMMERLI (Fn 252), 721 ff. ²⁵⁶ RETO JACOBS, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: Zäch Roger (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, 218. ²⁵⁷ ZIMMERLI (Fn 252), 743 f. und 742 f.; siehe dazu auch TAGMANN/ZIRLICK (Fn 251), Art. 49a KG N 739 ff. und 169 f. ²⁵⁸ Als Beispiel sei auf die Möglichkeit verwiesen, die Erfolgsaussichten einer Selbstanzeige durch die Einreichung einer anonymisierten Selbstanzeige klären zu lassen (Art. 9 Abs. 2 Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung). ²⁵⁹ Siehe dazu die Ausführungen unter Rz [...]; siehe auch die Möglichkeit eines Selbstanzeigers, die Selbstanzeige ausnahmsweise mündlich zu Protokoll zu geben, um sicherzustellen, dass dieser keine Herausgabepflicht in anderen (namentlich ausländischen) Zivil- oder anderen Verfahren zu befürchten hat (Art. 9 Abs. 1 2. Abschnitt

Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung). 260 ZIMMERLI (Fn 252), 732.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 41

Vordergrund. Dieses findet seine Grenzen in der Sicherstellung einer wirksamen Verteidigung für die von einer Selbstanzeige belasteten Unternehmen.“ 112. Unter Berücksichtigung der vorangehenden Ausführungen ist diese Interessenabwägung nun in concreto vorzunehmen: 113. Zunächst ist festzuhalten, dass in der „Absprachenliste“ alle aufgelisteten, im Kanton Zürich befindlichen Projekte offengelegt wurden, und zwar unabhängig davon, ob diesbezüglich nachfolgend der Beweis von Wettbewerbsabreden als erbracht erachtet wird oder nicht. Obwohl die Selbstanzeigerin ein erhebliches Interesse an der Geheimhaltung resp. vertraulichen Behandlung dieser Projekte hat, überwiegt nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden hier das Interesse der übrigen Parteien an einer Einsichtnahme. Für die Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte müssen die Parteien nämlich insoweit Einsicht haben in dieses Beweismittel, als dass es um Projekte geht, welche Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind.²⁶¹ Zumindest in einem späten Verfahrenszeitpunkt sprechen sodann auch keine ermittlungstaktischen (und damit öffentlichen) Interessen mehr für eine Geheimhaltung. Soweit Projekte im Kanton Zürich betreffend, nahmen die Wettbewerbsbehörden also gerade keine Abdeckungen vor, da andernfalls die Möglichkeit zu einer wirksamen Verteidigung nicht mehr gewährleistet gewesen wäre, vor allem auch, weil insofern ein Vorgehen gemäss Art. 28 VwVG nicht möglich gewesen wäre. 114. Hingegen wurden sämtliche aufgeführten Projekte, die sich nicht im Kanton Zürich befinden, geschwärzt. Denn bezüglich dieser weiteren, ausserhalb des Gegenstands der vorliegenden Untersuchung liegenden Projekte überwiegen nun das Geheimhaltungsinteresse der Selbstanzeigerin wie auch öffentlichen Interessen an der Abdeckung des Interesses der übrigen Parteien an einer Einsichtnahme. Zum einen ist auch bezüglich dieser Projekte das Geheimhaltungsinteresse der Selbstanzeigerin erheblich. So würde sich im Falle des öffentlichen Bekanntwerdens etwa die Möglichkeit von Schadenersatzprozessen erhöhen. Die Gefahr, dass die Öffentlichkeit durch andere Parteien an Informationen bezüglich dieser Projekte gelangen würde (beispielsweise als Retorsionsmassnahme), erscheint wegen der bei diesen Projekten regelmässig fehlenden eigenen Betroffenheit der anderen Parteien des vorliegenden Verfahrens zudem ungleich grösser als bezüglich Projekten im Kanton Zürich. Auch die öffentlichen Interessen am Funktionieren des Instituts der Selbstanzeige und damit einem schonungsvollen Umgang mit freiwillig offengelegten Informationen sind gewichtig. Zum anderen ist bezüglich dieser Projekte (anders als bezüglich der im Kanton Zürich gelegenen Projekte) das Einsichtsinteresse der übrigen Parteien gering, reicht es für sie doch aus, zu wissen, dass es sich bei den abgedeckten Stellen um Projekte ausserhalb des Untersuchungsgegenstands, namentlich aus dem Kanton Aargau, handelt.²⁶² Welche Projekte im Einzelnen aufgeführt sind, um so vergleichen zu können, welche davon in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ beurteilt wurden und welche nicht, ist für die Parteien des vorliegenden Verfahrens – entgegen der Ansicht von Hüppi – ohne Belang, zumal sich dadurch ohnehin nicht beweisen liesse, dass es sich bei den übrigen aufgelisteten Projekten um „Falschanzeigen“ gehandelt hätte²⁶³. Inwiefern Hüppi dies auf andere Weise (also nicht aufgrund eines blossen Vergleichs mit den in der Untersuchung

²⁶¹ Nicht praktikabel und unverhältnismässig aufwändig wäre es gewesen, hinsichtlich jeder Partei jeweils nur diejenigen im Kanton Zürich liegenden Projekte offen zu legen,

von welchen sie als Offert- oder zur Offertstellung eingeladenes Unternehmen betroffen ist. Zum einen wurde bezüglich einzelner Projekte erst im Laufe des weiteren Verfahrens bekannt, um welche Gesellschaften es sich dabei handelt, was laufend Anpassungen bedingt hätte, zum anderen hätte für jede Partei ein separat einsehbarer Ordner mit individuell angepassten Dokumenten (und zwar nicht nur der „Absprachenliste“, sondern aller Bonusmeldungsunterlagen) erstellt werden müssen. 262 Dass Hüppi hierum wusste, zeigt sich schon nur aus seiner Stellungnahme (vgl. etwa act. [...]) – es wurde ihr mündlich anlässlich der Einsichtnahme mitgeteilt. 263 Siehe ausführlicher dazu Rz 100.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 42

„Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ beurteilten und v.a. nicht beurteilten Projekten) aufzeigen möchte, wird von ihr weder erläutert noch wäre eine solche Möglichkeit ersichtlich. Anderweitige Einsichtsinteressen der übrigen Parteien sind nicht auszumachen; vielmehr ist es so, dass, hätte die Selbstanzeigerin etwa zwei separate, nach Kantonen getrennte Listen geführt, die Liste betreffend den Kanton Aargau mangels Relevanz gar nicht erst in die Akten der vorliegenden Untersuchung aufgenommen worden wäre. 264 115. Soweit die abgedeckten Passagen im Protokoll der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige betreffend, ist festzuhalten, dass auch hier die Geheimhaltungsinteressen der Selbstanzeigerin wie auch teilweise die öffentlichen Interessen am Funktionieren der Bonusregel überwiegen. Eine Offenlegung der ersten Passage würde die nachteiligen Folgen einer Selbstanzeige weiter vergrössern und so deren Attraktivität erheblich schmälern. Bei den angegebenen Regionen handelt es sich um strategische Angaben zur Unternehmenstätigkeit der Selbstanzeigerin und damit um ein Geschäftsgeheimnis. Dem stehen auch hier bescheidene Interessen an einer Einsichtnahme gegenüber; die erste Passage ist nicht weiter entscheidend. Nur, aber immerhin, kann Hüppi in Anbetracht ihrer Spekulationen versichert werden, dass es sich weder um eine Aussage handelt, wonach die Selbstanzeigerin selbst nicht von ihren Anschuldigen überzeugt ist, noch um eine gänzlich unglaubwürdige Aussage – im Übrigen wären solche Aussagen ohne Weiteres entscheidend relevant. Bezüglich der angegebenen Regionen ist es Hüppi auch ohne Kenntnis der genauen Angaben möglich, sich wirkungsvoll zu verteidigen. Insbesondere kann sie, wie sie es denn auch tut, 265 problemlos vorbringen, dass – wenn diese Region „auch die an den Kanton Aargau grenzenden Gebiete des Kantons Zürich“ umfassen sollte – dadurch „die Anschuldigungen betreffend Absprachen im Kanton Zürich von vornherein“ entkräftet würden. 116. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bei allen abgedeckten Passagen private und zudem grösstenteils auch öffentliche Interessen an einer Abdeckung bestehen, die das Interesse an einer Einsichtnahme durch die anderen Parteien, namentlich auch Hüppi, überwiegen. Dementsprechend sind die vorgenommenen Schwärzungen angezeigt und gemäss Art. 27 VwVG berechtigt. Da die Wettbewerbsbehörden auf keine dieser abgedeckten Passagen abstellen, erübrigt sich ein Vorgehen nach Art. 28 VwVG. Durch die vorgenommene Schwärzung wird das Recht von Hüppi auf Akteneinsicht, und damit auch ihr Anspruch auf rechtliches Gehör, demnach nicht verletzt. B.3.2.3 Ad Kopierverbot 117. Es trifft zu, dass die Wettbewerbsbehörden den Parteien hinsichtlich der vier Aktenstücke act. [...], die Teil der Selbstanzeige sind und dergestalt in vorliegende Untersuchung eingebracht wurden, ein Kopierverbot auferlegt haben. Erlaubt war es ihnen jedoch, diese Unterlagen vor Ort einzusehen, sich Notizen davon zu machen resp. sie abzuschreiben sowie deren Inhalt auf ein Aufnahmegerät zu diktieren. Bezüglich aller übrigen Aktenstücke dieses

Verfahrens wurde die Möglichkeit zur Anfertigung von Kopien nicht eingeschränkt. 118. Es ist anerkannt, dass das Akteneinsichtsrecht unter anderem auch das Recht umfasst, Kopien von Aktenstücken anzufertigen.²⁶⁶ Ein Kopierverbot stellt demnach eine Einschränkung des Akteneinsichtsrechts dar. Ob eine solche Einschränkung rechtmässig ist, ergibt sich wiederum aus einer Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen (Art. 27 VwVG). Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass ein Kopierverbot nicht nur dann zu-

264 Bei Bonusmeldungen im Ergebnis für eine Vorgehensweise in diesem Sinne plädierend etwa BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 169. 265 Vgl. act. [...]. 266 Statt anderer WALDMANN/OESCHGER (Fn 246), in: Praxiskommentar VwVG, Art. 26 VwVG N 80 m.w.H.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 43

lässig ist, wenn das Erstellen von Kopien einen unverhältnismässigen Kosten- und Arbeitsaufwand verursachen würde, sondern auch, wenn andere überwiegende Interessen an einem solchen bestehen.²⁶⁷ 119. Hinsichtlich dieser Interessenabwägung ist vorab darauf hinzuweisen, dass die im Rahmen der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ ergangene Zwischenverfügung²⁶⁸ ebendiese Frage beschlägt, namentlich ein Kopierverbot bezüglich der Unterlagen der Selbstanzeige(en). Ergänzend zu den bereits zuvor abgedruckten Passagen²⁶⁹ aus dieser Zwischenverfügung, welche auch vorliegend von Relevanz sind, erscheint es daher geboten, an dieser Stelle zwei weitere Passagen wiederzugeben:²⁷⁰ „27. Das Sekretariat hat gestützt auf diese Überlegungen die Praxis entwickelt, das Recht auf Akteneinsicht in Bonusmeldungen (sowohl hinsichtlich Beweisausagen wie auch eingereichter Akten) nur durch die Einsichtnahme vor Ort zu gewähren, ohne Kopiermöglichkeit, sofern dadurch eine wirksame Verteidigung der durch die von einer Selbstanzeige belasteten Unternehmen nicht gefährdet wird. Davon wird zur Sicherstellung der Vorhersehbarkeit für die Selbstanzeiger nur mit deren Einverständnis abgewichen. Wichtig erscheint dem Sekretariat das Vertrauen, das damit geschaffen wird. Unternehmen, die eine Bonusmeldung einreichen, sollen sich darauf verlassen können, dass die von ihnen gemachten Aussagen und eingereichten Unterlagen nur einer eingeschränkten Akteneinsicht unterliegen. Die vom Sekretariat vorgeschlagene Lösung schafft die notwendige Vorhersehbarkeit und umfasst generell alle eingereichten Dokumente. 28. Dieses Vorgehen wird seit Einführung der Bonusregel per 1. April 2004 praktiziert und stellt einen sachgerechten Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen von belasteten Parteien, Selbstanzeiger und Behörde dar. Es wurde bisher nicht angefochten. Auch in der vorliegenden Untersuchung haben nur drei von 19 Unternehmen, welchen eine direkte Beteiligung an einer Absprache vorgeworfen wird, eine Kopiermöglichkeit sämtlicher Verfahrensakten verlangt (wobei zwei dieser drei zu den vom selben Rechtsbeistand vertretenen Gesuchstellerinnen gehören).²⁷¹“ 120. Bezüglich der vorzunehmenden Interessenabwägung in concreto ist zunächst das Interesse von Hüppi an einer auflagefreien Einsichtnahme, also mit Kopiermöglichkeit auch dieser Aktenstücke, zu bewerten. Hüppi bringt diesbezüglich vor, ohne Kopiermöglichkeit sei es ihr nicht möglich, „mit der nötigen Genauigkeit den einzelnen in diesen Akten enthaltenen Anschuldigungen bzw. Dokumente nachzugehen und diese anderen in den entsprechenden Fällen vorhandenen Dokumenten gegenüberzustellen und zu vergleichen, geschweige denn verlässliche Schlüsse zu ziehen. Die nicht kopierbaren Dokumente enthalten zudem

zahlreiche Kopien von handschriftlichen Unterlagen, welche z.T. kaum oder gar nicht oder nur mehrdeutig entzifferbar sind. Eine verlässliche Analyse des Gehalts oder Nichtgehaltes von solchen schwer leserlichen Handschriftdokumenten lässt sich nur vornehmen, wenn diese Dokumente kopiert und nach Hause genommen werden können, um sie jeweils bei Durchsicht anderer Akten wieder hervorzunehmen und mit diesen vergleichen zu können.

267 Vgl. Entscheid der REKO MAW vom 29.4.2003, VPB 2004, Nr. 30 E. 5.2. 268 RPW 2012/2, 264 ff., Zwischenverfügung in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau betreffend Akteneinsicht. 269 Siehe Rz 111. 270 Der technischen Einfachheit halber erfolgt auch hier die Nummerierung der Fussnoten fortlaufend und nicht anhand der Nummerierung des Originals. Die Fussnoten des Originals wurden hinsichtlich internen Verweisungen und Zitierweise angepasst. 271 Neben den Gesuchstellerinnen ist dies die Hüppi AG [...].

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 44

nen“. 272 Das Kopierverbot bewirke demnach im vorliegenden Fall eine einschneidende Beeinträchtigung ihrer Verteidigungsmöglichkeiten. 121. Bei den nicht kopierbaren Aktenstücken handelt es sich um insgesamt vier Aktenstücke. Diese umfassen 1, 72, 11 sowie 7 Seiten, insgesamt also 91 Seiten, wovon allerdings 18 Seiten bloss Registerseiten (Beilage X) ohne weiteren Informationsgehalt sind. Es geht also um maximal 73 Seiten, doch beschlagen diese nebst allgemein relevanten Beweismitteln, wie der mündlichen Ergänzung zur Selbstanzeige, auch etliche Projekte, von denen Hüppi gar nicht betroffen ist, was die Anzahl der für Hüppi relevanten Seiten weiter reduziert (so insbesondere um die projektspezifischen Beilagen, von welchen Hüppi nicht betroffen ist). Spezifisch zu den Projekten, von welchen Hüppi betroffen ist, liegen jeweils kurze Aussagen der Selbstanzeigerin, ein bis zwei Beilagen pro Projekt²⁷³ sowie gegebenenfalls die entsprechenden handschriftlichen Einträge in der „Absprachenliste“ vor. Es handelt sich vorliegend somit um eine ausgesprochen bescheidene Anzahl von für Hüppi relevanten Seiten, hinsichtlich welcher sie durch das Kopierverbot eingeschränkt wird. Entsprechend gering und ohne Weiteres zumutbar fällt der für Hüppi durch das Kopierverbot entstehende Mehraufwand aus, der im Zeitaufwand für die Anfertigung von Notizen zu diesen Unterlagen sowie gegebenenfalls einer wörtlichen Abschrift oder Sprachaufnahme, insbesondere von besonders wesentlichen Passagen, zur Sicherstellung einer jederzeitigen Verfügbarkeit des Inhalts dieser Unterlagen in den eigenen Räumlichkeiten besteht. 122. Auch in zeitlicher Hinsicht war es Hüppi problemlos möglich, vor Ort Einsicht in diese Akten zu nehmen, und zwar in ausreichendem Masse. So wäre ihr innert Frist zur Stellungnahme eine mehrmalige Sichtung der Akten vor Ort unbenommen – und im Übrigen, sofern überhaupt geboten, ohne Weiteres auch zumutbar – gewesen. Denn bei der Frist zur Stellungnahme handelte es sich um eine zwei Mal 30-tägige, erst noch aufgrund der weihnachtlichen Gerichtsferien um zusätzliche Tage verlängerte Frist. Dass Hüppi mit ihrer Einsichtnahme bis Mitte Januar 2013 zuwartete – dies im Gegensatz zu den anderen einsichtnehmenden Parteien, die bereits im November und Dezember 2012 Einsichtnahmen –, könnte zwar dazu geführt haben, dass es für eine (von Hüppi allerdings gar nicht ersuchte) zweite oder dritte Einsichtnahme zeitlich knapp geworden wäre, doch wäre dies der späten Einsichtnahme von Hüppi zuzuschreiben gewesen und hätte nicht den Wettbewerbsbehörden angelastet werden können. In dieser Hinsicht kommt weiter hinzu, dass Hüppi schon im Oktober 2012 ein Gesuch um Akteneinsicht stellte und zudem um

Zustellung eines aktualisierten Aktenverzeichnisses ersuchte. Auf die umgehende Antwort des Sekretariats vom 23. Oktober 2012, Hüppi möge sich zwecks Terminvereinbarung für die Einsichtnahme mit dem Sekretariat in Verbindung setzen, reagierte Hüppi allerdings nicht. 123. Eine anderweitige Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten von Hüppi durch das Kopierverbot ist ebenfalls nicht auszumachen: So trifft es schlicht nicht zu, dass „zahlreiche Kopien von handschriftlichen Unterlagen“ in diesen Akten vorhanden wären. Vielmehr handelt es sich nebst den [<30] offengelegten²⁷⁴ handschriftlichen Zeileneinträgen in der „Absprachenliste“ um eine einzige Seite, namentlich ein Offertdeckblatt, welche u.a. Hüppi betrifft und die, allerdings in bescheidenem Umfang (insgesamt 15–20 Zahlenangaben [Beträge sowie eine Telefonnummer] sowie ca. 10 Worte), handschriftliche Notizen enthält. Einzelne dieser handschriftlichen Angaben mögen nun schwer leserlich sein, doch war es für Hüppi ein Leichtes, sich die mehreren möglichen Lesarten alternativ zu notieren, um so in den eigenen Räumlichkeiten einen Abgleich mit anderen Akten vornehmen zu können. Da die Lesbarkeit der Angaben selber auch bei Gewährung einer Kopiermöglichkeit dieselbe

272 Act. [...]. 273 In den meisten Fällen handelt es sich dabei um Offertöffnungsprotokolle, standardisierte Begleitschreiben oder Deckblätter der Selbstanzeigerin zu den von ihr eingereichten Offerten. 274 Siehe dazu die vorangehenden Rz 111 ff.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 45

geblieben und nicht plötzlich besser geworden wäre, beeinträchtigt das Kopierverbot ihre Verteidigungsmöglichkeiten nicht. 124. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Verteidigungsmöglichkeiten von Hüppi durch das auferlegte, im Umfang auf vier Aktenstücke beschränkte Kopierverbot nicht tangiert und geschmälert wurden. 125. Demgegenüber sprechen sowohl gewichtige private Interessen der Selbstanzeigerin wie auch öffentliche Interessen am guten Funktionieren des Instituts Selbstanzeige für ein Kopierverbot. Hüppi bestreitet zwar, dass private Interessen der Selbstanzeigerin bestehen würden, da viele Stellen aus diesen Unterlagen im Antrag wiedergegeben seien und die Parteien davon auch Abschriften haben machen können. Doch zum einen finden sich im Antrag resp. in der Verfügung nur auszugsweise Stellen daraus, welche meist erst noch bloss indirekt wiedergegeben werden; gerade bezüglich der Projekte, bei welchen die Selbstanzeigerin Schutznehmerin war, konnte im Antrag resp. in der Verfügung aus prozessökonomischen Gründen auf eine detaillierte Schilderung verzichtet werden. Zum anderen ist der Beweiswert dieser auszugsweisen Passagen, vor allem aber allfälliger Notizen anderer Parteien, deutlich geringer einzustufen als von Kopien der Originaldokumente. Das Interesse der Selbstanzeigerin an der Vermeidung, dass solche Kopien allenfalls an die Öffentlichkeit gelangen, ist damit evident. Zudem besteht ein erhebliches öffentliches Interesse am Kopierverbot, denn es ist für das gute Funktionieren der Bonusregelung zentral, dass die Unternehmen in vorhersehbarer Weise darauf vertrauen und sich darauf verlassen können, dass die im Rahmen einer Selbstanzeige ins Verfahren eingebrachten Dokumente nicht ohne ihr Einverständnis kopiert werden können.²⁷⁵ Dass dieses Vertrauen in die möglichst diskrete und schonungsvolle Behandlung von Akten aus der Selbstanzeige für die Bonusmelder von wesentlicher Bedeutung und damit für das Funktionieren des Systems der Bonusregelung essentiell ist, bestätigen denn auch entsprechende Aussagen der Selbstanzeigerin.²⁷⁶ 126. Diese für ein Kopierverbot sprechenden Interessen überwiegen die Interessen von Hüppi an einer auflagenlosen

Einsichtnahme deutlich. Beim Kopierverbot handelt es sich denn auch um das mildest mögliche Mittel, um den für eine eingeschränkte Akteneinsicht sprechenden Interessen zum Durchbruch zu verhelfen. Entsprechend war diese Auflage verfassungsgemäss und VwVG-konform, verletzt m.a.W. das Recht auf Akteneinsicht von Hüppi nicht. Folgedessen besteht auch kein Grund für eine Neuansetzung der Frist zur Stellungnahme, wobei darauf hinzuweisen ist, dass Hüppi mit der von ihr eingereichten, ausführlichen Stellungnahme gleich selbst belegt, dass ihr eine Wahrnehmung ihrer Verteidigungsmöglichkeiten offensichtlich möglich war. B.3.2.4 Fazit 127. Sowohl die vorgenommenen Schwärzungen als auch das Kopierverbot sind demnach rechtmässig und nicht zu beanstanden. Wie die umfangreiche Stellungnahme von Hüppi belegt, war es ihr (wie auch den übrigen Parteien) denn auch trotz diesen (wie ausgeführt berechtigten) Einschränkungen ihres Akteneinsichtsrechts ohne Weiteres möglich, sich umfassend und eingehend zur Sache zu äussern; ihre Verteidigungsmöglichkeit war nicht beeinträchtigt.²⁷⁷ Entsprechend ist auch der Eventualantrag von Hüppi – der aus Sicht der Wettbewerbsbehörden wohl mehr der Konstruktion einer verfahrensrechtlichen Rüge in einem allfälligen Beschwerdeverfahren als der Sache selbst dienen soll – abzuweisen.

275 Ebenso bereits RPW 2012/2, 266 f. Rz 27, Zwischenverfügung in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau betreffend Akteneinsicht. 276 Siehe etwa act. [...]. 277 Siehe dazu auch die Begründung der Ablehnung eines Beizugs der Akten aus der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ in Rz 100.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 46

B.3.3 Zulässige Frist zur Stellungnahme bezüglich der Fälle [...] 128. Hüppi macht in ihrem Schreiben vom 8. April 2013 bezüglich der Fälle [...] geltend, die Fristansetzung sei in gesetzesverletzender Weise erfolgt und die angesetzte Frist sei zu kurz, wodurch ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt werde.²⁷⁸ Diesen Vorbringen sind die Wettbewerbsbehörden bereits mit Schreiben vom 9. April 2013 begegnet.²⁷⁹ An dieser Stelle seien die Erwägungen aus vorgenanntem Schreiben wiederholt. 129. Bezüglich Zulässigkeit der Fristansetzung ist festzuhalten, dass die Zustellung einer fristauslösenden Mitteilung während den Gerichtsferien im Anwendungsbereich des VwVG zulässig ist und eine Partei in diesem Zeitraum rechtsgültig vom Hoheitsakt Kenntnis nehmen kann.²⁸⁰ Dass Hüppi das fristauslösende Schreiben vom 26. März 2013²⁸¹ während den Gerichtsferien zugeht und sie davon am 2. April 2013, also während den Gerichtsferien, Kenntnis nahm, steht demnach nicht im Widerspruch zum VwVG. 130. Bezüglich eines allfälligen Fristenstillstands während den Gerichtsferien verhält es sich so, dass Art. 22a VwVG nicht für Fristen gilt, die auf einen bestimmten Kalendertag bestimmt sind,²⁸² worauf die Wettbewerbsbehörden Hüppi bereits im fristauslösenden Schreiben vom 26. März 2013 hingewiesen haben. Dass diese Regelung in der Lehre kritisch betrachtet wird,²⁸³ ändert an ihrer Gültigkeit und damit der geltenden Rechtslage nichts. Auf die umstrittene Frage, ob sich eine auf einen bestimmten Kalendertag innerhalb der Gerichtsferien angesetzte Frist auf den ersten Werktag nach den Gerichtsferien verlängert,²⁸⁴ braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Denn beim 8. April 2013, dem als Fristende angesetzten Kalendertag, handelt es sich um den ersten Werktag nach den Gerichtsferien. 131. Als Zwischenfazit ist daher festzuhalten, dass die Fristansetzung gesetzmässig erfolgt ist und der in Art. 22a VwVG vorgesehene Fristenstillstand nicht zur Anwendung gelangt. 132. Bezüglich der Dauer der Frist, die Hüppi als unangemessen kurz und ihren

Anspruch auf rechtliches Gehör verletzend erachtet, ist Folgendes anzumerken: Bei der mit fristauslösendem Schreiben vom 26. März 2013 auf den 8. April 2013 angesetzten Frist wurden die Gerichtsferien in der Tat nicht verlängernd berücksichtigt. Eine solche Nichtberücksichtigung der Gerichtsferien ist allerdings statthaft.²⁸⁵ Für die Beurteilung, ob die angesetzte Frist insgesamt angemessen ist, ist jedoch nicht dies allein entscheidend, sondern vielmehr eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass sowohl die neuen Beweismittel als auch die rechtlichen Fragen bezüglich der Fälle [...] von bescheidenem Umfang sind. Insbesondere ins Gewicht fällt sodann, dass die Wettbewerbsbehörden Hüppi bereits mit Schreiben vom 14. März 2013²⁸⁶ und unter Bezeichnung der betroffenen Projekte und neuen Beweismittel angekündigt haben, trotz Gerichtsferien eine Frist von der

278 Vgl. act. [...]. 279 Siehe act. [...]. 280 BGE 132 II 153 E. 4.1. 281 Act. [...]. 282 Vgl. etwa URS PETER CAVELTI, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 22a VwVG N 2; BERNARD MAITRE/VANESSA THALMANN, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 22a VwVG N 6. Ebenso, allerdings bezogen auf das OG, BGE 97 I 851 E. 1. 283 Siehe etwa die in der vorangehenden Fn genannten Autoren. 284 Dazu etwa CAVELTI (Fn 282), in: Kommentar VwVG, Art. 20 VwVG N 44 m.w.H. in Fn 150. 285 Siehe nur etwa das Merkblatt Fristen im Kartellverfahren, welches exemplarisch, nicht abschliessend, Ausnahmen von einer Berücksichtigung aufzählt. 286 Act. [...].

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 47

letztlich anberaumten Dauer anzusetzen. Weiter stellten die Wettbewerbsbehörden Hüppi die eingeholten Beweismittel jeweils umgehend nach Empfang zu, so dass Hüppi von den meisten Beweismitteln bereits etliche Tage (teilweise bis zu zwei Wochen) vor dem fristauslösenden Schreiben vom 26. März 2013 Kenntnis hatte.²⁸⁷ Aufgrund dessen konnte Hüppi sich auf die letztlich erfolgte Fristansetzung einstellen, schon gewisse Vorarbeiten erledigen und sich im Übrigen entsprechend organisieren. Kommt hinzu, dass die Wettbewerbsbehörden Hüppi – wie im Schreiben vom 14. März 2013 bereits angekündigt – eine einmalige Fristerstreckung von 10 Tagen, also bis am 18. April 2013, gewährt haben. 133. In Anbetracht des Vorangehenden kommt die WEKO zum Schluss, dass die angesetzte und einmalig verlängerte Frist im vorliegenden Fall angemessen und den Anspruch von Hüppi auf rechtliches Gehör während ist. B.4 Vorbehaltene Vorschriften B.4.1 Die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens schliessen die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht aus 134. Dem KG 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). 135. Da das BöB²⁸⁸ sowie die kantonalen Erlasse zum öffentlichen Beschaffungswesen²⁸⁹ Bestimmungen über Submissionen enthalten, erscheint es als angebracht, deren Verhältnis zum KG zu prüfen. 136. Das BöB sieht in Art. 11 Bst. e vor, dass die Auftraggeberin den

Zuschlag widerrufen oder Anbieter vom Verfahren ausschliessen kann, wenn diese Abreden getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen. Die kantonalen Erlasse kennen vergleichbare Vorschriften (für den Kanton Zürich § 28 Bst. e SubV ZH290). Der Wortlaut dieser Bestimmung deckt sich weitgehend mit demjenigen von Art. 5 KG. Es stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des BöB (und damit der VöB291) zum KG – mithin, ob ein und derselbe Sachverhalt (Submissionsabsprache) Gegenstand sowohl des submissionsrechtlichen (Art. 11 BöB resp. § 28 Bst. e SubV ZH) als auch des kartellrechtlichen (Art. 5 KG) Verfahrens sein kann. Diese Frage ist in Übereinstimmung mit dem BVGer und ehemals der REKO/WEF292 zu bejahen.293 Erfüllt ein Sachverhalt je einen der gesetzlichen Tat-

287 Für eine Auflistung der Zustelldaten bezüglich der einzelnen Beweismittel siehe act. [...], ferner act. [...]. 288 Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1). 289 Betr. den Kanton Zürich siehe Fn 3. 290 Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubV [ZH]; LS 720.11). 291 Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11). 292 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. 293 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 378 E. 4 m.w.H. auf die gleichlautende, gemäss BVGer einhellige Lehre, Implenia (Ticino) SA/WEKO; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/1, 190 ff. E. 5.1 f., Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/WEKO.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 48

bestände des KG und des BöB resp. der kantonalen Erlasse zum öffentlichen Beschaffungswesen, können beide Gesetze parallel zur Anwendung kommen. Zur Begründung kann Folgendes ausgeführt werden:294 137. Zunächst schützen das BöB und das KG unterschiedliche Rechtsgüter. Art. 11 Bst. e BöB und ebenso entsprechende kantonale Vorschriften (wie z.B. § 28 Bst. e SubV ZH) dienen dem Schutz des öffentlichen Ausschreibenden. Der öffentliche Auftraggeber soll in erster Linie die öffentlichen Mittel wirtschaftlich einsetzen (beispielhaft Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB). Es ist jedoch nicht Aufgabe der öffentlichen Vergabestellen, den wirksamen Wettbewerb durchzusetzen. Der Schutz dieses Rechtsgutes obliegt allein der WEKO. Umgekehrt ist es für die Anwendung des Kartellgesetzes ohne Bedeutung, inwieweit die Interessen des Auftraggebers verletzt werden. Der Schutz des Rechtsguts „wirksamer Wettbewerb“ (im Sinne des Kartellgesetzes) tritt somit neben den Rechtsgüterschutz der Erlasse zum öffentlichen Beschaffungswesen und weist damit eine selbstständige Bedeutung auf. 138. Schliesslich unterscheiden sich die beiden Verfahren auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolge. Während die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens295 der zuständigen Behörde nur, aber immerhin, erlauben, einen allenfalls erfolgten Zuschlag zu widerrufen, die Teilnehmer der Submissionsabsprache aus dem Verfahren auszuschliessen und/oder aus dem Verzeichnis der qualifizierten Anbieter zu streichen, kann die WEKO seit 1. April 2004 gemäss Art. 49a KG auch direkte Sanktionen verhängen. 139. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Beurteilung von Vergangenhheitssachverhalten denn auch die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden im Bereich der öffentlichen Beschaffungen bestätigt.296 140. Zusammenfassend ergibt sich die kumulative Anwendbarkeit der Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes sowie der Kantone einerseits und des Kartellgesetzes andererseits. 141. Andere Vorschriften, die einen Vorbehalt gemäss Art. 3 KG begründen könnten, sind nicht ersichtlich. B.4.2 Aber der durch die Bestimmungen

des öffentlichen Beschaffungswesens geschaffene Rahmen ist bei der kartellrechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen.¹⁴² Wie zuvor ausgeführt, schliessen die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht aus, es handelt sich bei ihnen mithin nicht um vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG. Dies hat aber nicht zur Folge, dass die Regelungen des öffentlichen Beschaffungswesens bei der Anwendung des Kartellrechts gänzlich unbeachtlich wären. Vielmehr ist der Rahmen, welcher durch die vergaberrechtlichen Vorschriften geschaffen wird und welcher auf die allermeisten der nachfolgend näher betrachteten Projekte Anwendung findet, gebührend zu berücksichtigen. Denn es ist von einem einheitlichen, in sich geschlossenen und schlüssigen Gesamtrechtssystem auszugehen. Die Gesamtrechtsordnung sowie deren Stimmigkeit in sich selbst ist nun zum ei-

294 Siehe zum Ganzen auch die ständige Rechtsprechung der WEKO: RPW 2009/3, 203 f. Rz 42 ff., Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2008/1, 94 f. Rz 73 ff., Strassenbeläge Tessin; ferner RPW 2009/4, 341 f. Rz 19 ff., Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB). 295 Siehe Art. 11 Bst. e i.V.m. Art. 10 BöB; für den Kanton Zürich § 28 Bst. e i.V.m. § 23 Abs. 5 sowie § 36 SubV ZH. 296 Urteil des BGer 2A.59/2005 vom 22.08.2005, RPW 2005/3, 582 E. 3.3, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG, REKO.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 49

nen bei der Auslegung der verschiedenen Normen zu berücksichtigen.²⁹⁷ Zum anderen ist sie aber auch zu beachten, wenn das Verhalten der Marktakteure gewürdigt wird, erfolgt dieses doch eingebettet in und im Wissen um die Gesamtrechtsordnung. 143. Bauaufträge, welche die öffentliche Hand²⁹⁸ vergibt, unterstehen einem weitgehend normierten Vergabemechanismus.²⁹⁹ So sind in Abhängigkeit vom Auftragswert (Schwellenwert)³⁰⁰ unterschiedliche Vergabeverfahren vorgeschrieben,³⁰¹ wobei unterschieden werden kann zwischen - offenen und selektiven Verfahren, welche bei höheren Schwellenwerten (im Bauhauptgewerbe im ausserstaatsvertraglichen Bereich bei kantonalen Vergaben gemäss Anhang 2 IVöB ab einem Auftragswert von CHF 500'000.-) zur Anwendung gelangen und bei welchen der Auftrag öffentlich ausgeschrieben wird, so dass - bei selektiven Verfahren je denfalls in einem ersten Schritt - alle Anbietenden teilnehmen können; - Einladungsverfahren, welche bei „mittleren“ Schwellenwerten (im Bauhauptgewerbe im ausserstaatsvertraglichen Bereich bei kantonalen Vergaben gemäss Anhang 2 IVöB bei einem Auftragswert zwischen CHF 300'000.- und unter CHF 500'000.-) zur Anwendung gelangen und bei welchen die Auftraggeberin ohne öffentliche Ausschreibung mindestens drei Anbietende zur Angebotseingabe einlädt, da sie möglichst mindestens drei Angebote einzuholen hat³⁰²; und - freihändigen Verfahren, welche bei tiefen Schwellenwerten (im Bauhauptgewerbe im ausserstaatsvertraglichen Bereich bei kantonalen Vergaben gemäss Anhang 2 IVöB bei einem Auftragswert unter CHF 300'000.-) sowie in besonders gelagerten (hier nicht weiter interessierenden) Fällen³⁰³ zur Anwendung gelangen und bei welchen die Auftraggeberin den Auftrag ohne öffentliche Ausschreibung direkt an einen bestimmten Anbietenden vergibt.³⁰⁴ Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass es der öffentlichen Hand jeweils unbekannt ist, freiwillig ein höherschwelliges Verfahren zur Anwendung zu bringen. Das Gemeinwesen muss sich diesfalls aber auf die von ihm gewählte Verfahrensart behaften lassen und demnach die für diese Verfahrensart geltenden

Verfahrens- und materiellen Regeln be- folgen.³⁰⁵ M.a.W. handelt es sich bei den vorgesehenen schwellenwertabhängigen Verfah- rensarten um Minimalvorgaben, die nicht unterschritten, sehr wohl aber vom Gemeinwesen (freiwillig) überschritten werden dürfen. So kann beispielsweise ein Gemeinwesen für Arbei- ten im Bauhauptgewerbe auch bei einem Auftragswert von CHF 150'000.- anstatt eines frei- händigen Verfahrens ein Einladungsverfahren durchführen. Erwähnenswert ist ferner, dass es zulässig ist und durchaus auch zweckmässig sein kann, wenn ein Gemeinwesen innerhalb eines freihändigen Verfahrens anstatt bloss einer, mehre- re Offerten einholt und diese vergleicht.³⁰⁶ Dadurch mutiert dieses freihändige Verfahren

297 In dem Sinn BGE 137 II 199 E. 5.1; vgl. dazu ferner BENDICHT LÜTHI, Anmerkung zu „Office Connex [Interkonnektion XI]“, Bundesgericht vom 16. Februar 2007, sic! 2007, 552–555, 554 f. 298 Siehe dazu, welche Rechtsträger im Einzelnen hierunter fallen, Art. 8 IVöB. 299 Die IVöB findet im nicht von Staatsverträgen erfassten Bereich auf alle Arten von öffentlichen Auf- trägen Anwendung (vgl. Art. 6 Abs. 2 IVöB). 300 Dazu Art. 7 IVöB. 301 Zur Abhängigkeit des zu wählenden Verfahrens vom Auftragswert siehe Art. 12bis Abs. 2 i.V.m. An- hang II IVöB. 302 Art. 12 Abs. 1 Bst. bbis IVöB. 303 Vgl. dazu etwa § 10 SubV [ZH]. 304 Siehe zu den diversen Verfahrensarten Art. 13 BöB und Art. 12 IVöB. 305 So zur SubV [ZH] Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich BV.2008.00555 vom 20.05.2009, E. 1.4. 306 In diesem Sinne auch etwa BGE 131 I 137 E. 2.7.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809

E. 50

% Egli - 0 - Übersicht Sanktionserhöhung wegen Beteiligung an Absprachen.
Mutmasslicher Gewinn 982. Als weiterer erschwerender Umstand kommt die Höhe der erzielten Kartellren- te in Betracht. Ein durch das Verhalten erzielter „Normalgewinn“ ist bereits im Basisbetrag enthalten. Fällt indessen im Einzelfall die unrechtmässige Kartellrente höher aus, so ist die- sem Gewinn als erschwerendem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5

771 Entgegen der Ansicht der Selbstanzeigerin ist die Gefahr eines allfälligen unzutreffenden Ein- drucks allein allerdings kein Grund, von einer Aufführung abzusehen. Dies schon nur deshalb nicht, weil auch gegenüber den anderen Parteien eine Begründungspflicht besteht. Art. 14 Abs. 2 SVKG regelt im Übrigen einzig die Möglichkeit einer Sanktionsreduktion für die weiteren (nicht die erste) Selbstanzeigerinnen. Dass diese zusätzlichen Beweismittel oder die daraus folgende zu- sätzliche Dauer in der Verfügung nicht darzustellen und zu begründen wäre, ergibt sich daraus aber nicht. Dies kann schon nur deshalb nicht der Fall sein, weil dergestalt der Begründungs- pflicht gegenüber den anderen Parteien nicht nachgekommen werden könnte. Die Sanktion wird der Selbstanzeigerin vorliegend aber ohnehin gänzlich erlassen, weshalb Art. 14 Abs. 2 SVKG nicht zur Anwendung gelangt. 772 Siehe Rz 212 f.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 168

Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen.⁷⁷³ Dies setzt natürlich voraus, dass eine Berech- nung der Kartellrente, des durch die Abrede erzielten Gewinns oder minimierten Verlusts, oder zumindest eine entsprechende Schätzung im Einzelfall möglich ist, was in der Praxis selten der Fall sein dürfte. In vorliegendem Fall gibt es immerhin gewisse Erfahrungswerte sowie weitere Indizien bezüglich der abredebedingten Preisüberhöhungen bei Submissions-

abreden: Zum einen werden in der Literatur diesbezügliche Erhebungen wiedergegeben.⁷⁷⁴ Zum anderen liefern auch die Auswertungen in der Untersuchung betreffend Strassenbeläge Tessin diesbezügliche Erkenntnisse.⁷⁷⁵ Schliesslich lässt sich in einigen der zuvor dargestellten Fällen aufgrund weiterer Umstände die Erhöhung ausnahmsweise bestimmen oder zumindest annäherungsweise schätzen.⁷⁷⁶ Trotz dieser Indizien bezüglich der abredebedingten Preiserhöhungen bei Submissionsabreden ist vorliegend von einer Erhöhung des Sanktionsbetrags wegen eines besonders hohen erzielten Gewinns abzusehen. Dies, weil hier im Vergleich zur Untersuchung „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ der Basisbetrag höher angesetzt wird, wodurch eine Abschöpfung des mutmasslichen Gewinns bereits unter diesem Punkt eher erreicht werden kann. Allerdings ist nicht auszuschliessen, dass sich in künftigen Untersuchungen betreffend Einzelsubmissionsabreden – wenn das Vorliegen einer umfassenderen Submissionsabrede nicht nachgewiesen werden kann – weisen wird, dass zusätzlich eine Erhöhung des Sanktionsbetrags wegen Erzielung eines besonders hohen erzielten Gewinns erforderlich ist, um zumindest den unrechtmässig erzielten Gewinn vollumfänglich abzuschöpfen und gleichzeitig auch eine pönale Komponente im Sanktionsbetrag zu haben. Besondere erschwerende Umstände ⁹⁸³. Schliesslich ist als weiterer erschwerender Umstand eine allfällige führende Rolle eines Abredeteilnehmers in Betracht zu ziehen. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach eines oder mehrere Unternehmen eine bedeutendere Rolle bei den Abreden eingenommen hat bzw. haben als die übrigen Unternehmen. Das bedeutet, dass kein Unternehmen vermehrt die Initiative ergriffen hat oder die Organisation und Umsetzung übernahm. Die Unternehmen haben nur, aber immerhin, die Abreden organisiert, bei welchen sie geschützt wurden, was allerdings in der Besonderheit der Einzelsubmissionsmärkte begründet liegt und daher nicht erschwerend als Innehaben einer führenden Rolle i.S.v. Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG zu berücksichtigen ist. Eine gestützt auf diesen Grund erfolgende Erhöhung des Basisbetrags erfolgt daher nicht. ii) Mildernde Umstände ⁹⁸⁴. Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet, wird der Sanktionsbetrag vermindert (Art. 6 Abs. 1 SVKG). Bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird der Betrag u.a. dann vermindert, wenn das Unternehmen dabei ausschliesslich eine passive Rolle gespielt hat (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG). Der Minderungsbetrag muss analog zur Festsetzung der erschwerenden Umstände ausgehend vom (gegebenenfalls, hier aber nicht vorliegend, aufgrund der Dauer erhöhten) Basisbetrag berechnet werden. ⁹⁸⁵. Gemäss den Erläuterungen zur Sanktionsverordnung kann sodann in denjenigen Fällen, in welchen gar kein Gewinn (treffender wäre wohl gar keine Kartellrente, da auch ein verminderter Verlust wettbewerbsverzerrend ist) erzielt wurde, eine Sanktionsminderung

⁷⁷³ Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (Fn 683), ad Art. 2 Abs. 1 und Art. 5. ⁷⁷⁴ Siehe etwa CHRIST (Fn 404), Rz 859, der eine durchschnittliche Erhöhung um 11 % nennt, wobei sie bei offenen Verfahren tiefer (rund 10 %) sein soll als bei begrenzten (14.5 %) wie dem Einladungsverfahren. ⁷⁷⁵ RPW 2008/1, 103 Rz 142, Strassenbeläge Tessin. ⁷⁷⁶ Siehe etwa die Ausführungen in Rz 856.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 169

vorgenommen werden.⁷⁷⁷ Wie bereits festgehalten, lässt sich die genaue Höhe der erzielten Kartellrente und damit des abredebedingten Gewinns nicht feststellen.⁷⁷⁸ Davon,

dass durch die Abreden gar kein Gewinn erzielt wurde, ist schon nur deshalb nicht auszugehen, weil andernfalls die Bauunternehmen die mit dem Treffen solcher Abreden verbundenen Aufwände nicht auf sich nehmen und solche Abreden treffen würden. Eine Reduktion aus diesem Grund fällt daher ausser Betracht. 986. Als weitere mildernde Umstände, welche in Betracht zu ziehen sind, nennt die Literatur unter anderem Compliance-Programme oder ein besonders geringes Verschulden.⁷⁷⁹ Von vereinzelt Unternehmen waren zwar im Zeitpunkt, in dem die Abreden abgeschlossen wurden, gewisse Massnahmen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen getroffen worden. So wurden etwa entsprechende Weisungen erlassen und Mitarbeitende ab einer gewissen Stufe mussten diese unterzeichnen. Doch diese bescheidenen Vorkehrungen ohne anschliessende systematische Kontrolle der Einhaltung und ohne effektive Sanktionierung im Falle eines Verstosses dagegen waren – und zwar nicht nur erst retrospektiv, sondern ohne Weiteres bereits ex ante offenkundig – ungenügend, um Kartellrechtsverstösse auch wirklich zu verhindern. In einer Branche, in der bis zum Inkrafttreten der direkten Sanktionen im KG das Treffen von kartellrechtswidrigen Submissionsabsprachen an der Tagesordnung war,⁷⁸⁰ wäre ein grundsätzliches Umdenken – ein Wandel der Unternehmenskultur hin zum Wettbewerbsgedanken – erforderlich. Dies aber setzt seitens der Unternehmen rigorose Vorkehrungen zur Einhaltung der kartellrechtlichen Vorschriften und vor allem auch deren strenge Überwachung und ausnahmslose interne Durchsetzung voraus. Dem war nicht der Fall, vielmehr tolerierten (aufgrund des Faktischen treffender wohl: begrüsst) die Unternehmen sehenden Auges das Treffen von Submissionsabsprachen durch ihre Mitarbeitenden mittleren und hohen Kaders. Folglich können die getroffenen Compliance-Massnahmen auch nicht als mildernde Umstände berücksichtigt werden. Dass das Verschulden keineswegs gering, sondern vielmehr gravierend war, wurde ebenfalls bereits erläutert.⁷⁸¹ Auch aus diesem Grund ist eine Sanktionsminderung nicht möglich. 987. Der Umstand, dass ein Unternehmen die verfahrensauslösende Selbstanzeige eingereicht hat, ist im Zusammenhang mit der Gewährung eines allfälligen Sanktionserlasses relevant und kann nicht im Rahmen der mildernden Umstände zusätzlich berücksichtigt werden. Auch den nach Verfahrenseröffnung eingegangenen Selbstanzeigen resp. der daraus folgenden Kooperation mit der Behörde wird ausschliesslich im Rahmen der Sanktionsreduktion i.S.v. Art. 12 f. SVKG Rechnung getragen und nicht zusätzlich im Rahmen von Art. 6 SVKG.⁷⁸² 988. Als mildernder Umstand berücksichtigt werden könnte kooperatives Verhalten, soweit es ausserhalb einer Selbstanzeige erfolgt.⁷⁸³ Dies setzt allerdings eine Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden voraus, die über die ohnehin spezifisch kartellrechtlich geforderte Mitarbeit hinausgeht, denn das blosses Nachkommen der diesbezüglichen gesetzlichen Pflichten kann nicht bereits sanktionsmildernd sein.⁷⁸⁴ Vorliegend käme eine solche Berücksichtigung kooperativen Verhaltens einzig in Bezug auf Strabag in Betracht, nament-

⁷⁷⁷ Erläuterungen SVKG (Fn 683), ad Art. 2 Abs. 1; vgl. auch RPW 2009/3, 216 Rz 134., Elektroinstallationsbetriebe Bern. ⁷⁷⁸ Siehe Rz 982. ⁷⁷⁹ BSK

KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 88. ⁷⁸⁰ Siehe nur etwa RPW 2008/1, 96 ff. Rz 88 ff., Strassenbeläge Tessin. ⁷⁸¹ Rz 917. ⁷⁸² Erläuterungen SVKG (Fn 683), ad Art. 6; vgl. auch RPW 2009/3, 217, Rz 141 f., Elektroinstallationsbetriebe Bern. ⁷⁸³ So etwa BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 86. ⁷⁸⁴ So bereits RPW 2009/3, 217, Rz 142, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 170

lich aufgrund deren Aussageverhalten anlässlich des Parteiverhörs und insbesondere der vorgängig getroffenen internen Abklärungen und Aufarbeitungen des Geschehenen. Da Strabag aber ohnehin sanktionslos bleibt, erübrigt sich eine nähere Prüfung einer allfälligen Sanktionsmilderung bezüglich ihr. 989. Bezüglich aller übrigen Parteien sind keine mildernden Umstände ersichtlich, welche zu einer Reduktion des Sanktionsbetrags führen würden. 990. [...], [...] und [...] machen mildernde Umstände geltend. Sie berufen sich dabei auf ihre Compliance-Massnahmen (zur Schilderung derjenigen von [...] resp. [...] siehe Rz 920 resp. 922).⁷⁸⁵ Die Anforderungen, welche die Wettbewerbsbehörden an solche Compliance-Massnahmen stellen würden, seien völlig überrissen und nicht umsetzbar. [...] führt als mildernde Umstände zudem an, bei der Bussenberechnung werde teilweise ein fiktiver Umsatz zu Grunde gelegt, was mildernd zu berücksichtigen sei. Sodann seien die betroffenen Offerten im Vergleich zum Volumen der in diesen Jahren gerechneten Offerten marginal. Es fehle zudem an jeglichen Vergeltungsmassnahmen.⁷⁸⁶ 991. Die von [...] und [...] getroffenen Compliance-Massnahmen wurden bereits an anderer Stelle betrachtet, worauf verwiesen sei.⁷⁸⁷ Es sei hier bloss wiederholt, dass diese nicht ausreichend sind, um als mildernde Umstände berücksichtigt zu werden, fehlt es doch insbesondere an Überwachungs-, Kontroll- und Durchsetzungsmechanismen. Dass [...] Compliance-Massnahmen als mildernde Umstände anführt, erstaunt nur schon deswegen, weil sie gleichzeitig geltend macht, den Vertretern von ihr, welche bei den angeblichen Absprachen involviert gewesen sein sollen, sei nicht bewusst gewesen, mit diesem angeblichen Verhalten gegen das KG zu verstossen. Die weiteren von [...] als mildernde Umstände angeführten Gründe vermögen ebenfalls nicht zu überzeugen. Der erstgenannte Grund wäre, wenn schon, nicht als mildernder Umstand zu würdigen, sondern bei der Bestimmung des entsprechenden Basisbetragsatzes. Die beiden letztgenannten Gründe können bei Einzelsubmissionsabsprachen und entsprechender Einzelsubmissionsmarktangrenzungen nicht relevant sein. B.7.2.4 Zwischenergebnis 992. Zusammenfassend berechnen sich die Sanktionen demnach wie folgt: Zunächst ist die Obergrenze des Basisbetrags (ohne Mehrwertsteuer) zu ermitteln. Für die Berechnung des Basisbetrags (ohne Mehrwertsteuer) wird alsdann ein Prozentsatz von 7 % (erfolgreiche eigene Schutznahmen sowie wegen Verfahrensabbruch durch den Bauherrn erfolglos gebliebene Schutznahme) herangezogen. Ein Zuschlag für die Dauer ist vorliegend nicht vorzunehmen. Der Basisbetrag wird alsdann entsprechend den zuvor genannten erschwerenden Umständen erhöht. Mildernde Umstände, die zu einer Reduktion des Basisbetrags führen würden, sind nicht ersichtlich. Dies ergibt folgende Sanktionsbeträge bezüglich der einzelnen Parteien (Reihenfolge nach Höhe der Sanktionsbeträge). Zu ergänzen bleibt, dass diese Tabelle den Eindruck erwecken könnte, die Selbstanzeigerin sei überdurchschnittlich oft an Abreden beteiligt gewesen und habe überdurchschnittlich davon profitiert. Dieser Eindruck allerdings wäre unzutreffend; er ist auf die umfassende Kooperationspflicht im Rahmen der Selbstanzeige zurückzuführen. Im Einzelnen wurde dies an anderer Stelle erörtert, worauf verwiesen sei.⁷⁸⁸

⁷⁸⁵ Act. [...]. ⁷⁸⁶ Act. [...]. ⁷⁸⁷ Siehe Rz 921 resp. 923. ⁷⁸⁸ Siehe Rz 212 f.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 171

Höhe der Sanktion je Partei in [Tsd.] CHF (vor Selbstanzeige, auf ganze Frankenbeträge gerundet). 993. Soweit Konzernverhältnisse vorliegen, werden die Sanktionen unter solidarischer Haftbarkeit sowohl den jeweiligen Konzernmuttergesellschaften im Zeitpunkt des Verstosses resp. der Verstösse wie auch den handelnden

Konzernochtergesellschaften auferlegt. Dies ist der Fall bezüglich Aktiengesellschaft Cellere (Schiess), Brebau Holding AG (Egli), Brunner Erben Holding AG (Brunner), Gewerbezentrum Unterfeld AG (Birchmeier) sowie [...]. B.7.2.5

Verhältnismässigkeitsprüfung 994. Schliesslich muss eine Busse als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein,⁷⁸⁹ was vorliegend ohne Weiteres der Fall ist. B.7.3 Selbstanzeige – Vollständiger Erlass der Sanktion 995. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses aufgeführt sind. B.7.3.1 Allgemeines zur Sanktionsbefreiung 996. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder ■ Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation) oder

789 Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218, Rz 150 m.w.H., Elektroinstallationsbetriebe Bern. Partei Sanktionsbetrag [in Tsd. CHF] Birchmeier [200–300] Walo [100–200] Hüppi [1–100] Keller-Frei [1–100] Toller [1–100] Tibau [1–100] Schiess (nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung) [1–100] Brunner [1–100] Hagedorn [1–100] Müller [1–100] Flexbelag [1–100] Kern [1–100] Egli [1–100]
22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 172

■ Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein 100-prozentiger Sanktionserlass kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.⁷⁹⁰ 997. Ein Erlass der Sanktion setzt in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG). 998. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass ■ seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist; ■ es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt; ■ es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat, und ■ es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt. B.7.3.2 Subsumtion und Ergebnis 999. Die vorliegende Untersuchung wurde aufgrund der Anzeige eines Dritten am 8. Juni 2009 eröffnet und am 9. Juni 2009 mittels Hausdurchsuchungen eingeleitet. Parallel dazu wurde an denselben Daten eine Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ eröffnet und ebenfalls Hausdurchsuchungen vorgenommen. An dieser Stelle ist zu betonen, dass es sich bei der Anzeigerin nicht um Birchmeier, die Selbstanzeigerin, handelt. Ein Sanktionserlass infolge Eröffnungskooperation i.S.v. Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG kommt demnach für Birchmeier nicht in Frage. Am Kartell beteiligte Unternehmen können in einem derartigen Fall nur noch zufolge Feststellungskooperation in den Genuss einer Sanktionsbefreiung resp. Reduktion kommen.⁷⁹¹ 1000. Anlässlich der Hausdurchsuchung

vom 9. Juni 2009 in der den „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ betreffenden Untersuchung (Akten-Nr. 22-0385) beantragte die durchsuchte Birchmeier zunächst telefonisch sowie mit umgehender schriftlicher Bestätigung per Fax die Teilnahme am Bonusprogramm und erklärte ihre Bereitschaft zur Kooperation.⁷⁹² Sie machte noch anlässlich der Hausdurchsuchung präzisierende und aufschlussreiche Angaben über die Abredetätigkeit. In der Folge reichte sie bei ihr noch auffindbares Beweismaterial ein und machte auch Ausführungen dazu. Einige der von ihr genannten Projekte sind dabei im Kanton Zürich gelegen. ¹⁰⁰¹. Mit Fax vom 31. Mai 2011 bekräftigte Birchmeier ausdrücklich, dass ihre Selbstanzeige sowie ihr Wille zur Kooperation selbstverständlich auch für die vorliegende Untersuchung 22-0384 betreffend den Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich gelte.⁷⁹³ Mit Schreiben vom 6. und 10. Juni 2011 reichte sie daraufhin eine spezifische Beschreibung der im Kanton Zürich gelegenen Projekte sowie dazugehörige Beweismittel ein.⁷⁹⁴ Am 20. Juni

⁷⁹⁰ So bereits RPW 2009/3, 219, Rz 153 m.w.H., Elektroinstallationsbetriebe Bern. ⁷⁹¹ Insofern gleichgelagert RPW 2009/3, 219, Rz 156, Elektroinstallationsbetriebe Bern. ⁷⁹² Siehe zusammenfassend act. [...]. ⁷⁹³ Act. [...]. ⁷⁹⁴ Act. [...]sowie act. [...].

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 173

2011 ergänzte sie diese Angaben mündlich in den Räumlichkeiten des Sekretariats und beantwortete dabei auch mit ihren Angaben zusammenhängende Fragen des Sekretariats.⁷⁹⁵ ¹⁰⁰². Birchmeier hat unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend die Abreden vorgelegt und diese durch ihre Angaben erläutert und präzisiert. Es bestehen keine Anzeichen oder auch nur die geringsten Anhaltspunkte dafür, dass Birchmeier irgendwelche abgesprochenen Projekte im Kanton Zürich, an welchen sie beteiligt war, insbesondere solche, bei welchen sie Schutznehmerin war, ungenannt gelassen hätte. Die Voraussetzung gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG ist damit erfüllt. Ohne den von Birchmeier gemachten Angaben und eingereichten Beweismitteln wäre es den Wettbewerbsbehörden in etlichen der Fälle nicht gelungen, die Abrede und damit den Wettbewerbsverstoss rechtsgenügend zu beweisen; erst die Selbstanzeige machte dies möglich. Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG steht einem vollständigen Sanktionserlass demnach nicht im Wege. ¹⁰⁰³. Aufgrund der zeitlichen Abfolge auf den ersten Blick fragen könnte man sich, ob Birchmeier bezüglich der vorliegenden Untersuchung (Akten-Nr. 22-0384) während des gesamten Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und insbesondere ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden zusammenarbeitete (Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG). Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass auch das Vorliegen dieser Voraussetzung zweifelsfrei zu bejahen ist. Birchmeier nannte im Rahmen ihrer Selbstanzeige, die sie noch anlässlich der Hausdurchsuchung initiierte, in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ sämtliche abgesprochenen Fälle, in welche sie involviert war, darunter auch die im Kanton Zürich gelegenen. Dass von den Wettbewerbsbehörden – primär aus Kapazitätsgründen – zwei parallele Untersuchungen geführt wurden, kann nun nicht zum Nachteil der Birchmeier gereichen, die verständlicherweise davon ausging, mit dieser Benennung und Beschreibung der abgesprochenen Projekte im Rahmen der gegen sie laufenden Untersuchung unabhängig davon, in welchem Kanton diese Projekte lagen, das ihrige für einen Sanktionserlass getan und ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert zu haben. Nachdem sich Birchmeier der formellen Führung zweier paralleler Untersuchungen bewusst wurde, hat sie unverzüglich sämtliche diese Informationen auch in vorliegender Untersuchung

eingereicht und insbesondere auch anlässlich der mündlichen Ergänzung weiter prä- zisiert und ausgeführt. Birchmeier hat demzufolge auch die Voraussetzung der ununterbro- chenen, uneingeschränkten und ohne Verzug vorgenommenen Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden erfüllt. 1004. Trotz dieser zeitlichen Verzögerung, die, wie gesagt, nicht der Birchmeier zum Nachteil gereichen kann, war Birchmeier in vorliegender Untersuchung die erste Gesell- schaft, die eine Selbstanzeige einreichte. Es braucht daher der genaue Zeitpunkt, ab wel- chem die Selbstanzeige in vorliegender Untersuchung als eingegangen gilt, nicht ermittelt zu werden, denn Art. 8 Abs. 4 Bst. a SVKG steht einem vollständigen Sanktionserlass so oder so nicht entgegen. 1005. Auch die weiteren Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass sind erfüllt. So stellte Birchmeier ihre Abredetätigkeit unverzüglich im Zeitpunkt der Selbstan- zeige ein (Art. 8 Abs. 2 Bst. d SVKG) und sie hatte auch keine anstiftende oder führende Rolle bei diesen Wettbewerbsverstössen inne. Durch die Besonderheit von Einzelsubmissi- onsmärkten bedingt, hat Birchmeier nur, aber immerhin, in denjenigen Fällen, in welchen sie um Schutz ersuchte, die Kontaktaufnahme initiiert. Darin kann aber weder eine anstiftende noch eine führende Rolle erblickt werden, ist dies doch untrennbar mit der Natur von Ein- zelsubmissionsmärkten verbunden und auf diese zurückzuführen. Davon, dass Birchmeier andere Gesellschaften zur Teilnahme an Wettbewerbsverstössen gezwungen hätte, kann 795 Beim Protokoll der mündlichen Ergänzung handelt es sich um act. [...].

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 174

keine Rede sein. Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG steht einem Sanktionserlass folglich nicht entge- gen. 1006. Zusammenfassend ist damit festzustellen, dass Birchmeier sämtliche Voraus- setzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt und es ist auf eine Sanktionsbe- lastung der Birchmeier zu verzichten. 1007. Hüppi erachtet den Sanktionserlass gegenüber Birchmeier als nicht gerecht- fertigt. Zunächst hätten sich die von Birchmeier gelieferten Unterlagen und vor allem die da- mit verbundenen Anschuldigungen von Mitbewerbern in grösster Mehrheit als falsch und haltlos erwiesen. Insbesondere die gegen Hüppi vorgebrachten Anschuldigungen seien halt- los. Im Antrag werde festgehalten, dass Falschaussagen die Sanktionsbefreiung oder - reduktion auf das Wesentlichste gefährden würden. Die Selbstanzeige in vorliegendem Ver- fahren sei rund zwei Jahre nach Eröffnung des Verfahrens erfolgt und habe sich auf Sach- verhalte bezogen, die den Wettbewerbsbehörden bereits bekannt gewesen sein mussten. Wenn die Kooperation erst in einem späten Verfahrensstadium erfolge und keine wesentlich neuen Erkenntnisse liefere, sei ein Sanktionserlass ausgeschlossen. Birchmeier habe nicht ununterbrochen und insbesondere ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden zusammen- gearbeitet. Wenn die zweijährige Zeitspanne zwischen Untersuchungseröffnung und Selbst- anzeige nicht als Verzug zu werten sei, sei das unerklärlich. Die Umstände würden nahele- gen, dass Birchmeier nicht von selber, sondern auf Druck und Voranzeige durch das Sekre- tariat eine Selbstanzeige eingereicht habe. Zudem erscheine Birchmeier als „Rädelsführer“. Sie sei die Einzige, die über angebliche Absprachen Buch geführt habe und so Druck auf andere Unternehmen habe machen können. Auch die grosse zahlenmässige angebliche Be- teiligung von Birchmeier an Absprachen spreche dafür, dass Birchmeier klar die aktivste Rol- le bei allfälligen Absprachen gehabt habe. 1008. Dazu ist in der gebotenen Kürze festzuhalten, dass sich die von Birchmeier eingereichten Unterlagen und Ausführungen als zuverlässig und zutreffend herausgestellt haben. Es kann auf die Erörterungen der einzelnen Fälle verwiesen werden. Von Falschhaus- sagen, wie Hüppi sie erkennen will, kann keine

Rede sein. Was den zeitlichen Ablauf betrifft und insbesondere dass die Zusammenarbeit von Birchmeier als ohne Verzug erfolgt zu werten ist, wurde bereits an früherer Stelle ausgeführt, worauf verwiesen sei.⁷⁹⁶ Was die angelegte Stellung von Birchmeier als „Rädelsführerin“ angeht, ist ebenfalls auf bereits gemachte Ausführungen zu verweisen.⁷⁹⁷ Der allfällige Eindruck, die Selbstanzeigerin habe sich überdurchschnittlich oft an Abreden beteiligt, ist schlicht unzutreffend und nur auf die unterschiedlichen Dunkelziffern zurückzuführen; ihr kam keine führende Rolle zu. Es bestehen sodann keinerlei Anzeichen dafür, dass Birchmeier mit der „Absprachenliste“ andere Unternehmen zur Teilnahme an Abreden gezwungen oder angestiftet hätte. Vielmehr ging es bei dieser Liste darum, an den (von allen Beteiligten freiwillig geführten) Verhandlungen präsent zu haben, wer wann wo und welche Stützofferten erhalten hat, um besser argumentieren zu können. B.7.4 Verjährung 1009. Eine Partei macht geltend, dass nahezu alle sie betreffenden Vorwürfe verjährt seien. Zur Begründung führt sie aus, bei den Sanktionen nach Art. 49a KG handle es sich um Bussen im Sinne des StGB, welche als Übertretungen zu qualifizieren seien. Die Verjährung von Sanktionen nach Art. 49a KG werde im KG nicht explizit geregelt, weshalb das VStrR diesbezüglich zur Anwendung gelange und die Verjährung demnach spätestens nach vier Jahren eintrete (Art. 11 VStrR i.V.m. Art. 333 Abs. 6 Bst. b StGB). Sofern nicht von einer Anwendbarkeit des VStrR ausgegangen werden sollte, kämen die Verjährungsregeln

⁷⁹⁶ Siehe Rz 1003. ⁷⁹⁷ Rz 212 f.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 175

von Art. 109 StGB zur Anwendung, wodurch eine Verjährung bereits nach drei Jahren eintrete. Um den Eintritt der Verfolgungsverjährung zu verhindern, müsse vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen sein.⁷⁹⁸ 1010. Während die (Verfolgungs)Verjährung von kartellrechtlichen Strafsanktionen (Art. 54 f. KG) im Kartellgesetz ausdrücklich geregelt ist (Art. 56 KG), fehlt eine vergleichbare allgemeine Vorschrift bezüglich der kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen (Art. 49a–52 KG). Im Gegensatz zu den übrigen Verwaltungssanktionsbestimmungen (Art. 50–52 KG) enthält der vorliegend einzig interessierende Art. 49a KG aber immerhin eine die zeitliche Dimension betreffende Regelung. Gemäss dessen Abs. 3 Bst. b entfällt nämlich eine Sanktionsbelastung, wenn „die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist“. Zu klären bleibt nachfolgend, ob Verwaltungssanktionen gemäss Art. 49a KG nebst dieser in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG statuierten Frist weiteren (Verfolgungs)Verjährungsfristen unterstehen und gegebenenfalls wie lange diese sind. Nicht zu behandeln ist dabei, welche Verjährungsfristen für die übrigen Verwaltungssanktionsbestimmungen (Art. 50–52 KG) gelten.⁷⁹⁹ 1011. Zur Natur der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG äussert sich die Botschaft nicht.⁸⁰⁰ In der Lehre ist umstritten, ob es sich bei dieser Fünfjahresfrist um eine (Verfolgungs)Verjährungs-⁸⁰¹ oder eine Verwirkungsfrist⁸⁰² handelt; eine Begründung der vertretenen Ansichten findet sich jedoch nicht. Der Unterschied ist im hier interessierenden Kartellverwaltungsverfahren allerdings ohnehin nicht überzubewerten: Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes sind nämlich sowohl Verwirkungs- wie auch Verjährungsfristen von Amtes wegen zu berücksichtigen. Auch die Tatsache, dass diese Frist unbestrittenermassen nicht unterbrechbar – sehr wohl mit Eröffnung einer Untersuchung aber definitiv gewahrt – ist, führt nicht zwangsläufig dazu, dass es sich dabei um eine Verwirkungsfrist handelt, sind doch auch etwa die Verfolgungsverjährungsfristen des StGB (vgl. Art. 97 StGB) seit der

Re- vision von 2002 nicht mehr unterbrechbar und werden mit einem erstinstanzlichen Urteil definitiv gewahrt. Zudem bezieht sich Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG (ungeachtet seiner Natur) – wie bereits der Wortlaut, aber auch die Gesetzessystematik zeigt – einzig auf die Verhängung der Sanktion, es bezieht sich jedoch nicht auf die grundsätzliche Möglichkeit, ein Kartellver- waltungsverfahren zu eröffnen, um die Rechtswidrigkeit einer Verhaltensweise zu untersu- chen und gegebenenfalls für die Zukunft zu untersagen, weshalb dies auch seit mehr als fünf Jahren vor Untersuchungseröffnung nicht mehr ausgeübten Verhaltensweisen möglich ist.⁸⁰³

798 Siehe act. [...]. 799 Dazu etwa RPW 2006/1, 171 Rz 206, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 800 Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2042. Nicht nachvollziehbar daher die Aussage von MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: Basler Kommentar, Kartellge- setz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Vor Art. 49a–53 KG N 170, wonach es „gegen die erklärte Absicht des Gesetzgebers“ wäre, bei Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG von einer Verfolgungsverjäh- rungsbestimmung auszugehen. Diese Bestimmung wurde erst mit der Revision von 2002 einge- führt, wobei sich die Botschaft mit keinem Wort zu ihrer Natur äussert (so an sich treffend auch BSK KG-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a–53 KG N 164). Die Ausführungen bezüglich Verzicht auf Ver- jähungsregeln in der Botschaft zur Revision von 1995 können sich schon nur aus zeitlicher Sicht nicht auf den erst mehrere Jahre später geschaffenen Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG beziehen, ergo ist eine diesbezügliche „erklärte Absicht des Gesetzgebers“ nicht auszumachen. 801 PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Basel 2005, Rz 12.46. 802 PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwen- dung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, 553–568, 564; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012, Rz 796; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 241; BORER (Fn 584), Art. 53 KG N 4. 803 Hierauf hinweisend etwa DAVID/JACOBS (Fn 802), Rz 796; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 240. Fraglich erscheint allerdings, ob bei derart lange nicht mehr ausgeübten, nicht

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 176

1012. Die Frage nach der Natur der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG braucht vor- liegend nicht geklärt zu werden. So oder so ist bezüglich der Sanktionen gemäss Art. 49a KG das Bestehen einer zusätzlichen Verfolgungsverjährungsfrist und insbesondere eine An- wendbarkeit der – jeweils erst mit erstinstanzlichem Urteil gewährten – vierjährigen Verfol- gungsverjährungsfrist des VStrR sowie der dreijährigen Verfolgungsverjährungsfrist des StGB auszuschliessen.⁸⁰⁴ Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der explizit in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG vorgesehenen Frist – es ist dieser Bestimmung nämlich e contrario zu ent- nehmen, dass Verhaltensweisen, die weniger lange nicht mehr ausgeübt worden sind, sollen sanktioniert werden können. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzge- ber mit dieser Bestimmung nicht eine in sich widersprüchliche Regelung und weitgehend in- haltstleere Norm schaffen wollte. Dies wäre jedoch gerade der Fall, wenn zusätzlich zu dieser Frist noch eine Verfolgungsverjährungsfrist – insbesondere eine bedeutend kürzere (verwal- tungs)strafrechtliche – hinzutreten würde: So würde z.B. bei einem seit viereinhalb Jahren vor Untersuchungseröffnung nicht mehr ausgeübten Verhalten zwar die Frist von Art. 49a

Abs. 3 Bst. b KG noch laufen, die Verfolgungsverjährung wäre aber bereits eingetreten. Eine Sanktionierung wäre diesfalls wegen Zeitablaufs nicht mehr möglich, obwohl Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gerade von einer Sanktionierbarkeit ausgehen und eine solche (e contrario) statuieren würde. Hinzu kommt, dass die (ohnehin kurzen) strafrechtlichen Verfolgungsverjährungsfristen erst mit Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens gewahrt werden, was für Kartellverwaltungsverfahren gänzlich unpassend erscheint. Aufgrund ihrer Komplexität, der regelmässigen Involviertheit mehrerer Parteien sowie des zweiteiligen institutionellen Aufbaus der Wettbewerbsbehörden haben solche Verfahren erfahrungsgemäss eine Dauer von mehreren Jahren. Hinzu kommt, dass damit falsche Anreize gesetzt würden, denn die Parteien haben zahlreiche Möglichkeiten, ein Kartellverwaltungsverfahren zu verzögern. Die Nutzung dieser wäre für sie ein leichtes und vor allem auch profitables Vorgehen, wenn es denn mit dem Eintritt einer Verjährung belohnt würde. Es ist daher Übereinstimmung mit mehreren Stimmen aus der Lehre⁸⁰⁵ festzustellen, dass bei Sanktionen gemäss Art. 49a KG nebst der in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG statuierten Frist keine eigentliche Verfolgungsverjährungsfrist besteht. M.a.W. kann während einer laufenden Untersuchung keine Verjährung eintreten.⁸⁰⁶ Die Wettbewerbsbehörden haben jedoch das Beschleunigungsgebot zu beachten und eine allfällige übermässig lange Verfahrensdauer bei der Sanktionsbemessung reduzierend zu berücksichtigen.⁸⁰⁷ Bloss der Vollständigkeit halber sei schliesslich erwähnt, dass selbst NIGGLI/RIEDO, welche sich – soweit ersichtlich als einzige Autoren – für eine grundsätzliche Anwendbarkeit der (verwaltungs)strafrechtlichen Verfolgungsverjährungs- direkt sanktionierbaren Verhaltensweisen überhaupt noch ein aktuelles und praktisches öffentliches Interesse an einer Untersuchungseröffnung besteht, jedenfalls wenn bereits vor Untersuchungseröffnung evident ist, dass diese Verhaltensweise seit mehr als fünf Jahren nicht mehr ausgeübt wird, und solange keine Anzeichen dafür vorliegen, dass die Parteien diese Verhaltensweise künftig wieder aufzunehmen gedenken (lub/grs/lum).⁸⁰⁴ Eine Anwendbarkeit der Verjährungsregeln des VStrR sowie des StGB verneinend bereits RPW 2010/1, 172 Rz 353, Preispolitik Swisscom ADSL, mit der Begründung, das Verfahren richte sich nach dem VwVG und die Regeln des VStrR und des StGB kämen nur ergänzend und analog zur Anwendung.⁸⁰⁵ So DAVID/JACOBS (Fn 802), Rz 797; SPITZ (Fn 802), 564; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 239. ⁸⁰⁶ DAVID/JACOBS (Fn 802), Rz 797, erachten dies als rechtsstaatlich heikle Situation. Diesbezüglich ist anzumerken, dass die Situation einerseits durch das Beschleunigungsgebot entschärft wird, andererseits aber selbst im Kernstrafrecht eine solche „Unverjährbarkeit“ besteht, wenn auch nur, so doch immerhin, ab Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens. ⁸⁰⁷ Zu weitgehend DAVID/JACOBS (Fn 802), Rz 797, welche diesfalls als Grundsatz von einer gänzlichen Sanktionsbefreiung ausgehen. Eine solche kommt höchstens ausnahmsweise bei einer massiv übermässig langen Verfahrensdauer in Frage.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 177

normen aussprechen, dies primär mit Bezug auf Art. 50–52 KG tun; hinsichtlich der Sanktionen gemäss Art. 49a KG lassen sie aber die Frage letztlich offen.⁸⁰⁸ 1013. Unbestritten ist nun, dass – ausser bei Fall [...] ⁸⁰⁹ – bei allen hiervor im Einzelnen betrachteten Einzelsubmissionsabsprachen die in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG vorgesehene Frist eingehalten ist. Bei Fall [...] verhält es sich so, dass – ausgehend von der in casu vorgenommenen Marktabgrenzung, wonach im Ergebnis bei Einzelsubmissionsabsprachen jede einzelne Submission einen eigenen Markt darstellt – das auf diese Submission bezoge-

ne kartellrechtswidrige Verhalten, namentlich das Treffen der Abrede bei dieser Ausschreibung sowie deren Umsetzung, fünf Jahre vor Untersuchungseröffnung nicht mehr ausgeübt worden ist. Zudem ist die aus diesem Verhalten resultierende Auswirkung⁸¹⁰ resp. deren Erfolg, nämlich die Erteilung des Zuschlags an den vorbestimmten Anbietenden, mehr als fünf Jahre vor Untersuchungseröffnung eingetreten. Fall [...] wird folgedessen übereinstimmend mit Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG auch nicht sanktioniert. In allen übrigen Fällen ist eine Sanktionierung jedoch möglich und es steht ihr keine Verfolgungsverjährung im Wege. B.7.5 Ergebnis 1014. Die Sanktionsberechnung für die einzelnen Gesellschaften lässt sich nach dem Gesagten gestützt auf die vorangehenden Ausführungen wie folgt zusammenfassen, wobei vorausgeschickt sei, dass sich eine tabellarische Aufstellung bezüglich Birchmeier und Schiess (nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung) erübrigt, da im ersten Fall ein vollständiger Erlass der Sanktion erfolgt und im zweiten Fall eine Pauschalsanktion von CHF 35'000.- festgesetzt wird: [Die tabellarische Aufstellung der Sanktionsberechnung für die einzelnen Gesellschaften wurde gestrichen.]

808 BSK KG-NIGGLI/RIEDO (Fn 800), Vor Art. 49a–53 KG N 170: „Diese Regelung [Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG] kann nämlich – jedenfalls für die anderen Verwaltungssanktionen – nicht massgeblich sein, denn Art. 49a Abs. 3 lit. b lässt sich auch bei phantasievoller Auslegung schwerlich als eine Verjährungsbestimmung der Art. 50 ff. verstehen. Für die anderen Verwaltungssanktionen muss folglich jedenfalls die kernstrafrechtliche Regelung gelten“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

Bloss am Rande sei erwähnt, dass die von NIGGLI/RIEDO vorgenommene Qualifikation der Sanktion gemäss Art. 49a KG als strafrechtliche Übertretungen (vgl. Vor Art. 49a–53 KG N. 171 und 65 f.) zu formalistisch ist und wertungsmässig nicht überzeugt. Zutreffend ist zwar, dass einzig eine Geldstrafe (Busse) angedroht ist, was aus formaler Sicht für eine Übertretung sprechen würde (vgl. Art. 103 StGB). Doch liegt es in der Natur der Sache – nämlich dem Unternehmensstrafrecht – dass eine Freiheitsstrafe (die für Verbrechen oder Vergehen vorausgesetzt wird, vgl. Art. 10 StGB) gar nicht erst angedroht werden kann, ist der Täter doch eine juristische Person. Gerade das Merkmal Freiheitsstrafe kann daher nicht entscheidend sein, was NIGGLI/RIEDO übergehen. Ein Vergleich mit Art. 106 Abs. 1 StGB zeigt, dass der in Art. 49a KG vorgesehene Straf- bzw. Bussenrahmen den für Übertretungen üblicherweise vorgesehenen Rahmen um ein Vielfaches sprengt. Wertungsmässig handelt es sich daher bei Art. 49a KG, wenn schon eine strafrechtliche Qualifikation vorgenommen werden soll, zumindest um Vergehen, wenn nicht gar um Verbrechen, was im Übrigen auch zu anderen strafrechtlichen Verfolgungsverjährungsfristen führen würde als von NIGGLI/RIEDO propagiert (Art. 97 StGB anstatt Art. 109 StGB). 809 Siehe dazu Rz B.6.3.5.25801 ff. 810 Dass für die Bestimmung des Anfangszeitpunkts des Zeitlaufs bei Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht der Zeitpunkt, ab welchem die Handlung nicht mehr ausgeübt wurde, sondern vielmehr der Zeitpunkt, ab welchem diese keine Auswirkungen mehr zeitigt, massgeblich ist, spricht der französische („a cessé de déployer ces effets“) und der italienische („ha cessato di esplicare i suoi effetti“) Gesetzestext von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 178

B.8 Weitere Anordnungen B.8.1 Unterlassungsanordnungen B.8.1.1 Gemäss Antrag des Sekretariats 1015. Die vorliegende Untersuchung hat von Baugesellschaften vorgenommene Handlungen zu Tage gefördert, die gegen das Kartellgesetz verstossen und

gemäss Art. 49a KG zu sanktionieren sind.⁸¹¹ Die künftige Vornahme solcher kartellrechtsverletzender Handlungen ist den Baugesellschaften, welche entsprechend dem Ergebnis vorliegender Untersuchung in der Vergangenheit solche vorgenommen haben, zu untersagen; dies zumal eine Begehungs- resp. Wiederholungsgefahr besteht. Eine solche Gefahr ist immer dann gegeben, wenn das Verhalten der Parteien künftige Rechtsverletzungen ernsthaft befürchten lässt. Ein Indiz hierfür sind in der Vergangenheit vorgenommene analoge Handlungen, obwohl bei deren Vornahme um ihre Unzulässigkeit gewusst wurde,⁸¹² was vorliegend – wie gesehen⁸¹³ – der Fall war. Sodann kann regelmässig vom Bestehen einer Wiederholungsgefahr ausgegangen werden, wenn die Parteien die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens bestreiten.⁸¹⁴ Mit Ausnahme der Selbstanzeigerin⁸¹⁵ ist dies vorliegend bei allen zu sanktionierenden Baugesellschaften der Fall. Hinzu kommt, dass in der Tiefbaubranche das Treffen von wettbewerbswidrigen Abreden bis zum Inkrafttreten der direkten Sanktionen im KG an der Tagesordnung war,⁸¹⁶ was die Einsicht in die Notwendigkeit kartellrechtskonformen Verhaltens verringert und entsprechend die Wiederholungsgefahr weiter erhöht. Das Untersagen von entsprechenden künftigen Verhaltensweisen ist daher ebenso geboten wie auch verhältnismässig. 1016. Eine Verpflichtung zu einem Tun oder zu einem Unterlassen ist möglichst präzise zu formulieren. Allerdings darf das Erfordernis der Bestimmtheit auch nicht übertrieben werden und insbesondere müssen die Anordnungen im Dispositiv nicht die gesamte Begründung der Verfügung wiederholen.⁸¹⁷ 1017. Um zu bestimmen, welche Unterlassungsanordnungen auszusprechen sind, ist zunächst eine Orientierung anhand der bisherigen Praxis in Submissionsmärkten angebracht, namentlich am Entscheid i.S. „Elektroinstallationsbetriebe Bern“. Dies gilt auch wenn diese Anordnungen dort im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung getroffen wurden.⁸¹⁸

811 Zur Vornahme kartellrechtswidriger Handlungen Rz 166 ff. sowie zur Sanktionierung Rz 906 ff. 812 Im Ergebnis in dem Sinn, allerdings betreffend ein Unterlassungsbegehren in einer privatrechtlichen Patentverletzungsstreitigkeit und daher nicht auf ein Wissen um die Unzulässigkeit der Handlung, sondern auf eine Zweck- oder Wirkungslosigkeit einer Verwarnung abstellend, Urteil des BGer 4A_109/2011 vom 21.7.2011, E. 6.2.1. 813 Siehe dazu Rz 918 ff. 814 So statt anderer, allerdings betreffend ein Unterlassungsbegehren in einer privatrechtlichen Markenverletzungsstreitigkeit, BGE 128 III 96, 100 E. 2.e. 815 Die Teilnahme an einer einzelnen Abrede (Fall [...]) wird auch von [...] zugestanden (siehe Rz 335). Allerdings erweist sich diese Abrede aufgrund der besonders gelagerten Umstände als den wirksamen Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigend (Rz 897) und damit – obwohl ein solches Verhalten aus wettbewerbspolitischer Perspektive offenkundig unerwünscht und als gesellschaftlich verpönt zu qualifizieren ist – als kartellrechtlich zulässig. Darauf braucht nachfolgend entsprechend nicht eingegangen zu werden. 816 Dahingehend auch etwa DANIEL EMCH, Entwicklungen im Kartellrecht, Kurz & Bündig, 2 in fine, 1/2012, <http://www.kellerhals.ch/upload/cms/user/k_b_1_2012.pdf> (11.06.2013). 817 Vgl. zum Ganzen auch RPW 2006/1, 152 Rz 83, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 327), Art. 30 KG N 107 f. m.w.H. 818 Zum Ganzen RPW 2009/3, 202 Rz 34 und 222 Dispositivziffer 2, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 179

Die Parteien verpflichteten sich dort 1) das Nachfragen nach bzw. das Anbieten von Stützofferten zu unterlassen, 2) den Austausch mit Konkurrenten vor Auftragserteilung über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden mit Ausnahme des

Austauschs unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit der Bildung und Durchführung von ARGE oder der Mitwirkung an der Auftrags Erfüllung als Subunternehmer zu unterlassen sowie 3) geplante ARGE gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen. 1018. Auch vorliegend ist den zu sanktionierenden Baugesellschaften das Nachfragen nach bzw. das Anbieten von Schutz (zur Begriffsbedeutung siehe Rz 6) sowie – damit einhergehend – das Nachfragen nach bzw. das Anbieten von Stützofferten (zur Begriffsbedeutung siehe Rz 7) zu untersagen. Diese Handlungen machen einen wesentlichen Teil der Submissionsabreden aus, die wie zuvor gesehen regelmässig – vorbehaltlich ganz besonders gelagerter Umstände – kartellrechtswidrig sind. Ein schutzwürdiges Interesse der Baugesellschaften, gleichwohl Schutz oder Stützofferten nachzufragen oder anzubieten, ist nicht erkennbar; vielmehr wird mit solchen Handlungen ein unzulässiger, namentlich gegen das Kartellgesetz verstossender Zweck verfolgt. Nichts zu ändern vermag hieran, dass es Ausnahmefälle geben mag, in welchen die Abrede letztlich nicht als den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigend zu qualifizieren ist. Denn angestrebt wird eine solch unerhebliche Beeinträchtigungswirkung von den Abredeparteien nie, sie ist vielmehr in diesen Fällen auf das Verhalten Dritter zurückzuführen. 1019. Grundsätzlich gleich verhält es sich mit dem Austausch mit Konkurrenten über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden. Allerdings sind insofern zwei Einschränkungen angebracht. Zunächst eine Einschränkung in zeitlicher Hinsicht: Nur wenn der Austausch solcher Informationen vor der Auftragsvergabe resp. – sofern eine solche besteht, wie dies insbesondere bei Einladungs- und offenen sowie selektiven Verfahren gemäss Vergaberecht der Fall ist – vor Ablauf der Eingabefrist erfolgt, erweist er sich als unzulässig. Ein Informationsfluss zu einem späteren Zeitpunkt vermag das Submissionsergebnis nicht mehr zu beeinflussen. Eine weitere Einschränkung hat dahingehend zu erfolgen, dass solche Informationsflüsse zulässig sein müssen, soweit sie zur Bildung und Durchführung von ARGE oder der Mitwirkung an der Auftrags Erfüllung als Subunternehmer unabdingbar sind. 1020. Die Offenlegung von geplanten ARGE gegenüber dem Bauherrn dient dazu, dem Bauherrn Transparenz darüber zu verschaffen, welche der eingegebenen Offerten von „unabhängigen“ Baugesellschaften stammen und welche von Baugesellschaften eingereicht wurden, die gleichzeitig der ebenfalls offerierenden ARGE angehören. Ohne eine solche Offenlegungspflicht entsteht für den Bauherrn ein verzerrtes Bild der Wettbewerbssituation und das Funktionieren des vergaberechtlich vorgesehenen Systems der first-price sealed bid auctions unterlaufen. Sodann steht diese Handlungsweise in unmittelbarem Zusammenhang mit dem gleichzeitigen Treffen von Submissionsabreden. Im Übrigen sind auch diesbezüglich keinerlei schutzwürdige Interessen der Baugesellschaften ersichtlich, die für eine Geheimhaltung einer geplanten ARGE gegenüber dem Bauherrn sprechen würden. Zu ergänzen ist diese Offenlegungspflicht aus denselben Überlegungen und Gründen auf geplante Beizüge von Subunternehmern, sofern der von Subunternehmern auszuführende Anteil an den zu vergebenden Arbeiten betragsmässig 50 % oder mehr des Auftragsvolumens ausmacht. 1021. Das Sekretariat beantragte gestützt auf die vorangehenden Ausführungen die Aufnahme folgender Unterlassungsanordnungen im Dispositiv der Verfügung: 1) Aktiengesellschaft Cellere, Richard Schiess AG, Brebau Holding AG, Egli Bau AG, Brunner Erben Holding AG, Brunner Erben AG, Chr. Müller + Co AG, Flexbelag-Bau AG Zürich, Gewerbezentrum Unterfeld AG, Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, Hagedorn AG, Hüppi AG, Keller-Frei AG, Kern Strassenbau AG, Tibau AG, Toller & Loher AG, Walo Bertschinger Holding AG sowie Walo Bertschinger AG

1.1) wird untersagt, in Zusammenhang mit Tiefbauarbeiten Konkurrenten im Rahmen von Ausschreibungen um Schutz oder Stützofferten anzufragen oder solche anzubieten. 1.2) wird untersagt, sich in Zusammenhang mit Tiefbauarbeiten mit Konkurrenten vor Auftragserteilung oder – sofern vorhanden – Ablauf der Eingabefrist über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften sowie b) der Mitwirkung an der Auftragserteilung als Subunternehmer. 1.3) werden verpflichtet, geplante Arbeitsgemeinschaften in Zusammenhang mit Tiefbauarbeiten gegenüber dem (potentiellen) Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens im Zeitpunkt der Offertstellung die Namen der Gesellschaften, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft mitwirken, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch für geplante Arbeitsgemeinschaften, bei welchen einer Gesellschaft die Führungsrolle zukommt und diese alleine als Ansprechpartnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem (potentiellen) Auftraggeber auftritt. Diese Offenlegungspflicht gilt ebenso für geplante Beizüge eines oder mehrerer Subunternehmer, sofern der von dem oder den Subunternehmern auszuführende Anteil an den zu vergebenden Arbeiten betragsmässig 50 % oder mehr des Auftragsvolumens ausmacht.

B.8.1.2 Stellungnahme der Parteien 1022. Birchmeier, Walo und Hüppi äusserten sich in ihren Stellungnahmen zum Antrag kritisch zu diesen Unterlassungsanordnungen.⁸¹⁹ Dies zum einen in grundsätzlicher Hinsicht, zum anderen bezogen auf die einzelnen Ziffern. Der besseren Lesbarkeit halber werden die vorgebrachten Argumente nachfolgend in dieser Reihenfolge dargestellt und nicht anhand der Partei, welche sie vorbrachte, zumal die Argumente teilweise deckungsgleich sind.

1023. In grundsätzlicher Hinsicht wird vorgebracht: - Die vorgeschlagenen Anordnungen würden sich am Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ orientieren. Dies sei schon nur deshalb unzulässig, weil hier keine einvernehmliche Regelung getroffen worden sei. Im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung stehe es den Wettbewerbsbehörden und den Parteien frei, Verhaltensregeln zu vereinbaren, deren Anwendungsbereich weiter als Art. 5 KG sei. Im Rahmen einer Verfügung sei dies indessen untersagt. - Stossend sei, dass nur die Verfügungsadressaten den Sanktionen von Art. 50 KG unterstehen würden, während die übrigen Unternehmen keine solchen befürchten müssten. Dies sei insbesondere deshalb stossend, weil bei Art. 50 KG unerheblich sei, ob tatsächlich ein unzulässiges Verhalten nach Art. 5 KG vorliege. Bei „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ habe sich dieses Problem nicht gestellt, weil dort alle Marktbeteiligten von der Verfügung erfasst gewesen seien. - Es fehle eine räumliche wie auch eine zeitliche Beschränkung der Unterlassungsanordnungen, was unzulässig sei. Die fehlende räumliche Beschränkung sei schon nur deshalb

⁸¹⁹ Vgl. act. [...].

unzulässig, weil die Untersuchung einzig das Gebiet des Kantons Zürich betreffe. Sodann würde damit auch in den Geltungsbereich der Verfügung der WEKO im parallelen Verfahren „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ eingegriffen, welche jedoch das Gebiet des Kantons Aargau betreffend eine res iudicata sei. Schliesslich könne auch kein Verhalten ausserhalb der Schweiz vorgeschrieben werden. - Die Unterlassungsanordnungen seien unverhältnismässig. Einziges Ziel sei es, der WEKO in Zukunft zu ermöglichen, direkt gestützt auf Art. 50 KG Sanktionen auszusprechen, d.h.

ohne Nachweis einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs wie bei Sanktionen nach Art. 49a KG. Im Übrigen scheine damit nichts angeordnet werden zu wollen, was sich nicht schon aus Art. 5 Abs. 3 KG ergebe. Gerade weil die Unterlassungsanordnungen zu weit gefasst und erst noch unklar formuliert seien, fehle es aber an der Eignung dazu. Eine Notwendigkeit bestehe ebenfalls nicht, da ja direkte Sanktionsmöglichkeiten gestützt auf Art. 5 Abs. 3 i.V.m. 49a Abs. 1 KG bestünden. Viele Bauherrschaften würden regelmässig eine Offenlegung von ARGE verlangen und zum Teil auch von Subunternehmerverhältnissen. Eine Erforderlichkeit bestehe aufgrund der beschaffungsrechtlichen Regeln nicht. Eine bessere Prävention gegenüber den ohnehin schon geltenden gesetzlichen Regelungen bringe die Unterlassungsanordnung nicht und auch klärend seien sie nicht. Sodann fehle es an der Verhältnismässigkeit i.e.S., da auch Verhaltensweisen verboten würden, die nach Art. 5 KG zulässig seien. Öffentliche Interessen, die die Unterlassungsanordnungen über die geltenden gesetzlichen Regeln hinaus schützen würden, bestünden nicht. - Eine Wiederholungsgefahr sei bei im Kartellverwaltungsverfahren beurteilten Kartellrechtsverstössen irrelevant. Bei den vom Sekretariat diesbezüglich angerufenen BGer-Urteilen handle es sich um zivilrechtliche Streitigkeiten. Für solche sehe auch Art. 12 Abs. 1 Bst. a KG ein Unterlassungsbegehren präventiver Art vor. Dort gehe es primär darum, dass in naher Zukunft ein rechtswidriger Eingriff in die Sphäre des Klägers geplant sei. Eine gesetzliche Grundlage für Anordnungen der WEKO für zukünftig mögliche, allerdings derzeit bloss theoretische Verhaltensweisen finde sich im KG nicht. Die WEKO könne bestehende Wettbewerbsbeschränkungen verfolgen, nicht aber zukünftig mögliche präventiv verbieten. Art. 30 KG verlange, dass die Unzulässigkeit einer Verhaltensweise festgestellt worden sei. - Es bestehe keine (ernstlich zu befürchtende) Wiederholungsgefahr. Es bedürfe konkreter Hinweise, wonach eine widerrechtliche Handlung ernstlich zu befürchten sei, was jedoch nicht dargetan werde. Selbst die Selbstanzeigerin führe aus, es sei nach den Hausdurchsuchungen zu keinerlei Abreden im Kanton Zürich mehr gekommen. Die vom Sekretariat zur Begründung der Wiederholungsgefahr angerufenen BGer-Urteile seien nicht einschlägig: Dort sei es um fortdauerndes Verhalten gegangen, während hier die letzten angebliehen Verletzungen mehrere Jahre zurücklägen. Dass eine künftige Begehung von Parteien angekündigt worden sei, werde aber zu Recht nicht behauptet. Es werde nicht die Ansicht vertreten, Submissionsabreden seien zulässig. Sodann würden die erwähnten Urteile aus dem Bereich des Immaterialgüterrechts stammen, wo die Rechts- und Interessenlage eine andere sei. Dort bestünden, anders als im Kartellrecht, keine direkten Sanktionen. Eine Unterlassungsklage sei dort häufig die einzige Form effektiven Rechtsschutzes, anders als im Kartellrecht. Im Übrigen genüge auch dort zur Begründung einer Wiederholungsgefahr nicht, dass das Verhalten in der Vergangenheit einmal an den Tag gelegt worden sei, sondern zudem müsse eine Verwarnung keine Wirkung gezeigt haben oder zwecklos sein. Dass eine Verwarnung keine Wirkung gezeigt hätte oder zwecklos wäre, werde aber vom Sekretariat nicht dargetan. Dass das Treffen von wettbewerbswidrigen Abreden in der Tiefbaubranche vor Einführung der direkten Sanktionen im Kartellrecht an der Tagesordnung gewesen sei, werde durch nichts bewiesen. Und wenn es zutreffend sein sollte, würde es die These der jetzt noch bestehenden Wiederholungsgefahr gerade widerlegen, da ja davon ausgegangen werde, dass ab Einführung der direkten Sanktionen die Verstösse eingestellt worden seien. - Spezifisch bezüglich sich begründeten Birchmeier, Hüppi und [...] die fehlende Begehungs- resp. Wiederholungsgefahr ebenfalls:

- [...] führt aus, sie sei nie an Abreden beteiligt gewesen. Sodann habe sie seit Verfahrenseröffnung eine noch stärkere Kontrolle zur Vermeidung von Absprachen eingeführt. Sie habe von Beginn weg intern ein striktes Verbot von Abreden durchgesetzt und führe diese Politik konsequent weiter. Es bestünden keinerlei Anzeichen für künftige kartellrechtswidrige Verhaltensweisen und solche würden im Antrag auch nicht konkret behauptet. - [...] führt aus, sie habe grosse Anstrengungen unternommen, um die Einhaltung des Kartellgesetzes sicher zu stellen. So habe sie 2008 Compliance-Kurse mit dem gesamten Management durchgeführt, diese 2012 wiederholt und werde sie künftig jährlich wiederholen. Dabei werde unter anderem darauf hingewiesen, dass Kartellrechtsverletzungen disziplinarische Folgen hätten. Im Sinne einer vorsichtigen Compliance-Politik sehe [...] sogar von Meldungen beim SBV ab, obwohl die von den Wettbewerbsbehörden gegen diese Meldestellen geltend gemachten Argumente rechtlich nicht zutreffend seien. - [...] führt aus, sie sei Selbstanzeigerin. Indizien dafür, dass sie trotz Selbstanzeige in frühere Muster zurückgefallen sein könnte, bestünden keine. - In der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ seien keine Unterlassungsanordnungen getroffen worden. Die abweichende Handhabung werde mit keinem Wort begründet und sei daher willkürlich. - Sodann seien bei sanktionierten Verhaltensweisen noch nie Unterlassungsanordnungen ausgesprochen worden, zumindest dann nicht, wenn die betroffenen Unternehmen ihre Verhaltensweise eingestellt hätten. Fälle, in welchen einvernehmliche Regelungen getroffen worden seien, würden keine über die einvernehmliche Regelung hinausgehende Unterlassungsanordnungen enthalten. Vorliegend hätten die Parteien jegliche Abredetätigkeit eingestellt. 1024. Bezüglich Ziffer 1.1) wird angeführt: - Wie das Sekretariat selber einräume, stelle das Anfragen oder Anbieten von Stützofferten alleine noch keinen Verstoss gegen Art. 5 KG dar. Nur wenn die andere Partei dieser Anfrage nachkomme, liege eine Abrede vor. Es handle sich demnach um eine einseitige Massnahme, welche nicht unter Art. 4 Abs. 1 resp. Art. 5 KG falle. Es würden demnach Verhaltensweisen untersagt, welche kartellrechtlich zulässig seien. - Wie das Sekretariat ebenfalls selber einräume, würden nicht alle Submissionsabreden erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen darstellen. Hinzu komme, dass der heute von der WEKO vertretene Erheblichkeitsbegriff erst kürzlich verschärft worden sei, wobei noch ungewiss sei, ob die Rechtsmittelinstanzen dem folgen würden. - Eine andere Partei ist demgegenüber die Ansicht, Ziffer 1.1) sei zulässig, da sie sich auf festgestellte unzulässige Verhaltensweisen beziehe. Diese Anordnung sei von Art. 30 KG gedeckt, sie sei genügend klar und sie sei auch verhältnismässig. Dem widerspricht wiederum die erstgenannte Partei. 820 1025. Bezüglich Ziffer 1.2) wird angeführt: - Die Unterlassungsanordnung sei zu breit gefasst und erfasse auch solche Tatbestände, welche kartellrechtlich zulässig seien. Ein Informationsaustausch für sich alleine sei noch nicht unzulässig. Wenn beispielsweise Unternehmen A Unternehmen B um Schutz anfrage, B einen solchen aber ablehne (womöglich die Information aber benutze, um billiger als A anzubieten), so sei dies kartellrechtlich zulässig. Gleichwohl könnte dies möglicherweise hinsichtlich B als „Informationsaustausch“ im Sinne dieser Dispositivziffer ausgelegt werden. Dasselbe gelte etwa, wenn zwei Unternehmen Preisinformationen preisgäben im Hinblick auf

820 Vgl. act. [...].

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 183

eine ARGE-Bildung oder Subunternehmervertrag, diese Verhandlungen aber scheitern würden und jedes Unternehmen selber eingebe. Oder A stelle B als potentiellm Auftraggeber auf dessen Anfrage hin eine Subunternehmerofferte aus. Ziff. 1.2) b) der vorgeschlagenen Anordnung sage nämlich nicht ausdrücklich, ob das Schliessen eines Subunternehmervertrags als solchem zulässig sei oder nur die Erfüllung eines Subunternehmervertrags im Rahmen der Erfüllung eines erfolgten Zuschlags. Gleiche Ausgangslage wie zuvor, aber A teile B zudem mit, dass sie ihr die Subunternehmerofferte mit dem niedrigsten Preis ausgestellt habe (oder B verlange von A eine Meistbegünstigungsklausel). Aufgrund des Wortes „unabdingbar“ sei unklar, ob dies von Ziff. 1.2) erfasst würde. - Die Anordnung sei in mehreren Punkten unklar und nicht umsetzbar. Was sei z.B. unter „Preiselemente“ zu verstehen und ab wann sei ein „Zusammenhang mit der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften“ gegeben. Was ist unter „Austausch“ zu verstehen, was unter „unabdingbaren Informationen“. In der Praxis entscheide sich oft erst nach Zuschlagserteilung, ob, in welchem Umfang und zu welchem Preis Subunternehmer beigezogen würden, weshalb diese Ziffer praktisch gar nicht umsetzbar sei. - Die Unklarheit der Anordnung würde bei jeder Bildung einer ARGE oder der Aushandlung von Subunternehmeraufträgen eine umfassende rechtliche Beratung notwendig machen. Dies sei unzumutbar, da dadurch keinerlei Mehrwert im Hinblick auf die Compliance mit Art. 5 KG geschaffen werde, sondern bloss Rechtsunsicherheit durch eine rechtswidrige Unterlassungsanordnung, die unklar formuliert sei, entstehe. - Eine praktikable, genügend konkrete Lösung, welche gleichzeitig der Vielfältigkeit der möglichen Geschäftsfälle Rechnung trage, lasse sich nicht finden. 1026. Bezüglich Ziffer 1.3) wird angeführt: - Wie das Sekretariat selber einräume, seien die hier erfassten Konstellationen keine nach Art. 5 KG unzulässigen Abreden. Damit würde mit Ziffer 1.3) des Dispositiv kartellrechtlich erlaubtes Verhalten untersagt. - Sodann sei im Zeitpunkt der Offertstellung regelmässig unklar, welche Subunternehmer für welche Leistungen und für welchen Preis beigezogen würden. Oft komme es vor, dass erst nach Offertstellung mit Subunternehmern Kontakt aufgenommen werde. Anders vorzugehen, namentlich die Verhandlungen bereits zu einem früheren Punkt – noch bevor man überhaupt weiss, ob man den Zuschlag erhält – durchzuführen, sei in Anbetracht des Anteils nicht erfolgreicher Offerten schlicht nicht möglich und würde bloss unnötigen Aufwand verursachen. Entsprechend könne erst nach Zuschlagserteilung überhaupt festgestellt werden, welchen Anteil die Subunternehmerarbeiten am gesamten Auftrag ausmachen würden. Einer Verpflichtung zur Offenlegung könne daher schon nur aus praktischen Gründen oftmals nicht nachgekommen werden. - Der zielgerichtete Beizug von Subunternehmern für spezifische Arbeiten stelle für sich kein wettbewerbsrechtliches Problem dar. Subunternehmerverträge seien nicht (erst recht nicht per se) wettbewerbsbeschränkend, sondern seien effizienzsteigernd. Zur Erstellung von Transparenz bezüglich dem Beizug von Subunternehmern würden obligationenrechtliche Instrumente sowie die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens dienen (etwa § 7 SubV ZH), nicht aber das Wettbewerbsrecht. Wettbewerbsrechtliche Implikationen habe der Beizug von Subunternehmern erst dann, wo dieser Beizug mit weiteren Abreden verknüpft werde, wie etwa bezüglich Stützofferten, was aber bereits mit Ziffer 1.1) erfasst werde. 1027. Anlässlich der Anhörung durch die WEKO führt [...] aus, in der Submissionsphase würde sie die Preise bei Subunternehmern anfragen und dann eine Offerte abgeben. Vielleicht komme es dann zum Zuschlag. Die Subunternehmer würden sie aber erst nach Zuschlagserteilung definieren. In der Offertphase wisse man nicht, ob man den Zuschlag er-

halten werde, weshalb keine Subunternehmerverhandlungen geführt würden. Die Formulierungen von Ziffer 1.2) und 1.3) seien zu unscharf. Zudem würden diese Unterlassungsan-

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 184

ordnungen nur für die Verfügungsadressaten gelten, nicht aber für andere Bauunternehmen. Bezüglich Ziffer 1.3) sei es nicht möglich, die Subunternehmer zu diesem Zeitpunkt offen zu legen, da sie dann noch gar nicht bestimmt seien. Wenn sie diesen bereits in diesem Zeitpunkt bestimmen müssten, würden sie ihre Verhandlungsposition verlieren und könnten nicht mehr über den Preis verhandeln. Sie würden also benachteiligt, indem dem Subunternehmer eine Exklusivität geschaffen würde.⁸²¹

B.8.1.3 Anordnungen der WEKO 1028. In grundsätzlicher Hinsicht ist zunächst festzustellen, dass Art. 30 KG die Grundlage für die Anordnung von Massnahmen darstellt. Deren Inhalt wird dort nicht näher bestimmt, sondern es wird bloss festgehalten, die WEKO entscheide über „die zu treffenden Massnahmen“. Solche Massnahmen sind naturgemäss immer zukunftsgerichtet. Die WEKO ist der Ansicht, dass sie Massnahmen nicht nur dann treffen kann, wenn die anvisierten Verhaltensweisen genau im Verfügungszeitpunkt ausgeübt werden. Vielmehr muss es auch genügen, wenn diese Verhaltensweisen in der Vergangenheit ausgeübt wurden, sich als kartellrechtswidrig herausgestellt haben und deren Wiederholung in Zukunft zu befürchten ist. Eine wesentliche Differenz zu zivilrechtlichen Streitigkeiten ist insofern nicht ersichtlich, denn es ist nicht einzusehen, weshalb zwar ein privater Kläger eine zu befürchtende verletzende Verhaltensweise präventiv soll untersagen lassen können, dies zum Schutz des Instituts Wettbewerb durch die WEKO jedoch nicht angängig sein soll. Es ist daher festzuhalten, dass die WEKO auch präventiv Massnahmen anordnen kann, soweit sie die entsprechende Verhaltensweise beurteilt hat. Nicht angehen würde es jedoch, wenn die WEKO bloss theoretisch mögliche Verhaltensweisen, die sie nicht im Rahmen eines konkreten Verfahrens zu beurteilen hat, analysieren und präventiv untersagen würde.¹⁰²⁹

Vor diesem Hintergrund ist auch die für den Erlass solcher Massnahmen erforderliche Begehungs- oder Wiederholungsgefahr zu werten. Diese ergibt sich daraus, dass für den Erlass von Massnahmen ein (öffentliches) Interesse bestehen muss. Können künftige Begehungen resp. Wiederholungen ausgeschlossen werden, so fehlt es an diesem Interesse. Es trifft nun in der Tat zu, dass sich die Lehre hierzu nicht äussert und auch noch keine Praxis besteht. Aus diesem Grund erscheint es angezeigt, sich in anderen Rechtsbereichen inspirieren zu lassen. Zutreffend ist allerdings, dass vor einer Übertragung auf das Kartellverwaltungsrecht zu prüfen ist, ob die dort gefundene Lösung auch hier sachgerecht ist. Insofern ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Situation im Immaterialgüterrecht nicht ganz so verschieden von derjenigen im Kartellrecht ist, wie [...] dies meint. Denn auch im Immaterialgüterrecht bestehen „direkte Sanktionen“, und zwar in Form von strafrechtlichen Bestimmungen.⁸²² Vor Augen geführt werden sollte mit diesen immaterialgüterrechtlichen Urteilen primär, dass wenn in der Vergangenheit bereits Verletzungen stattgefunden haben, dann auch ein starkes Indiz dafür besteht, dass dies in Zukunft wieder erfolgen wird. Wie bereits das Sekretariat ausgeführt hat, lässt sich das typisch immaterialgüterrechtliche Institut der Abmahnung nicht auf das Kartellverwaltungsverfahren übertragen, ist ein solches Abmahnverfahren den Wettbewerbsbehörden doch unbekannt. Eine Abmahnung hat zum Zweck, dem Empfänger bewusst zu machen, dass er sich aus Sicht des Absenders rechtswidrig verhält, wovon gerade aufgrund der Vielzahl bestehender Immaterialgüterrechte und deren zuweilen schwer zu bestimmendem Schutzzumfang ohne Abmahnung nicht ohne Weiteres ausgegangen werden kann. Bei harten horizontalen

Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG verhält es sich anders. Dies erst recht bei Submissionsabsprachen, über deren Unzulässigkeit in der Baubranche spätestens aufgrund der entsprechenden Aufklärungskampagnen des SBV Gewissheit besteht. Werden solche trotzdem getroffen, zeigt dies, dass sich die beteiligten Unternehmen darüber hinwegsetzen. Schlägt man die Brücke zum Immaterialgüter-

821 Act. [...]. 822 Statt anderer Art. 61 ff. MSchG; Art. 81 ff. PatG.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 185

recht, so stösst man auf eine vergleichbare Situation im Falle einer zwecklos erscheinenden Abmahnung. Hinzu kommt, dass vorliegend die Parteien in der Vergangenheit nicht bloss einmal, sondern mehrere Male gegen das Kartellrecht verstossen haben, was umso mehr für eine Wiederholungsgefahr spricht. Mit dem Hinweis darauf, dass vor Inkrafttreten der direkten Sanktionen im Kartellgesetz Submissionsabsprachen in der Tiefbaubranche weit verbreitet gewesen seien, sollte nicht die Wiederholungsgefahr als solche begründet werden. Diese ergibt sich vielmehr daraus, dass die Parteien auch nach Inkrafttreten der direkten Sanktionen noch gegen das Kartellrecht verstiesse, ihr Verhalten demnach noch nicht, jedenfalls nicht vollumfänglich der Rechtslage angepasst haben. Zudem soll damit gezeigt werden, dass alleine das Verbot von Submissionsabsprachen, welches bereits vor dem Inkrafttreten der direkten Sanktionen bestand, nicht genügend ernst genommen wurde. Die Vorstellung, dass es sich bei Submissionsabsprachen um ein Kavaliersdelikt handelt, scheint teilweise immer noch vorhanden zu sein, was eine künftige Wiederholung ebenfalls begünstigt. 1030. Dass künftige Wiederholungen bezüglich allen Gesellschaften, denen ein Verstoss gegen das Kartellgesetz in casu nachgewiesen werden konnte, nicht ausgeschlossen werden können, ist nach den obigen Ausführungen zu bejahen. Die hiergegen vorgebrachten Argumente dreier Parteien führen nicht zu einem anderen Schluss. Welche zusätzlichen Massnahmen [...] seit Untersuchungseröffnung getroffen haben will, konkretisiert sie nicht näher; schon nur deshalb können dadurch künftige Wiederholungen nicht ausgeschlossen werden. Dass [...] ihre Compliance-Bemühungen seit Untersuchungseröffnung deutlich verstärkt zu haben scheint, ist aus Sicht der WEKO sehr begrüssenswert. Es bleibt zu hoffen, dass diese entsprechend fruchten. Gleichwohl lassen sich künftige Wiederholungen nicht ausschliessen. Gleiches gilt auch für [...]. Zwar ist die WEKO aufgrund des Verhaltens von [...] während der gesamten Untersuchung davon überzeugt, dass diese läuternd war und sie bemüht sein wird, künftig nicht wieder in ein solches Verfahren hineinzugeraten. Aufgrund der mehrfachen Kartellrechtsverletzungen in der Vergangenheit kann eine künftige Wiederholung aber trotzdem nicht gänzlich ausgeschlossen werden. 1031. Eine Orientierung an den im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung vereinbarten Massnahmen, namentlich derjenigen im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“, ist angezeigt. Denn entgegen der Ansicht von [...] verfügt die WEKO nicht über andere, weitergehende Kompetenzen beim Treffen von einvernehmlichen Regelungen als beim Erlass von Verfügungen. So setzt Art. 29 Abs. 1 KG ebenfalls voraus, dass die Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig erachtet wird – hieran sind die Wettbewerbsbehörden bei ihrem Handeln wie etwa dem Abschluss einvernehmlicher Regelungen gebunden. Beim Erlass von Verfügungen ist dies nicht anders. M.a.W. können im Rahmen von einvernehmlichen Regelungen nicht weitergehende Massnahmen vereinbart werden als dass sie nicht auch einseitig im Rahmen einer Verfügung angeordnet werden können. 1032. Wenn angeführt wird, Unterlassungsanordnungen würden nur die Verfahrensparteien binden, nicht aber am

Verfahren nicht beteiligte Konkurrenten, so ist dies zutreffend. Dies ergibt sich daraus, dass individuell-konkrete Verfügungen nur im Verhältnis zu den Parteien Rechte und Pflichten verbindlich zu regeln vermögen, nicht aber auch gegenüber Dritten. Folglich ist dies bei allen von der WEKO zu erlassenden Verfügungen immer so und dies war auch dem Gesetzgeber bekannt. Würde diese in persönlicher Hinsicht beschränkte Bindungswirkung von Verfügungen dem Erlass von Massnahmen entgegenstehen, hätte der Gesetzgeber also der WEKO gar nicht die Kompetenz zum Erlass von Massnahmen geben dürfen. Insofern ist auch keine wesentliche Differenz zum Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ zu erkennen. Denn die dort getroffenen Massnahmen binden ebenfalls nur die Verfahrensparteien. Dass es sich dabei um „alle Marktbeteiligten“ handelt, wie [...] ausführt, mag im Moment des Treffens der einvernehmlichen Regelung sogar der Fall gewesen sein. Doch ist dies eine Momentaufnahme und es kann jederzeit ein weiterer Akteur auf diesem Markt auftreten, welcher nicht an die entsprechende Verfügung gebunden ist.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 186

1033. Was die Verhältnismässigkeit der Anordnungen angeht, ist zunächst festzuhalten, dass allein die Tatsache, dass die Verhaltensweisen auch ohne Anordnungen unzulässig sind, ihnen die Eignung nicht nimmt. Denn wäre dies so, könnten Massnahmen gemäss Art. 30 KG nie getroffen werden und es wäre widersinnig, dass sie gleichwohl im Gesetz vorgesehen werden. Was ihre Erforderlichkeit angeht, so wenden sich die Parteien mit ihren Vorbringen primär gegen Ziffer 1.3), namentlich dass die beschaffungsrechtlichen Erlasse eine Anordnung entbehrlich machen würden. Darauf ist bei der spezifischen Behandlung von Ziffer 1.3) zurückzukommen. Was die Verhältnismässigkeit i.e.S. anbelangt, so ist diese aus Sicht der WEKO gegeben. 1034. Von einer räumlichen und zeitlichen Begrenzung ist aus Sicht der WEKO abzusehen. Eine Begrenzung in zeitlicher Hinsicht ist entbehrlich, da bei gleichbleibender Rechtslage auch die Massnahme weiterhin angebracht ist und bei geänderter Rechtslage ohne Weiteres ein Rückkommensantrag gestellt werden kann. Zudem würde dies den falschen Eindruck erwecken, nach Ablauf der angegebenen Zeitdauer seien diese Verhaltensweisen zulässig. Gleiches spricht gegen eine Begrenzung in örtlicher Sicht. Selbstredend ist allerdings, dass diese Anordnung – auch ohne ausdrückliche Festhaltung im Dispositiv – nur für Verhalten in der Schweiz resp. sich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 KG in die Schweiz auswirkendes Verhalten gilt. Dass es sich beim parallelen Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ um eine res iudicata handelt, soweit das Gebiet des Kantons Aargau betreffend, trifft aus Sicht der WEKO nicht zu. Denn dort wurde über zu treffende Massnahmen, wie die Parteien dies denn auch ausführen, gerade nicht entschieden. 1035. Was den Aspekt der Gleichbehandlung mit anderen Sanktionsfällen sowie mit dem parallelen Verfahren „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ betrifft, so liegt aus Sicht der WEKO keine rechtserhebliche Ungleichbehandlung vor. Auch bei anderen Sanktionsfällen wurden in der Vergangenheit bereits Massnahmen angeordnet, wenn die WEKO dies als angebracht erachtete. Insbesondere wurde dies auch im einschlägigen Präzedenzfall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ so gehandhabt. Dass dies im parallelen Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ unterblieben ist, ist zu bedauern, gibt den Parteien des vorliegenden Verfahrens aber – anders als bei der Sanktionsberechnung – nicht den Anspruch, ebenso behandelt zu werden. 1036. Spezifisch zu Ziffer 1.1) ist die WEKO der Ansicht, dass diese Verhaltensweisen – wie die Untersuchung gezeigt hat – einzig dem Zweck dienen, gegen das Kartellgesetz zu verstossen. Die Abreden, die dadurch abgeschlossen werden sollen, sind nahezu immer

kartellrechtswidrig. Ein legitimes Interesse der Parteien, solche Abreden treffen zu wollen, besteht nie. Aus Sicht der WEKO ist es von Art. 30 KG gedeckt, wenn sie solche eindeutigen Vorbereitungshandlungen zu kartellrechtswidrigen Abreden, namentlich das Angebot zu deren Abschluss, untersagt. Die Vorbringen von [...] gegen diese Ziffer mögen aus theoretischer und akademischer Sicht ihre Berechtigung haben. Dem ist sich die WEKO durchaus bewusst, doch gilt es eine Lösung für die Praxis zu finden. 1037. Spezifisch zu Ziffer 1.2) ist die WEKO der Ansicht, dass es sich vergleichbar wie mit Ziffer 1.1) verhält, weshalb sie auf ihre obigen Ausführungen verweist. Was die angebliche Unklarheit der Anordnung betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass diese aus Sicht der WEKO nicht in dem von den Parteien geltend gemachten Ausmass besteht. Auslegungsfragen bestehen – solange sich Menschen in Worten ausdrücken – immer und sie können nicht gänzlich vermieden werden. Aus Sicht der WEKO ist die Anordnung genügend klar. Inwiefern sie nicht umsetzbar sein soll, ist für die WEKO (anders als bezüglich Ziffer 1.3) nicht nachvollziehbar. Was die von den Parteien angeführten Beispiele kartellrechtlich zulässigen, aber durch Ziffer 1.2) angeblich erfassten Verhaltens anbelangt, ist Folgendes festzuhalten: Dass wenn die Mitwirkung bei der Auftragserfüllung als Subunternehmer zulässig ist (Bst. b), auch die entsprechenden Vorgespräche zulässig sind – und zwar auch schon vor Zuschlagserteilung, erscheint evident. Andernfalls wäre dieser Buchstabe nämlich sinnentleer, ist doch vor Ablauf der Eingabefrist resp. Auftragserteilung (wie dies im Hauptsatz von Ziffer

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 187

1.2) vorausgesetzt wird) die eigentliche Auftragserfüllung noch gar nicht denkbar, ergo sind damit die darauf ausgerichteten Besprechungen gemeint. Sodann ist zu beachten, dass ein „Austausch“ von Informationen vorausgesetzt wird, was eine gewisse Reziprozität voraussetzt. Beim von [...] angeführten Beispiel ist hingegen darauf hinzuweisen, dass gerade ein solches Verhalten kartellrechtlich kritisch ist, und zwar ungeachtet dieser Anordnung. Können nämlich zwei Unternehmen ohne Weiteres je eine eigenständige Offerte einreichen, wie dies im Beispiel von [...] ausgeführt wird, so besteht für sie kein Grund, gleichwohl eine ARGE zu bilden, so einen Konkurrenten zu binden und den Wettbewerb dadurch einzuschränken. Anders als gewöhnliche ARGE, welche kartellrechtlich zulässig, ja sogar wünschenswert sind, da sie insbesondere KMU erlauben, überhaupt eine Offerte einzureichen, handelt es sich bei diesem Beispiel gerade um eine ARGE, die keinen prokompetitiven Zweck verfolgt. Die WEKO ist daher der Ansicht, dass auch die Massnahme gemäss Ziffer 1.2) sachgerecht und zulässig ist. 1038. Was Ziffer 1.3) anbelangt, so ist die WEKO der Ansicht, dass es vorliegend zu weit ginge, den Parteien ein Tun aufzuerlegen (anders die Ziffern 1.1) und 1.2), welche „bloss“ ein Unterlassen verlangen), zumal sie die von [...] geschilderten praktischen Umsetzungsschwierigkeiten sieht. Entsprechend verzichtet die WEKO auf die vorgeschlagene Massnahme gemäss Ziffer 1.3). Der guten Ordnung sei an dieser Stelle aber festgehalten, dass dies nicht dahingehend zu verstehen wäre, dass die WEKO es als zulässig erachten würden, wenn Baugesellschaften eine ARGE bilden, gegenüber dem Bauherrn dies aber nicht offen legen, sondern so tun würden, als würden sie jeweils voneinander unabhängige und eigenständige Offerten einreichen. B.8.2 Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten 1039. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Baugesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten gespiegelt. 823 Nach Sichtung bzw. Auswertung wurden die betroffenen Parteien zu dem zum damaligen Zeitpunkt als

fall- und beweisrelevant erachteten Dokumente angehört.⁸²⁴ Die meisten dieser Dokumente wurden in Kopie resp. bei elektronischen Daten als Ausdrücke in die amtlichen Akten, namentlich in den Ordner „Hausdurchsuchungsakten“ aufgenommen. Die entsprechenden Original-Papierdokumente sind der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben resp. die gespiegelten elektronischen Daten sind zu löschen. Dies allerdings erst nach rechtskräftigem Abschluss vorliegender Untersuchung gegenüber allen Parteien, da erst zu diesem Zeitpunkt fest steht, dass nicht doch noch auf die Original-Papierdokumente bzw. gespiegelten Daten zurückgegriffen werden muss; entsprechend die Anordnung im Dispositiv. 1040. Bezüglich der übrigen noch beim Sekretariat vorhandenen Original-Papierdokumente, welche nicht in die amtlichen Akten (den Ordner „Hausdurchsuchungsakten“) aufgenommen wurden, kann nun nach Abschluss der Untersuchungshandlungen ausgeschlossen werden, dass sich diese doch noch als fall- und beweisrelevant erweisen, weshalb sie der jeweils berechtigten Partei bereits zum jetzigen Zeitpunkt (und nicht erst nach rechtskräftigem Abschluss der Untersuchung) zurückgegeben werden könnten. Sofern sich die berechtigten Parteien nicht anders äussern, geht das Sekretariat davon aus, dass sie vorerst auf die Rückgabe dieser übrigen vorhandenen Original-Papierdokumente verzichten und hierfür abwarten, bis die Untersuchung gegenüber allen Parteien rechtskräftig abgeschlossen ist, damit die Rücknahme sämtlicher Original-Papierdokumente aus Praktikabilitätsgründen auf einmal vorgenommen werden kann.

823 Siehe Rz 22 ff. 824 Siehe Rz 29 ff.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 188

C Kosten 1041. Nach Art. 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung KG⁸²⁵ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. 1042. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn der nach Beweiswürdigung erstellte Sachverhalt als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren ist oder wenn sich die Parteien unterziehen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario). Einzig für den Fall, dass sich die Anhaltspunkte, die zur Untersuchungseröffnung führten, nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund einzustellen ist, entfällt eine Gebührenpflicht. Ausser bezüglich derjenigen Parteien, gegenüber welchen die vorliegende Untersuchung eingestellt wird (Kibag, Marti und Strabag), besteht demnach vorliegend eine Gebührenpflicht der Parteien, konnte diesen übrigen Gesellschaften doch, wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, Kartellrechtsverstösse gemäss Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG nachgewiesen werden. Die auf die drei Parteien Kibag, Marti und Strabag entfallenden Anteile an den Verfahrenskosten sind zu Lasten der Staatskasse auszuscheiden. 1043. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle Kartellanten gemeinsam und in gleicher Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen, eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits- aber auch Praktikabilitätserwägungen stehen dabei im Vordergrund.⁸²⁶ Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einem Kartell beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in vorliegender Untersuchung bei der Pro-Kopf-Verlegung das Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG als „ein Kopf“ zu zählen, unabhängig davon, aus wievielen juristischen

Personen dieses Unternehmen besteht. 1044. Keller-Frei und Flexbelag machen geltend, bei ihnen sei zwar zu Recht das Bestehen eines Konzernverhältnisses verneint worden. Gleichwohl sei bei der Kostenverteilung ihre gesellschaftsrechtliche Verbundenheit zu berücksichtigen und eine Kostenreduktion von jeweils 50 % erscheine deshalb angemessen.⁸²⁷ 1045. Dieses Vorbringen von Keller-Frei und Flexbelag überzeugt nicht. Wie festgestellt wurde, handelt es sich bei diesen beiden Gesellschaften nicht um einen Konzern und damit um ein Unternehmen i.S.d. KG. Dies entspricht im Übrigen auch der Auffassung von Keller-Frei und Flexbelag selber. Sie sind denn auch im gesamten Verfahren als jeweils eigenständige Unternehmen aufgetreten und haben sich dementsprechend verhalten. So haben sie beide einen unterschiedlichen Rechtsvertreter gewählt, mit jeweils separaten Eingaben zur Sache Stellung genommen und ihre Verfahrensrechte individuell und losgelöst voneinander wahrgenommen. Im Gegensatz dazu haben alle Parteien, die konzernmässig verbunden sind und damit ein Unternehmen i.S.d. KG darstellen, sich jeweils durch denselben Rechtsvertreter vertreten lassen und gemeinsame Eingaben gemacht; oder anders gesagt sind sie wirklich als „ein Kopf“ im Verfahren aufgetreten. Einzig das bestehende, jedoch nicht eine alleinige Kontrolle ermöglichende Beteiligungsverhältnis von Keller-Frei an Flexbelag rechtfertigt nicht, diese beiden eigenständigen Unternehmen i.S.d. KG bei der Kostenverteilung als Einheit zu behandeln, und zwar auch nicht teilweise.

825 Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2). 826 RPW 2009/3, 221 Rz 174, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 827 Act. [...].

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 189

1046. Keller-Frei führt weiter aus, eine gleichmässige „pro Kopf“ Verteilung widerspreche dem in Art. 2 Abs. 1 GebV-KG verankerten Verursacherprinzip.⁸²⁸ 1047. Diese Argumentation verfängt allerdings nicht. Vorbehaltlich des Vorliegens besonderer Umstände entspricht bei einer Beteiligung mehrerer Parteien am Verfahren, welche demnach allesamt als Verursacher des entsprechenden Verfahrens zu qualifizieren sind, eine „pro Kopf“ Verteilung dem Verursacherprinzip am besten. Denn eine genauere Ausscheidung des durch eine spezifische Partei jeweils individuell „verursachten Aufwands“ ist in aller Regel gar nicht möglich. Der grösste Teil des Aufwands ist nämlich nicht einer bestimmten Partei individuell zuordbar, sondern entfällt auf die Fallbearbeitung an sich. Hat allerdings eine bestimmte Partei ausnahmsweise nur sie, nicht den Fall als solchen (wozu u.a. Sachverhaltsabklärungen gehören) betreffenden Aufwand verursacht – etwa weil einzelne Verfahrensschritte nur bezüglich einer Partei erforderlich wurden (z.B. der Erlass einer Auskunftsverfügung) – so rechtfertigt das hinsichtlich dieses spezifischen Aufwands eine Abweichung von einer Verteilung „pro Kopf“ und eine Auferlegung der dadurch verursachten Kosten an die entsprechende Partei. Dass solch spezifisch zuordbarer Aufwand (abgesehen von den nachfolgend behandelten Situationen) bestehen würde, macht Keller-Frei selber nicht geltend, und solcher ist auch nicht ersichtlich. Es besteht daher kein Grund, von einer grundsätzlichen Verteilung der Kosten „pro Kopf“ abzuweichen und diese steht nicht im Widerspruch mit dem Verursacherprinzip. 1048. Von der auch vorliegend grundsätzlich anwendbaren Pro-Kopf-Verlegung ist allerdings insofern abzuweichen, als dass einzelne Gesellschaften einen ausserordentlich hohen oder tiefen Aufwand verursacht haben. Das ist unter anderem dann der Fall, wenn einzelne Verfahrensschritte nur bezüglich einiger Gesellschaften aufgrund deren Verhalten

erforderlich wurden. Im Einzelnen rechtfertigen sich folgende – schematische – Abweichungen bzw. Relativierungen einer reinen Kostenverteilung pro Kopf: 1049. Grundsätzlich steht der entstandene resp. durch die einzelnen Gesellschaften verursachte Aufwand in einem gewissen Verhältnis zur Anzahl der von ihnen getroffenen Abreden. Diese einzelnen Abreden waren näher zu untersuchen, die Parteien dazu zu befragen, die Beweise zu würdigen und im Vorangehenden auch einlässlich darzustellen. Eine schematische Behandlung ist in einem gewissen Ausmass freilich auch diesbezüglich sachgerecht und es sind die Gebühren nicht einfach proportional zur Anzahl getroffener Abreden zu verteilen, zumal der Abklärungsaufwand nicht bei jeder Abrede gleich war. Vielmehr rechtfertigt sich nur, aber immerhin, eine Ausscheidung reduzierter Verfahrensgebühren auf diejenigen Parteien, die einen vergleichsweise ausgesprochen geringen Aufwand verursacht haben, weil sie bloss einzelfallweise oder gar nicht an unzulässigen Abreden beteiligt waren und sich nicht wie die übrigen Gesellschaften wiederholt an solchen Abreden beteiligten. Dies trifft vorliegend auf Kibag, Marti, Strabag und Egli zu, für welche entsprechend reduzierte Verfahrensgebühren auszuscheiden sind. Die reduzierten Verfahrensgebühren werden übereinstimmend mit der Vorgehensweise in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“⁸²⁹ auf CHF 10'000.– festgesetzt, insgesamt ausmachend CHF 40'000.–. Wie bereits zuvor ausgeführt,⁸³⁰ sind dabei die auf Kibag, Marti und Strabag entfallenden Verfahrenskosten von der Staatskasse zu tragen. 1050. Ferner rechtfertigt sich eine separate Ausscheidung und Auferlegung von Verfahrenskosten resp. -gebühren bezüglich der beiden Entsiegelungsverfahren. Die diesbezüglichen Kosten sind einzig aufgrund der zwei Einsprachen gegen die Durchsuchungen verschiedener Dokumente anlässlich der Hausdurchsuchungen und damit spezifisch aufgrund des Verhalten zweier Gesellschaften entstanden. Es handelt sich dabei um „separate“ und

828 Act. [...]. 829 RPW 2012/2, 422 Rz 1208, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. 830 Siehe Rz 1042.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 190

eindeutig abgrenzbare Verfahren, die zwar direkt mit der Untersuchung zusammenhängen, jedoch eine Kostenausscheidung und deren Auferlegung an die diese „separaten“ Verfahren verursachenden – und in diesen im Übrigen auch unterliegenden – Gesellschaften rechtfertigen. Es rechtfertigt sich die (pauschale) Ausscheidung von Kosten von insgesamt CHF 6'500.– für die zwei Entsiegelungsverfahren und die Auferlegung dieser Kosten an die beiden betroffenen Gesellschaften. Bei der Aufteilung dieser Kosten zwischen den beiden diese Verfahren verursachenden Gesellschaften ist zu berücksichtigen, dass Egli die Einsprache letztlich zurückzog und so der Aufwand geringer ausfiel als beim Entsiegelungsverfahren betreffend Walo; insbesondere erübrigte sich ein Transport der fraglichen Dokumente von Bern nach Bellinzona. Entsprechend sind diese Kosten im Umfang von CHF 2'500.– Egli und im Umfang von CHF 4'000.– Walo aufzuerlegen. 1051. Sowohl Egli wie auch Walo erachten diese separate Ausscheidung und Auferlegung von Verfahrenskosten als unstatthaft. Walo bringt vor, im Ergebnis entspreche diese Kostenausscheidung einer Parteientschädigung für das Entsiegelungsverfahren. Art. 25 Abs. 4 VStrR i.V.m. Art. 68 Abs. 3 BGG sehe aber vor, dass dem Bund in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen werden. Eine analoge Regelung bestehe auch im VwVG (Art. 64 VwVG i.V.m. der entsprechenden Vo). Die Frage der Parteientschädigung sei rechtskräftig vom BstGer entschieden worden, indem sie der WEKO keine Parteientschädi-

gung zugesprochen habe. Diesen Entscheid könne die WEKO nicht im Rahmen der eigenen Verfügung umstossen, da er in Rechtskraft erwachsen sei. Hätte die WEKO eine Parteientschädigung erlangen wollen, hätte sie gegen das entsprechende Urteil des BstGer Beschwerde erheben müssen, was sie jedoch nicht getan habe. Egli bringt vor, eine Kostenausscheidung sei nicht gerechtfertigt, weil beide Parteien ihr Recht wahrgenommen und sich einvernehmlich geeinigt hätten. Egli sei es bei dieser Sache um die aus der Tätigkeit des [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter] als [...] dem Amtsgeheimnis unterstellten Daten gegangen. Das Sekretariat habe damals nicht mitteilen können, wie mit diesen Daten verfahren werde, weshalb der [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter] die Daten habe versiegeln lassen. Gemäss Durchsuchungsbefehl seien ohnehin nur Daten zu beschlagnahmen gewesen, die in Zusammenhang mit eventuellen Abreden stünden, weshalb der [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter] die Frage gestellt habe, warum dem Amtsgeheimnis unterstellte Daten beschlagnahmt würden. Mit der Versiegelung sei die Durchsuchungsbehörde gezwungen worden, auf diese Frage zu antworten. Doch keiner der Anwesenden habe dazu Auskunft geben können oder sich mit dem Problem befassen wollen. Wenn die Durchsuchungsbehörde den nachträglich erreichten Vergleich am Durchsuchungstag vorgeschlagen hätte, hätte keine Versiegelung erfolgen müssen. Deshalb sei die hierfür auferlegte Gebühr zu erlassen. 1052. Bezüglich der Vorbringen von Walo ist festzuhalten, dass die von ihr erwähnten Artikel nicht einschlägig sind. Diese betreffen Beschwerdeverfahren. Beim Entsiegelungsverfahren vor dem BstGer handelt es sich jedoch nicht um ein solches, sondern um ein eigenständiges erstinstanzliches Zwangsmassnahmeverfahren. Folgedessen geht es bei der hier vorgenommenen Kostenausscheidung auch nicht um eine „versteckte“ Erhebung einer Parteientschädigung, wie Walo dies geltend macht. Bei den den Wettbewerbsbehörden hierdurch entstandenen Verfahrenskosten handelt es sich vielmehr um Kosten, die im Rahmen der Verfügung in der Sache selbst – also im jetzigen Zeitpunkt – entsprechend dem Verfahrensausgang aufzuerlegen sind.⁸³¹ Die Kostenausscheidung und Auferlegung an Walo erweist sich damit als rechtmässig. Bezüglich der Vorbringen von Egli ist festzuhalten, dass den Akten zu entnehmen ist, dass nach der Siegelung, aber noch vor der Einreichung des Entsiegelungsgesuchs, diverse Telefonate zwischen dem Sekretariat und ihr geführt wurden, die das weitere Vorgehen betrafen.⁸³² Eine Einigung konnte zu diesem Zeitpunkt allerdings nicht erzielt werden und Egli hielt an der Siegelung fest. Im jetzigen Zeitpunkt darüber wer-

831 In gleichem Sinn auch, allerdings die StPO betreffend, BGE 138 IV 225 E. 8.2. 832 Vgl. act. [...], ferner auch act. [...].

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 191

weissen zu wollen, weshalb damals keine Einigung erzielt werden konnte, ist müssig, denn Fakt ist, dass dies eben nicht gelang. Erst auf Anregung des BstGer hin konnte schliesslich doch noch eine Einigung erzielt werden. Der Aufwand für die Erstellung des Siegelungsgesuchs war zu diesem Zeitpunkt aber schon angefallen. Entsprechend ist der hierfür entstandene Aufwand auszuschneiden und Egli aufzuerlegen. 1053. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 1054. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–. Der Zeitaufwand

für vorliegende Untersuchung beläuft sich auf insgesamt 2'307 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach folgenden Stundenansätzen verrechnet (Anmerkung: Im Laufe des Verfahrens wechselte der Stundenansatz teilweise, weshalb nachfolgend fünf Kategorien von Stundenansätzen aufgeführt sind): - 258 Stunden zu CHF 120.–, ergebend CHF 30'960.– - 183 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 23'790.– - 1'748 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 349'600.– - 18 Stunden zu CHF 250.–, ergebend CHF 4'500.– - 100 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 29'000.– 1055. Die Verfahrenskosten für die Untersuchung belaufen sich gesamthaft auf CHF 437'850.–. Hiervon abzuziehen sind weiter die vorab auszuscheidenden reduzierten Verfahrensgebühren von insgesamt CHF 40'000.–, die auf diejenigen Parteien entfallen, die einen ausgesprochen geringen Aufwand verursacht haben. Von diesen Verfahrenskosten auszuscheiden sind ferner CHF 6'500.– für die Entsiegelungsverfahren, die den beiden betroffenen Gesellschaften auferlegt werden. Alsdann in einem weiteren Schritt ist der verbleibende Betrag von CHF 391'350.– durch die Anzahl verbliebener „Köpfe“, nämlich 12, zu teilen, was einen Betrag von CHF 32'612.50.– pro Kopf ausmacht. 1056. Hüppi macht davon ausgehend, dass sich die Kosten hier in einem ähnlichen Verhältnis bewegen dürften wie in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ (CHF 535'000), geltend, es stelle sich die Frage, ob sich dieser Aufwand angesichts der relativen Geringfügigkeit der letztlich bewiesenen Wettbewerbsverletzungen im grossen Gesamtmarkt von mehreren zehntausend Projekten überhaupt rechtfertigen lasse. Der grosse betriebene Aufwand gehe zum einen auf die ursprüngliche Anzeige zurück, in welcher von umfassenden Abreden, Schutzgeldzahlungen usw. die Rede gewesen sei; alles Vorwürfe, welche sich als falsch herausgestellt hätten. Der Anzeiger habe auch Unternehmen als an Abreden beteiligt bezichtigt, gegen welche die Untersuchung eingestellt werde. Zum anderen habe die Selbstanzeige, welche sich ebenfalls als in weiten Teilen falsch erwiesen habe, einen wesentlichen und unnötigen Verfahrensaufwand verursacht. Der Verfahrensaufwand, welcher durch die Falschanzeige bzw. die Falschselbstanzeige verursacht worden sei, sei vollumfänglich der Staatskasse aufzuerlegen. Zudem werde darauf zu achten sein, dass die Verfahrenskosten in einem vernünftigen Verhältnis zu den ausgesprochenen Sanktionen stünden. Realistischerweise dürfte die Gesamtsumme der auszusprechenden Sanktionen nur ca. CHF 100'000–200'000 ausmachen. Bei einem vernünftigen Verhältnis zwischen Busse und Verfahrenskosten dürften die Verfahrenskosten wohl höchstens etwa ein Viertel der Busse betragen, wobei darauf zu achten sei, dass dieses Verhältnis bei keiner Partei überschritten werde. Die Verhältnismässigkeit der Sanktion und der Verfahrenskosten sei von der WEKO in der Vergangenheit in zahlreichen Verfügungen krass missachtet worden. Hüppi sei nicht gewillt, diese Unverhältnismässigkeit zu akzeptieren. Ent-

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 192

sprechend werde ein wesentlicher Teil der Kosten, wenn nicht der grösste Teil, vorab der Staatskasse aufzuerlegen sein. 1057. Zu diesem Vorbringen von Hüppi ist zunächst festzuhalten, dass sich im Rahmen der Untersuchung gezeigt hat, dass die meisten Parteien mehrfach gegen das Kartellgesetz verstossen haben. Es mag sein, dass die ursprüngliche Anzeige Anzeichen für noch umfassendere Kartellrechtsverletzungen gegeben hat, die sich nun aber nicht beweisen liessen. Unnötiger Aufwand ist dadurch jedoch nicht entstanden, denn auch die nunmehr letztlich beweisbaren Kartellrechtsverletzungen rechtfertigen ohne Weiteres die getroffenen Untersuchungsmassnahmen, welche notwendig waren, um diese

Kartellrechtsverstösse zu beweisen. Da die für das Abgeben einer Stützofferte allenfalls versprochene Gegenleistung (z.B. Schutzgeldzahlungen) ohnehin nicht Beweisthema ist,⁸³³ wurden insbesondere keine Untersuchungsmassnahmen in diese Richtung getroffen, welche nunmehr allenfalls als unnötiger Aufwand bezeichnet werden könnten. Dass sich die Selbstanzeige als unzutreffend herausgestellt hätte, trifft – wie sich gezeigt hat – nicht zu. Soweit bezüglich einer Partei hin- gegen in der Tat keine Kartellrechtsverletzungen festgestellt wurden, werden die darauf entfallenden Kosten selbstverständlich der Staatskasse auferlegt. Dass bezüglich einer Partei nur ein einziger Kartellrechtsverstoss nachgewiesen ist, sie dementsprechend einen vergleichsweise geringeren Aufwand verursacht hat, wird durch eine Reduktion der von dieser Partei zu tragenden Kosten berücksichtigt. Bei allen übrigen Parteien ist jedoch bewiesen, dass sie mehrere Male kartellrechtswidrige Abreden getroffen haben und damit gegen das KG verstossen haben. Es besteht kein Grund, den Kostenanteil für diese mehrfachen Rechtsbrüche zu reduzieren und der Staatskasse aufzuerlegen. Die Argumentation von Hüppi zeigt vielmehr, dass sie letztlich Submissionsabsprachen – zu Unrecht – als ein nicht ahndungswürdiges Kavaliersdelikt aufzufassen scheint, für deren Ermittlung jeder Aufwand zu schade ist. Dies trifft nicht zu. Hüppi macht ferner geltend, es bestehe ein vorgegebenes Verhältnis zwischen der Sanktionshöhe und der Höhe der Verfahrenskosten, welches eingehalten werden müsse. Aus welcher Rechtsnorm Hüppi dieses fixierte Verhältnis von Busse und Verfahrenskosten ableiten will, lässt sie offen. Das erstaunt nicht, denn es gibt keine Rechtsvorschrift, auf die sie sich hierfür berufen könnte. Insbesondere die vorliegend anwendbare GebV-KG gibt an keiner Stelle ein solches Verhältnis vor. Dies muss schon nur deshalb so sein, weil auch in nicht sanktionierbaren Fällen (Art. 5 Abs. 1 KG) unbestrittenermassen die Verursacher des Verfahrens die Kosten dafür zu tragen haben, wenn ihr Verhalten als kartellrechtswidrig zu qualifizieren ist. Folgedessen kann es keine vorbestimmte Relation zwischen Sanktionshöhe und Höhe der Verfahrenskosten geben, wie dies Hüppi geltend macht. Zu beachten ist aber immerhin, dass sich die Verfahrenskosten pro Partei in vernünftigen Grenzen bewegen müssen.⁸³⁴ Dies ist vorliegend der Fall, auch wenn die Verfahrenskosten bei einigen Parteien die Höhe der jeweiligen Sanktion teilweise deutlich übersteigen. Denn alle Parteien, denen ein voller Kostenanteil auferlegt wird, haben mehrfach gegen das Kartellgesetz verstossen. Die wirtschaftliche Bedeutung des Falls ist als hoch einzustufen, einerseits aufgrund der Höhe der Maximalsanktion, andererseits aufgrund der grossen wirtschaftlichen Bedeutung von Submissionsmärkten und insbesondere des Vertrauens in deren reibungslose, nicht durch kartellrechtswidrige Abreden manipulierte Funktionsweise. Die Verfahrenskosten pro Partei halten deshalb dem Äquivalenzprinzip stand. 1058. Birchmeier führt in ihrer Stellungnahme aus, es sei unfair und verstosse gegen mehrere Grundsätze des Rechts, wenn ihr ebenfalls „pro Kopf“ bemessene Verfahrenskosten auferlegt würden. Bei einer Mehrzahl von Verursachern seien deren Kostenanteile grundsätzlich aufgrund der verursachenden Handlungsbeiträge der Verantwortlichen zu bestimmen, wobei alle objektiven und subjektiven Gesichtspunkte in Betracht fielen. Ein solches Kriterium sei die Billigkeit. Eine Bemessung einzig anhand von Praktikabilitätsüberle-

833 Siehe Rz 173. 834 So, wenn auch zum Fernmelderecht, Urteil des BGer 2A.191/2005 vom 2.9.2005, E. 4.3.

gungen sei unzulässig und es gehe letztlich darum, dass die Kosten möglichst gerecht verteilt würden. Bezüglich ihr lägen Umstände vor, die eine Kostenverteilung „pro Kopf“ als stossend erscheinen liessen und unzulässig machen würden. Im Übrigen gelte es auch das Gleichheitsgebot zu beachten. Das Institut der Selbstanzeige sei ein wichtiges Instrument der WEKO im Kampf gegen Wettbewerbsbeschränkungen, wofür es präventive und belohnende Elemente enthalte. Für Selbstanzeiger solle ein finanzieller Anreiz bestehen, indem die Sanktion erlassen werde. Dies schliesse eine Kostenauflegung zwar nicht aus, doch werde diese dann stossend, wenn sich die Kosten in der Höhe der Sanktion bewegen würden. Dies gefährde das Institut der Selbstanzeige. Wenn die Sanktionen verhältnismässig tief, die Kosten aber hoch seien, so bestehe die finanzielle Belastung zu einem wesentlichen Teil aus den zu tragenden Kosten, was alle Parteien gleichermaßen treffe, unabhängig davon, ob eine Selbstanzeige vorliege oder nicht. Damit werde faktisch nicht zwischen Selbstanzeigerinnen und Nicht-Selbstanzeigerinnen unterschieden, wodurch Ungleiches gleich behandelt und das Gleichheitsgebot verletzt würde. In der EU würden keine Kosten auferlegt, sondern diese seien faktisch in den Sanktionen enthalten. Dadurch führe in der EU ein Sanktionserlass aufgrund einer Selbstanzeige effektiv zu einer Kostenbefreiung. Birchmeier seien daher keine Kosten aufzuerlegen und wenn, dann eine reduzierte Gebühr in der Höhe von höchstens CHF 5'000.-. Alles andere sei unbillig. Eine Kostenauflegung dürfe nicht erfolgen, weil Birchmeier erst zwei Jahre nach Verfahrenseröffnung in diese Untersuchung einbezogen worden sei. Sodann habe sie das Verfahren vereinfacht und beschleunigt, indem sie unterstützend gewirkt habe. Erschwert habe sie das Verfahren in keiner Weise. Werde ein kooperierendes Unternehmen bei der Kostenauflegung gleich behandelt wie ein nicht-kooperierendes Unternehmen, würde wiederum Ungleiches gleich behandelt, was unzulässig, stossend und unbillig sei. Dies sei vorliegend umso stossender, da einer anderen Partei reduzierte Verfahrenskosten auferlegt würden und bei mehreren Parteien sogar gänzlich auf eine Kostenauflegung verzichtet worden sei. Sodann sei Birchmeier nicht überproportional oft an Abreden beteiligt gewesen, wie nun der unzutreffende Eindruck erweckt werde. Sie sei im Kanton Zürich eine Aussenseiterin. Schliesslich sei Birchmeier in zwei Verfahren zum selben Gegenstand einbezogen worden. Die Durchführung zweier separater Verfahren sei primär aus Kapazitätsgründen des Sekretariats erfolgt. Dies dürfe nicht zu ihrem Nachteil reichen, indem sie allein aus diesem Grund zweimal statt nur einmal Verfahrenskosten zu tragen habe. Aus all diesen Gründen dürften ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden, höchstens aber substantiell reduzierte.⁸³⁵ Anlässlich der Anhörung durch die WEKO vertiefte Birchmeier diesen Punkt noch. Es sei zu bedenken, dass es in ihrem Fall fraglich sei, ob sich die Selbstanzeige betriebswirtschaftlich überhaupt gelohnt habe. Denn die Kosten, die durch eine Kooperation entstünden, seien enorm, die Kosten der Verfahrensbeteiligung, die Anwaltskosten und die eigenen Kosten. Kämen noch die Verfahrenskosten hinzu, sei es fraglich, ob diese Kosten überhaupt die erlassene Sanktion überwögen. Hauptvorteil der Selbstanzeige wäre dann nur noch, dass man während der gesamten Zeit wenigstens nicht lügen müsse. Die Kostenauflegung gefährde jedoch das Institut der Selbstanzeige.⁸³⁶ Walo hält in ihren Anmerkungen zum Protokoll der Anhörung durch die WEKO fest, es bestehe kein Raum dafür, die Selbstanzeigerin von den Verfahrenskosten zu befreien. Sollte die WEKO dies im Widerspruch zu ihrer bisherigen Praxis gleichwohl tun, so müssten diese Kosten der Staatskasse auferlegt werden und dürften nicht auf die übrigen Parteien verteilt werden.⁸³⁷ 1059. Zu diesen Vorbringen von Birchmeier ist vorab festzuhalten, dass die WEKO grosses Verständnis für das Anliegen von Birchmeier hat. Tatsache ist jedoch, dass sich der

Gesetzgeber bei Einführung des Instituts der Selbstanzeige der Kostentragsproblematik bewusst war resp. bewusst sein musste. Gleichwohl hat er davon abgesehen, nebst dem Sanktionserlass auch ein Verfahrenskostenerlass für Selbstanzeigerinnen vorzusehen (vgl.

835 Act. [...]. 836 Act. [...]. 837 Act. [...].

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 194

insbesondere Art. 3 GebV-KG e contrario, aber auch Art. 49a Abs. 2 KG e contrario). M.a.W. nahm er bewusst in Kauf, dass das Institut der Selbstanzeige durch eine weiterhin bestehende Pflicht auch einer Selbstanzeigerin zur Tragung von Verfahrenskosten womöglich geschmälert wird. Die andere Rechtslage in der EU ändert an der schweizerischen Rechtslage nichts. Dass nun Birchmeier wie die Mehrheit der anderen Parteien ebenfalls gegen das Kartellgesetz verstossen hat, steht fest. Sie ist damit ebenfalls als Verursacherin der entstandenen Verfahrenskosten zu qualifizieren – unter anderem auch, weil sie die Selbstanzeige erst nach Untersuchungseröffnung und Beginn der Hausdurchsuchungen einreichte, es sich hier mithin um eine Feststellungskooperation und nicht um eine Eröffnungskooperation handelt – und ihr sind entsprechend auch Verfahrenskosten aufzuerlegen. Eine Aufteilung „pro Kopf“ auch im Verhältnis zur Selbstanzeigerin erscheint vor dem Hintergrund der geltenden Rechtslage nicht unbillig, da sich auch die Selbstanzeigerin kartellrechtswidrig verhielt und der Gesetzgeber bewusst auf eine unterschiedliche Behandlung von Selbstanzeigerinnen und Nicht-Selbstanzeigerinnen bei der Kostenverteilung verzichtet hat. Eine Aufteilung „pro Kopf“ auch bezüglich Selbstanzeigerinnen entspricht denn auch der bisherigen Praxis der WEKO.⁸³⁸ Wenn sich die Selbstanzeigerin mit denjenigen Parteien vergleicht, welchen eine reduzierte oder gar keine Verfahrenskosten auferlegt wurden, so vergleicht sie zwei unterschiedliche Situationen. Denjenigen Parteien, die gar keine Verfahrenskosten zu tragen haben, konnte kein kartellrechtswidriges Verhalten nachgewiesen werden – die Ausgangslage ist nicht vergleichbar.⁸³⁹ Derjenigen Partei, welcher reduzierte Verfahrenskosten auferlegt werden, konnte nur in einem einzigen Fall eine unzulässige Verhaltensweise nachgewiesen werden, während alle übrigen Parteien, inklusive der Selbstanzeigerin, mehrmals gegen das KG verstossen haben – auch hier ist die Ausgangslage somit anders. Folglich ist auch Birchmeier ein Kostenanteil, und zwar bestimmt „pro Kopf“, aufzuerlegen. 1060. Die Gebühren für die verbleibenden einzelnen Unternehmen betragen demnach:

838 Statt anderer etwa RPW 2009/3, 222 Dispositiv Ziff. 7, Elektroinstallationsbetriebe Bern; Verfügung i.S. Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen, Dispositiv Ziff. 6, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Verfügung Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen (11.06.2013). 839 Insofern vergleichbar im Übrigen die Sachlage wie auch die Rechtsanwendung in der Verfügung i.S. Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Verfügung Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen (11.06.2013).

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 195

Zusammenstellung der Gebühren pro Partei. 1061. Die Gebühren von CHF 401'350.– (Verfahrenskosten resp. -gebühren insgesamt abzüglich der zu Lasten der Staatskassen auszuscheidenden, auf Kibag, Marti und Strabag entfallenden Verfahrenskostenanteile von CHF 30'000.– sowie abzüglich der auszuscheidenden Kosten der Entsigelungsverfahren von CHF 6'500.–) werden den Parteien – freilich mit Ausnahme von Kibag, Marti und Strabag – unter solidarischer Haftung auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2

AllgGebV840). D Ergebnis 1062. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass Birchmeier, Brunner, Egli, Flexbelag, Hagedorn, Hüppi, Keller-Frei, Kern, Müller, Schiess, Tibau, Toller und Walo in den Jahren 2006–2009 in unterschiedlichen Konstellationen diverse Einzelsubmissionabreden getroffen haben (Fälle [...] mit Ausnahme von Fall [...]). Die im Fall [...] getroffene Einzelsubmissionsabrede stammt aus dem Jahre 2004 und ist daher nicht weiter zu verfolgen. In den Fällen [...] handelt es sich dabei um wirksamen Wettbewerb beseitigende Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG. In den Fällen [...] liegt eine erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG vor, während im Fall [...] keine erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs vorliegt und im Fall [...] mangels Rekonstruierbarkeit ebenfalls von einer nicht erheblichen Beeinträchtigung ausgegangen werden muss. Die wettbewerbsbeseitigenden ebenso wie die den wirksamen Wettbewerb erheblich behindernden Abreden sind gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren, wobei auf eine Belastung der Birchmeier ganz verzichtet wird (Art. 49a Abs. 2 KG). Bei Vorliegen von Konzernverhältnissen sind die Sanktionen unter solidarischer Haftung sowohl der jeweiligen Konzernmuttergesellschaft im Zeitpunkt der Verstösse als auch der jeweils handelnden Konzerntochtergesellschaft aufzuerlegen, was bezüglich Aktiengesellschaft Cellere (Schiess resp. nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung), Brebau 840 Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1). Partei Gebühren Birchmeier 32'612.50 Hüppi 32'612.50 Walo 36'612.50 Keller-Frei 32'612.50 Toller 32'612.50 Tibau 32'612.50 Brunner 32'612.50 Hagedorn 32'612.50 Müller 32'612.50 Schiess (nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung) 32'612.50 Flexbelag 32'612.50 Kern 32'612.50 Egli 12'500.00

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 196

Holding AG (Egli), Brunner Erben Holding AG (Brunner), Gewerbezentrum Unterfeld AG (Birchmeier) sowie Walo Bertschinger Holding AG (Walo) der Fall ist. 1063. Die Untersuchung gegen Kibag, Marti und Strabag wird eingestellt.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 197

E Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission gemäss Art. 30 Abs. 1 KG: 1. Aktiengesellschaft Cellere, Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, Brebau Holding AG, Egli Bau AG, Brunner Erben Holding AG, Brunner Erben AG, Chr. Müller + Co AG, Flexbelag-Bau AG Zürich, Gewerbezentrum Unterfeld AG, Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, Hagedorn AG, Hüppi AG, Keller-Frei AG, Kern Strassenbau AG, Tibau AG, Toller & Loher AG, Walo Bertschinger Holding AG sowie Walo Bertschinger AG wird untersagt, 1.1. in Zusammenhang mit Tiefbauarbeiten Konkurrenten im Rahmen von Ausschreibungen um Schutz oder Stützofferten anzufordern oder solche anzubieten. 1.2. sich in Zusammenhang mit Tiefbauarbeiten mit Konkurrenten vor Ablauf der Eingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften sowie b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer. 2. Mit Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wegen Verletzung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c z.T. i.V.m. Abs. 1 KG aufgrund unzulässiger Wettbewerbsabreden (vgl. Rz 903 f.) belastet werden: 2.1. Aktiengesellschaft Cellere und Cellere AG Zürich,

Bauunternehmung, unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 35'000.–. 2.2. Brebau Holding AG und Egli Bau AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 3'337.–. 2.3. Brunner Erben Holding AG und Brunner Erben AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 29'154.–. 2.4. Chr. Müller + Co AG mit einem Betrag von CHF 12'197.–. 2.5. Flexbelag-Bau AG Zürich mit einem Betrag von CHF 6'695.–. 2.6. Gewerbezentrum Unterfeld AG und Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG mit einem Betrag von CHF 0.– (auf eine Belastung wird gemäss Art. 49a Abs. 2 KG ganz verzichtet) 2.7. Hagedorn AG mit einem Betrag von CHF 14'345.–. 2.8. Hüppi AG mit einem Betrag von CHF 77'360.–. 2.9. Keller-Frei AG mit einem Betrag von CHF 76'734.–. 2.10. Kern Strassenbau AG mit einem Betrag von CHF 6'468.–. 2.11. Tibau AG mit einem Betrag von CHF 53'364.–. 2.12. Toller & Loher AG mit einem Betrag von CHF 54'023.–. 2.13. Walo Bertschinger Holding AG und Walo Bertschinger AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 124'531.–.

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 198

3. Zuwiderhandlungen gegen Ziffer 1 dieser Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden. 4. Die Untersuchung gegen KIBAG Bauleistungen AG, Marti AG, Bauunternehmung und STRABAG AG wird ohne Folgen eingestellt. 5. Die Verfahrenskosten betragen CHF 437'850.–. Die auf KIBAG Bauleistungen AG, Marti AG, Bauunternehmung, und STRABAG AG entfallenden Verfahrenskosten von je CHF 10'000.–, insgesamt ausmachend CHF 30'000.–, werden zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden. Die verbleibenden Verfahrenskosten von CHF 407'850.– werden auferlegt: 5.1. Aktiengesellschaft Cellere und Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, insgesamt CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–. 5.2. Brebau Holding AG und Egli Bau AG insgesamt CHF 12'500.–, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–. 5.3. Brunner Erben Holding AG und Brunner Erben AG insgesamt CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–. 5.4. Chr. Müller + Co AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–. 5.5. Flexbelag-Bau AG Zürich CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–. 5.6. Gewerbezentrum Unterfeld AG und Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG insgesamt CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–. 5.7. Hagedorn AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–. 5.8. Hüppi AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–. 5.9. Keller-Frei AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–. 5.10. Kern Strassenbau AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–. 5.11. Tibau AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–. 5.12. Toller & Loher AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–. 5.13. Walo Bertschinger Holding AG und Walo Bertschinger AG insgesamt CHF 36'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–. 6. Die beschlagnahmten Original-Papierdokumente werden der jeweils berechtigten Person nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen zurückgegeben und die beim Sekretariat vorhandenen, gespiegelten elektronischen Daten werden nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen gelöscht. 7. Die Verfügung ist zu eröffnen an: ■ Aktiengesellschaft Cellere, Hodlerstrasse 2, 9009 St. Gallen ■ Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, Eggbühlstrasse 36, 8050 Zürich

beide vertreten durch [...]

■ Brebau Holding AG, c/o Bretscher AG, Hertistrasse 26, 8304 Wallisellen ■ Egli Bau AG, Aemlerstrasse 96a, 8003 Zürich

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 199

■ Brunner Erben Holding AG, Alpenstrasse 3, 8152 Glattbrugg ■ Brunner Erben AG, Alpenstrasse 3, 8152 Glattbrugg

beide vertreten durch [...]

■ Chr. Müller + Co AG, Schwamendingenstrasse 34, 8050 Zürich

■ Flexbelag-Bau AG Zürich, Eichrainstrasse 3, 8052 Zürich

vertreten durch [...]

■ Gewerbezentrum Unterfeld AG, Gewebestrasse 21, 5312 Döttingen ■ Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, Gewebestrasse 21, 5312 Döttingen

beide vertreten durch [...]

■ Hagedorn AG, Rainstrasse 4, 8706 Meilen vertreten durch [...]

■ Hüppi AG, Widenholzstrasse 1, 8304 Wallisellen vertreten durch [...]

■ Keller-Frei AG, Hertistrasse 11, 8304 Wallisellen vertreten durch [...]

■ Kern Strassenbau AG, Solistrasse 88, 8180 Bülach vertreten durch [...]

■ KIBAG Bauleistungen AG, Seestrasse 404, 8038 Zürich

■ Marti AG, Bauunternehmung, Thurgauerstrasse 68, 8050 Zürich

■ STRABAG AG, Alpenstrasse 3, 8152 Glattbrugg vertreten durch [...]

■ Tibau AG, Limmattalstrasse 235, 8049 Zürich vertreten durch [...]

22/2009/03300/COO.2101.111.5.276809 200

■ Toller & Loher AG, c/o Herr Kurt Loher, Plattenstrasse 94, 8706 Meilen vertreten durch [...]

■ Walo Bertschinger AG, Limmatstrasse 73, 8005 Zürich ■ Walo Bertschinger Holding AG, Obere Zäune 24, 8001 Zürich beide vertreten durch [...]

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

Rechtsmittelbelehrung: Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbegehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.

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